

N° 6055<sup>A</sup>

CHAMBRE DES DEPUTES

1ère Session extraordinaire 2009

---

---

**PROJET DE LOI**

**portant approbation de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants**

\* \* \*

**ANNEXE**

**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**

*(Conclue le 19 octobre 1996)**(Entrée en vigueur le premier janvier 2002)*

LES ETATS SIGNATAIRES DE LA PRESENTE CONVENTION,

*Considérant* qu'il convient de renforcer la protection des enfants dans les situations à caractère international,

*Désirant* éviter des conflits entre leurs systèmes juridiques en matière de compétence, loi applicable, reconnaissance et exécution des mesures de protection des enfants,

*Rappelant* l'importance de la coopération internationale pour la protection des enfants,

*Confirmant* que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale,

*Constatant* la nécessité de réviser la *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*,

*Désirant* établir des dispositions communes à cet effet, en tenant compte de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, du 20 novembre 1989,

SONT CONVENUS des dispositions suivantes:

**Chapitre I – Champ d'application de la Convention***Article premier*

- 1 La présente Convention a pour objet:
  - a de déterminer l'Etat dont les autorités ont compétence pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant;
  - b de déterminer la loi applicable par ces autorités dans l'exercice de leur compétence;
  - c de déterminer la loi applicable à la responsabilité parentale;

- d d'assurer la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection dans tous les Etats contractants;
- e d'établir entre les autorités des Etats contractants la coopération nécessaire à la réalisation des objectifs de la Convention.

2 Aux fins de la Convention, l'expression „responsabilité parentale“ comprend l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant.

#### *Article 2*

La Convention s'applique aux enfants à partir de leur naissance et jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 18 ans.

#### *Article 3*

Les mesures prévues à l'article premier peuvent porter notamment sur:

- a l'attribution, l'exercice et le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, ainsi que la délégation de celle-ci;
- b le droit de garde, comprenant le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence, ainsi que le droit de visite, comprenant le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle;
- c la tutelle, la curatelle et les institutions analogues;
- d la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister;
- e le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil légal par *kafala* ou par une institution analogue;
- f la supervision par les autorités publiques des soins dispensés à l'enfant par toute personne ayant la charge de cet enfant;
- g l'administration, la conservation ou la disposition des biens de l'enfant.

#### *Article 4*

Sont exclus du domaine de la Convention:

- a l'établissement et la contestation de la filiation;
- b la décision sur l'adoption et les mesures qui la préparent, ainsi que l'annulation et la révocation de l'adoption;
- c les nom et prénoms de l'enfant;
- d l'émancipation;
- e les obligations alimentaires;
- f les trusts et successions;
- g la sécurité sociale;
- h les mesures publiques de caractère général en matière d'éducation et de santé;
- i les mesures prises en conséquence d'infractions pénales commises par des enfants;
- j les décisions sur le droit d'asile et en matière d'immigration.

### **Chapitre II – Compétence**

#### *Article 5*

1 Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.

2 Sous réserve de l'article 7, en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle.

*Article 6*

1 Pour les enfants réfugiés et les enfants qui, par suite de troubles prévalant dans leur pays, sont internationalement déplacés, les autorités de l'Etat contractant sur le territoire duquel ces enfants sont présents du fait de leur déplacement exercent la compétence prévue au paragraphe premier de l'article 5.

2 La disposition du paragraphe précédent s'applique également aux enfants dont la résidence habituelle ne peut être établie.

*Article 7*

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

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

2 Le déplacement ou le non-retour de l'enfant est considéré comme illicite:

- a lorsqu'il a 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'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour, et
- b que ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé à la lettre *a* peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat.

3 Tant que les autorités mentionnées au paragraphe premier conservent leur compétence, les autorités de l'Etat contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne peuvent prendre que les mesures urgentes nécessaires à la protection de la personne ou des biens de l'enfant, conformément à l'article 11.

*Article 8*

1 A titre d'exception, l'autorité de l'Etat contractant compétente en application des articles 5 ou 6, si elle considère que l'autorité d'un autre Etat contractant serait mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant, peut

- soit demander à cette autorité, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale de cet Etat, d'accepter la compétence pour prendre les mesures de protection qu'elle estimera nécessaires,
- soit surseoir à statuer et inviter les parties à saisir d'une telle demande l'autorité de cet autre Etat.

2 Les Etats contractants dont une autorité peut être requise ou saisie dans les conditions fixées au paragraphe précédent sont:

- a un Etat dont l'enfant possède la nationalité,
- b un Etat dans lequel sont situés des biens de l'enfant,

- c un Etat dont une autorité est saisie d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents de l'enfant, ou en annulation de leur mariage,
  - d un Etat avec lequel l'enfant présente un lien étroit.
- 3 Les autorités concernées peuvent procéder à un échange de vues.
- 4 L'autorité requise ou saisie dans les conditions prévues au paragraphe premier peut accepter la compétence, en lieu et place de l'autorité compétente en application des articles 5 ou 6, si elle considère que tel est l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### *Article 9*

- 1 Les autorités des Etats contractants mentionnés à l'article 8, paragraphe 2, si elles considèrent qu'elles sont les mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant, peuvent
- soit demander à l'autorité compétente de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale de cet Etat, de leur permettre d'exercer la compétence pour prendre les mesures de protection qu'elles estiment nécessaires,
  - soit inviter les parties à présenter une telle demande devant les autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant.
- 2 Les autorités concernées peuvent procéder à un échange de vues.
- 3 L'autorité à l'origine de la demande ne peut exercer la compétence en lieu et place de l'autorité de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant que si cette autorité a accepté la demande.

#### *Article 10*

- 1 Sans préjudice des articles 5 à 9, les autorités d'un Etat contractant, dans l'exercice de leur compétence pour connaître d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents d'un enfant résidant habituellement dans un autre Etat contractant, ou en annulation de leur mariage, peuvent prendre, si la loi de leur Etat le permet, des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant,
- a si, au commencement de la procédure, l'un des parents réside habituellement dans cet Etat et que l'un d'eux ait la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, et
  - b si la compétence de ces autorités pour prendre de telles mesures a été acceptée par les parents, ainsi que par toute autre personne ayant la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant et si cette compétence est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.
- 2 La compétence prévue au paragraphe premier pour prendre des mesures de protection de l'enfant cesse dès lors que la décision faisant droit ou rejetant la demande en divorce, séparation de corps ou annulation du mariage est devenue définitive ou que la procédure a pris fin pour un autre motif.

#### *Article 11*

- 1 Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque Etat contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre les mesures de protection nécessaires.
- 2 Les mesures prises en application du paragraphe précédent à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un Etat contractant cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10 ont pris les mesures exigées par la situation.
- 3 Les mesures prises en application du paragraphe premier à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un Etat non contractant cessent d'avoir effet dans chaque Etat contractant dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre Etat.

*Article 12*

1 Sous réserve de l'article 7, les autorités d'un Etat contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant, ayant un caractère provisoire et une efficacité territoriale restreinte à cet Etat, pour autant que de telles mesures ne soient pas incompatibles avec celles déjà prises par les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10.

2 Les mesures prises en application du paragraphe précédent à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un Etat contractant cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10 se sont prononcées sur les mesures que pourrait exiger la situation.

3 Les mesures prises en application du paragraphe premier à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un Etat non contractant cessent d'avoir effet dans l'Etat contractant où elles ont été prises dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre Etat.

*Article 13*

1 Les autorités d'un Etat contractant qui sont compétentes selon les articles 5 à 10 pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant doivent s'abstenir de statuer si, lors de l'introduction de la procédure, des mesures correspondantes ont été demandées aux autorités d'un autre Etat contractant alors compétentes en vertu des articles 5 à 10 et sont encore en cours d'examen.

2 La disposition du paragraphe précédent ne s'applique pas si les autorités devant lesquelles la demande de mesures a été initialement présentée ont renoncé à leur compétence.

*Article 14*

Les mesures prises en application des articles 5 à 10 restent en vigueur dans les limites qui sont les leurs, même lorsqu'un changement des circonstances a fait disparaître l'élément sur lequel était fondée la compétence, tant que les autorités compétentes en vertu de la Convention ne les ont pas modifiées, remplacées ou levées.

**Chapitre III – Loi applicable***Article 15*

1 Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des Etats contractants appliquent leur loi.

2 Toutefois, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert, elles peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit.

3 En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, la loi de cet autre Etat régit, à partir du moment où le changement est survenu, les conditions d'application des mesures prises dans l'Etat de l'ancienne résidence habituelle.

*Article 16*

1 L'attribution ou l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant.

2 L'attribution ou l'extinction d'une responsabilité parentale par un accord ou un acte unilatéral, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant au moment où l'accord ou l'acte unilatéral prend effet.

3 La responsabilité parentale existant selon la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant subsiste après le changement de cette résidence habituelle dans un autre Etat.

4 En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, l'attribution de plein droit de la responsabilité parentale à une personne qui n'est pas déjà investie de cette responsabilité est régie par la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle.

#### *Article 17*

L'exercice de la responsabilité parentale est régi par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, il est régi par la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle.

#### *Article 18*

La responsabilité parentale prévue à l'article 16 pourra être retirée ou ses conditions d'exercice modifiées par des mesures prises en application de la Convention.

#### *Article 19*

1 La validité d'un acte passé entre un tiers et une autre personne qui aurait la qualité de représentant légal selon la loi de l'Etat où l'acte a été passé ne peut être contestée, ni la responsabilité du tiers engagée, pour le seul motif que l'autre personne n'avait pas la qualité de représentant légal en vertu de la loi désignée par les dispositions du présent chapitre, sauf si le tiers savait ou devait savoir que la responsabilité parentale était régie par cette loi.

2 Le paragraphe précédent ne s'applique que dans le cas où l'acte a été passé entre personnes présentes sur le territoire d'un même Etat.

#### *Article 20*

Les dispositions du présent chapitre sont applicables même si la loi qu'elles désignent est celle d'un Etat non contractant.

#### *Article 21*

1 Au sens du présent chapitre, le terme „loi“ désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

2 Toutefois, si la loi applicable en vertu de l'article 16 est celle d'un Etat non contractant et que les règles de conflit de cet Etat désignent la loi d'un autre Etat non contractant qui appliquerait sa propre loi, la loi de cet autre Etat est applicable. Si la loi de cet autre Etat non contractant ne se reconnaît pas applicable, la loi applicable est celle désignée par l'article 16.

#### *Article 22*

L'application de la loi désignée par les dispositions du présent chapitre ne peut être écartée que si cette application est manifestement contraire à l'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

### **Chapitre IV – Reconnaissance et exécution**

#### *Article 23*

1 Les mesures prises par les autorités d'un Etat contractant sont reconnues de plein droit dans les autres Etats contractants.

- 2 Toutefois, la reconnaissance peut être refusée:
- a si la mesure a été prise par une autorité dont la compétence n'était pas fondée sur un chef de compétence prévu au chapitre II;
  - b si la mesure a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'Etat requis;
  - c à la demande de toute personne prétendant que cette mesure porte atteinte à sa responsabilité parentale, si cette mesure a été prise, hors le cas d'urgence, sans qu'ait été donnée à cette personne la possibilité d'être entendue;
  - d si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat requis, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant;
  - e si la mesure est incompatible avec une mesure prise postérieurement dans l'Etat non contractant de la résidence habituelle de l'enfant, lorsque cette dernière mesure réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat requis;
  - f si la procédure prévue à l'article 33 n'a pas été respectée.

#### *Article 24*

Sans préjudice de l'article 23, paragraphe premier, toute personne intéressée peut demander aux autorités compétentes d'un Etat contractant qu'il soit statué sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre Etat contractant. La procédure est régie par la loi de l'Etat requis.

#### *Article 25*

L'autorité de l'Etat requis est liée par les constatations de fait sur lesquelles l'autorité de l'Etat qui a pris la mesure a fondé sa compétence.

#### *Article 26*

1 Si les mesures prises dans un Etat contractant et qui y sont exécutoires comportent des actes d'exécution dans un autre Etat contractant, elles sont, dans cet autre Etat, déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution, sur requête de toute partie intéressée, selon la procédure prévue par la loi de cet Etat.

2 Chaque Etat contractant applique à la déclaration d'exequatur ou à l'enregistrement une procédure simple et rapide.

3 La déclaration d'exequatur ou l'enregistrement ne peuvent être refusés que pour l'un des motifs prévus à l'article 23, paragraphe 2.

#### *Article 27*

Sous réserve de ce qui est nécessaire pour l'application des articles qui précèdent, l'autorité de l'Etat requis ne procédera à aucune révision au fond de la mesure prise.

#### *Article 28*

Les mesures prises dans un Etat contractant, qui sont déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans un autre Etat contractant, y sont mises à exécution comme si elles avaient été prises par les autorités de cet autre Etat. La mise à exécution des mesures se fait conformément à la loi de l'Etat requis dans les limites qui y sont prévues, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

## Chapitre V – *Coopération*

### *Article 29*

1 Chaque Etat contractant désigne une Autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la Convention.

2 Un Etat fédéral, un Etat dans lequel plusieurs systèmes de droit sont en vigueur ou un Etat ayant des unités territoriales autonomes est libre de désigner plus d'une Autorité centrale et de spécifier l'étendue territoriale ou personnelle de leurs fonctions. L'Etat qui fait usage de cette faculté désigne l'Autorité centrale à laquelle toute communication peut être adressée en vue de sa transmission à l'Autorité centrale compétente au sein de cet Etat.

### *Article 30*

1 Les Autorités centrales doivent coopérer entre elles et promouvoir la coopération entre les autorités compétentes de leur Etat pour réaliser les objectifs de la Convention.

2 Elles prennent, dans le cadre de l'application de la Convention, les dispositions appropriées pour fournir des informations sur leur législation, ainsi que sur les services disponibles dans leur Etat en matière de protection de l'enfant.

### *Article 31*

L'Autorité centrale d'un Etat contractant prend soit directement, soit avec le concours d'autorités publiques ou d'autres organismes, toutes dispositions appropriées pour:

- a faciliter les communications et offrir l'assistance prévues aux articles 8 et 9 et au présent chapitre;
- b faciliter par la médiation, la conciliation ou tout autre mode analogue, des ententes à l'amiable sur la protection de la personne ou des biens de l'enfant, dans les situations auxquelles s'applique la Convention;
- c aider, sur demande d'une autorité compétente d'un autre Etat contractant, à localiser l'enfant lorsqu'il paraît que celui-ci est présent sur le territoire de l'Etat requis et a besoin de protection.

### *Article 32*

Sur demande motivée de l'Autorité centrale ou d'une autre autorité compétente d'un Etat contractant avec lequel l'enfant a un lien étroit, l'Autorité centrale de l'Etat contractant dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle et dans lequel il est présent peut, soit directement, soit avec le concours d'autorités publiques ou d'autres organismes,

- a fournir un rapport sur la situation de l'enfant;
- b demander à l'autorité compétente de son Etat d'examiner l'opportunité de prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant.

### *Article 33*

1 Lorsque l'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 envisage le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil légal par *kafala* ou par une institution analogue, et que ce placement ou ce recueil aura lieu dans un autre Etat contractant, elle consulte au préalable l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de ce dernier Etat. Elle lui communique à cet effet un rapport sur l'enfant et les motifs de sa proposition sur le placement ou le recueil.

2 La décision sur le placement ou le recueil ne peut être prise dans l'Etat requérant que si l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de l'Etat requis a approuvé ce placement ou ce recueil, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.



*Article 34*

- 1 Lorsqu'une mesure de protection est envisagée, les autorités compétentes en vertu de la Convention peuvent, si la situation de l'enfant l'exige, demander à toute autorité d'un autre Etat contractant qui détient des informations utiles pour la protection de l'enfant de les lui communiquer.
- 2 Chaque Etat contractant pourra déclarer que les demandes prévues au paragraphe premier ne pourront être acheminées que par l'intermédiaire de son Autorité centrale.

*Article 35*

- 1 Les autorités compétentes d'un Etat contractant peuvent demander aux autorités d'un autre Etat contractant de prêter leur assistance à la mise en oeuvre de mesures de protection prises en application de la Convention, en particulier pour assurer l'exercice effectif d'un droit de visite, ainsi que du droit de maintenir des contacts directs réguliers.
- 2 Les autorités d'un Etat contractant dans lequel l'enfant n'a pas sa résidence habituelle peuvent, à la demande d'un parent résidant dans cet Etat et souhaitant obtenir ou conserver un droit de visite, recueillir des renseignements ou des preuves et se prononcer sur l'aptitude de ce parent à exercer le droit de visite et sur les conditions dans lesquelles il pourrait l'exercer. L'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 pour statuer sur le droit de visite devra, avant de se prononcer, prendre en considération ces renseignements, preuves ou conclusions.
- 3 Une autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 pour statuer sur le droit de visite peut suspendre la procédure jusqu'au terme de la procédure prévue au paragraphe 2, notamment lorsqu'elle est saisie d'une demande tendant à modifier ou supprimer le droit de visite conféré par les autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle.
- 4 Cet article n'empêche pas une autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 de prendre des mesures provisoires jusqu'au terme de la procédure prévue au paragraphe 2.

*Article 36*

Dans le cas où l'enfant est exposé à un grave danger, les autorités compétentes de l'Etat contractant dans lequel des mesures de protection de cet enfant ont été prises ou sont en voie de l'être, si elles sont informées du changement de résidence ou de la présence de l'enfant dans un autre Etat, avisent les autorités de cet Etat de ce danger et des mesures prises ou en cours d'examen.

*Article 37*

Une autorité ne peut demander ou transmettre des informations en application de ce chapitre si elle est d'avis qu'une telle demande ou transmission pourrait mettre en danger la personne ou les biens de l'enfant, ou constituer une menace grave pour la liberté ou la vie d'un membre de sa famille.

*Article 38*

- 1 Sans préjudice de la possibilité de réclamer des frais raisonnables correspondant aux services fournis, les Autorités centrales et les autres autorités publiques des Etats contractants supportent leurs frais découlant de l'application des dispositions du présent chapitre.
- 2 Un Etat contractant peut conclure des accords avec un ou plusieurs autres Etats contractants sur la répartition des frais.

*Article 39*

Tout Etat contractant pourra conclure avec un ou plusieurs autres Etats contractants des accords en vue de favoriser dans leurs rapports réciproques l'application du présent chapitre. Les Etats qui ont conclu de tels accords en transmettront une copie au dépositaire de la Convention.

## **Chapitre VI – Dispositions générales**

### *Article 40*

- 1 Les autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant ou de l'Etat contractant où une mesure de protection a été prise peuvent délivrer au titulaire de la responsabilité parentale ou à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'enfant, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés.
- 2 La qualité et les pouvoirs indiqués par le certificat sont tenus pour établis, sauf preuve contraire.
- 3 Chaque Etat contractant désigne les autorités habilitées à établir le certificat.

### *Article 41*

Les données personnelles rassemblées ou transmises conformément à la Convention ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été rassemblées ou transmises.

### *Article 42*

Les autorités auxquelles des informations sont transmises en assurent la confidentialité conformément à la loi de leur Etat.

### *Article 43*

Les documents transmis ou délivrés en application de la Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue.

### *Article 44*

Chaque Etat contractant peut désigner les autorités à qui les demandes prévues aux articles 8, 9 et 33 doivent être envoyées.

### *Article 45*

- 1 Les désignations mentionnées aux articles 29 et 44 sont communiquées au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé.
- 2 La déclaration mentionnée à l'article 34, paragraphe 2, est faite au depositaire de la Convention.

### *Article 46*

Un Etat contractant dans lequel des systèmes de droit ou des ensembles de règles différents s'appliquent en matière de protection de l'enfant et de ses biens n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits concernant uniquement ces différents systèmes ou ensembles de règles.

### *Article 47*

Au regard d'un Etat dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles ayant trait aux questions régies par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes:

- 1 toute référence à la résidence habituelle dans cet Etat vise la résidence habituelle dans une unité territoriale;
- 2 toute référence à la présence de l'enfant dans cet Etat vise la présence de l'enfant dans une unité territoriale;
- 3 toute référence à la situation des biens de l'enfant dans cet Etat vise la situation des biens de l'enfant dans une unité territoriale;

- 4 toute référence à l'Etat dont l'enfant possède la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet Etat ou, en l'absence de règles pertinentes, l'unité territoriale avec laquelle l'enfant présente le lien le plus étroit;
- 5 toute référence à l'Etat dont une autorité est saisie d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents de l'enfant, ou en annulation de leur mariage, vise l'unité territoriale dont une autorité est saisie d'une telle demande;
- 6 toute référence à l'Etat avec lequel l'enfant présente un lien étroit vise l'unité territoriale avec laquelle l'enfant présente ce lien;
- 7 toute référence à l'Etat où l'enfant a été déplacé ou retenu vise l'unité territoriale dans laquelle l'enfant a été déplacé ou retenu;
- 8 toute référence aux organismes ou autorités de cet Etat, autres que les Autorités centrales, vise les organismes ou autorités habilités à agir dans l'unité territoriale concernée;
- 9 toute référence à la loi, à la procédure ou à l'autorité de l'Etat où une mesure a été prise vise la loi, la procédure ou l'autorité de l'unité territoriale dans laquelle cette mesure a été prise;
- 10 toute référence à la loi, à la procédure ou à l'autorité de l'Etat requis vise la loi, la procédure ou l'autorité de l'unité territoriale dans laquelle la reconnaissance ou l'exécution est invoquée.

#### *Article 48*

Pour identifier la loi applicable en vertu du chapitre III, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou un ensemble de règles ayant trait aux questions régies par la présente Convention, les règles suivantes s'appliquent:

- a en présence de règles en vigueur dans cet Etat identifiant l'unité territoriale dont la loi est applicable, la loi de cette unité s'applique;
- b en l'absence de telles règles, la loi de l'unité territoriale définie selon les dispositions de l'article 47 s'applique.

#### *Article 49*

Pour identifier la loi applicable en vertu du chapitre III, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à des catégories différentes de personnes pour les questions régies par la présente Convention, les règles suivantes s'appliquent:

- a en présence de règles en vigueur dans cet Etat identifiant laquelle de ces lois est applicable, cette loi s'applique;
- b en l'absence de telles règles, la loi du système ou de l'ensemble de règles avec lequel l'enfant présente le lien le plus étroit s'applique.

#### *Article 50*

La présente Convention n'affecte pas la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, dans les relations entre les Parties aux deux Conventions. Rien n'empêche cependant que des dispositions de la présente Convention soient invoquées pour obtenir le retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement, ou pour organiser le droit de visite.

#### *Article 51*

Dans les rapports entre les Etats contractants, la présente Convention remplace la *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* et la *Convention pour régler la tutelle des mineurs*, signée à La Haye le 12 juin 1902, sans préjudice de la reconnaissance des mesures prises selon la Convention du 5 octobre 1961 précitée.

*Article 52*

1 La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des Etats contractants sont Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les Etats liés par de tels instruments.

2 La Convention n'affecte pas la possibilité pour un ou plusieurs Etats contractants de conclure des accords qui contiennent, en ce qui concerne les enfants habituellement résidents dans l'un des Etats Parties à de tels accords, des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

3 Les accords à conclure par un ou plusieurs Etats contractants sur des matières réglées par la présente Convention n'affectent pas, dans les rapports de ces Etats avec les autres Etats contractants, l'application des dispositions de la présente Convention.

4 Les paragraphes précédents s'appliquent également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les Etats concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale.

*Article 53*

1 La Convention ne s'applique qu'aux mesures prises dans un Etat après l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

2 La Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des mesures prises après son entrée en vigueur dans les rapports entre l'Etat où les mesures ont été prises et l'Etat requis.

*Article 54*

1 Toute communication à l'Autorité centrale ou à toute autre autorité d'un Etat contractant est adressée dans la langue originale et accompagnée d'une traduction dans la langue officielle ou l'une des langues officielles de cet Etat ou, lorsque cette traduction est difficilement réalisable, d'une traduction en français ou en anglais.

2 Toutefois, un Etat contractant pourra, en faisant la réserve prévue à l'article 60, s'opposer à l'utilisation soit du français, soit de l'anglais.

*Article 55*

1 Un Etat contractant pourra, conformément à l'article 60:

- a réserver la compétence de ses autorités pour prendre des mesures tendant à la protection des biens d'un enfant situés sur son territoire;
- b se réserver de ne pas reconnaître une responsabilité parentale ou une mesure qui serait incompatible avec une mesure prise par ses autorités par rapport à ces biens.

2 La réserve pourra être restreinte à certaines catégories de biens.

*Article 56*

Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé convoque périodiquement une Commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement pratique de la Convention.

**Chapitre VII – *Clauses finales****Article 57*

1 La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Dix-huitième session.

2 Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

#### *Article 58*

1 Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 61, paragraphe 1.

2 L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.

3 L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérent et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les six mois après la réception de la notification prévue à l'article 63, lettre *b*. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au dépositaire.

#### *Article 59*

1 Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

#### *Article 60*

1 Tout Etat contractant pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 59, faire soit l'une, soit les deux réserves prévues aux articles 54, paragraphe 2, et 55. Aucune autre réserve ne sera admise.

2 Tout Etat pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite. Ce retrait sera notifié au dépositaire.

3 L'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification mentionnée au paragraphe précédent.

#### *Article 61*

1 La Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 57.

2 Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

- a pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;
- b pour chaque Etat adhérent, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après l'expiration du délai de six mois prévu à l'article 58, paragraphe 3;

- c pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 59, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification visée dans cet article.

*Article 62*

1 Tout Etat Partie à la Convention pourra dénoncer celle-ci par une notification adressée par écrit au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales auxquelles s'applique la Convention.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question.

*Article 63*

Le dépositaire notifiera aux Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 58:

- a les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 57;
- b les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 58;
- c la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 61;
- d les déclarations mentionnées aux articles 34, paragraphe 2, et 59;
- e les accords mentionnés à l'article 39;
- f les réserves visées aux articles 54, paragraphe 2, et 55 et le retrait des réserves prévu à l'article 60, paragraphe 2;
- g les dénonciations visées à l'article 62.

EN FOI DE QUOI, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

FAIT à La Haye, le 19 octobre 1996, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de la Dix-huitième session.

**RAPPORT EXPLICATIF DE PAUL LAGARDE**

**TABLE DU RAPPORT**

**Cadre général, principales orientations et structure de la Convention**

**Commentaire de la Convention article par article**

Intitulé de la Convention

Préambule

**Chapitre premier – Champ d’application de la Convention**

Article premier (objet de la Convention)

Paragraphe premier

Alinéa a

Alinéas b et c

Alinéas d et e

Paragraphe 2

Article 2 (enfants auxquels s’applique la Convention)

Article 3 (énumération des mesures de protection)

Alinéa a

Alinéa b

Alinéa c

Alinéa d

Alinéa e

Alinéa f

Alinéa g

Article 4 (matières exclues du domaine de la Convention)

Alinéa a

Alinéa b

Alinéa c

Alinéa d

Alinéa e

Alinéa f

Alinéa g

Alinéa h

Alinéa i

Alinéa j

**Chapitre II – Compétence**

Article 5 (compétence des autorités de la résidence habituelle de l’enfant)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Article 6 (enfants réfugiés, déplacés ou sans résidence habituelle)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Article 7 (déplacement ou non-retour illicite de l’enfant)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Paragraphe 3

Articles 8 et 9 (compétence transférée à un for approprié ou réclamée par celui-ci)

Article 8 (transfert de compétence à un for approprié)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Paragraphe 3 et 4

Article 9 (compétence revendiquée par un for approprié)

Article 10 (for du divorce)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Articles 11 et 12 (compétence concurrente des autorités de l'Etat de la présence de l'enfant ou de la situation de ses biens)

Article 11 (for de l'urgence)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Paragraphe 3

Article 12 (mesures provisoires d'effet territorial)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Paragraphe 3

Article 13 (conflits de compétences concurrentes)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Article 14 (maintien en vigueur des mesures en cas de changement des circonstances)

Observation finale

### **Chapitre III – Loi applicable**

Article 15 (loi applicable aux mesures de protection)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Paragraphe 3

Articles 16 à 18 (responsabilité parentale résultant de la loi)

Article 16 (attribution ou extinction de la responsabilité parentale)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Paragraphe 3 et 4

Article 17 (exercice de la responsabilité parentale)

Article 18 (retrait ou modification de la responsabilité parentale)

Article 19 (protection des tiers)

Article 20 (caractère universel des règles de conflit)

Article 21 (renvoi et conflits de systèmes)

Article 22 (ordre public)

### **Chapitre IV – Reconnaissance et exécution**

Article 23 (reconnaissance et motifs de refus de reconnaissance)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Alinéa a



Alinéa b

Alinéa c

Alinéa d

Alinéa e

Alinéa f

Article 24 (action préventive en opposabilité ou en inopposabilité)

Article 25 (constatations de fait sur la compétence)

Article 26 (exequatur)

Article 27 (prohibition de la revision au fond)

Article 28 (mise à exécution)

### **Chapitre V – Coopération**

Article 29 (institution d'une Autorité centrale)

Article 30 (obligation générale de coopération)

Article 31 (communications, médiation, localisation)

Article 32 (demande de rapport ou de mesures)

Article 33 (placement transfrontière)

Article 34 (fournitures d'informations concrètes sur un enfant déterminé)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Article 35 (assistance à la mise en oeuvre des mesures, droit de visite)

Paragraphe premier

Paragraphe 2 à 4 (attribution d'un droit de visite)

Article 36 (enfant en grave danger)

Article 37 (informations faisant courir un risque à l'enfant)

Article 38 (frais)

Article 39 (accords entre Etats contractants)

### **Chapitre VI – Dispositions générales**

Article 40 (certificat international)

Article 41 (protection des données personnelles)

Article 42 (confidentialité des informations)

Article 43 (dispense de légalisation)

Article 44 (désignation des autorités)

Article 45 (destinataires des communications et déclarations)

Articles 46 à 49 (clauses fédérales)

Article 46 (non-application de la Convention aux conflits internes)

Article 47 (conflits interterritoriaux, règles générales)

Article 48 (conflits interterritoriaux, règles spéciales sur la loi applicable)

Article 49 (conflits interpersonnels, loi applicable)

Articles 50 à 52 (conflits de conventions)

Article 50 (primauté de la Convention Enlèvement d'enfants)

Article 51 (remplacement des Conventions de 1902 et de 1961)

Article 52 (conflits avec d'autres conventions, clause de déconnexion)

Paragraphe premier

Paragraphe 2

Paragraphe 3

Paragraphe 4

Article 53 (application de la Convention dans le temps)

Article 54 (langue des communications)

Article 55 (réserve concernant les biens)

Article 56 (suivi de la Convention)

### **Chapitre VII – Clauses finales**

Articles 57 à 63

\*

1 Cette Convention trouve son origine dans la Décision prise le 29 mai 1993 par les Etats représentés à la Dix-septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé

*„d’inscrire à l’ordre du jour de la Dix-huitième session la revision de la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et une extension éventuelle du domaine de la nouvelle Convention à la protection des incapables majeurs“<sup>1</sup>.*

En application de cette Décision, le Bureau Permanent de la Conférence institua une Commission spéciale qui tint trois réunions, du 26 mai au 3 juin 1994, puis du 6 au 17 février 1995, enfin du 11 au 22 septembre 1995. Cette Commission spéciale élaborait un avant-projet de texte qui, avec le Rapport qui l’accompagnait<sup>2</sup>, servit de base de discussion aux travaux de la Dix-huitième session de la Conférence, qui s’est tenue à La Haye du 30 septembre au 19 octobre 1996.

La Dix-huitième session de la Conférence a confié l’élaboration de la Convention à sa Deuxième commission, qui a tenu 26 séances. Ont participé à la négociation, en plus des délégués de 35 des Etats membres de la Conférence, les observateurs de 15 autres Etats, ceux de 8 organisations intergouvernementales et de 9 organisations non gouvernementales.

La Commission a désigné comme Président M. K.J. Pirrung, expert de l’Allemagne, comme Vice-présidents M. W.R. Duncan, expert de l’Irlande, et Mme G.F. DeHart, expert des Etats-Unis, qui avaient déjà occupé ces fonctions dans la Commission spéciale. Elle a également confirmé dans sa fonction de Rapporteur M. P. Lagarde, expert de la France. En cours de session ont été constitués un Comité de rédaction placé sous la présidence de M. W. R. Duncan<sup>3</sup> et un Groupe chargé d’examiner les clauses fédérales, placé sous la présidence de Mme Alegría Borrás, expert de l’Espagne<sup>4</sup>. Les travaux de la Deuxième commission ont été grandement facilités par les substantiels documents préliminaires<sup>5</sup> et interventions de M. Adair Dyer, Secrétaire général adjoint, qui a assumé la direction scientifique du Secrétariat.

2 Le présent Rapport porte sur le *projet de Convention 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*, adopté à l’unanimité des Etats membres présents lors de la Session plénière du 18 octobre 1996. Ce texte a été ouvert à la signature des Etats immédiatement après la signature de l’Acte final de la Dix-huitième session, le 19 octobre 1996, et a été signé ce même jour par le Maroc. C’est donc aujourd’hui une Convention, qui porte la date de sa première signature.

1 *Acte final de la Dix-septième session*, Partie B, 1.

2 L’avant-projet et le Rapport de Paul Lagarde forment le Document préliminaire No 7 de mars 1996 à l’intention de la Dix-huitième session.

3 Ont fait partie de ce Comité, en plus de son Président, du Rapporteur et des membres du Bureau Permanent: Mmes G. F. DeHart (Etats-Unis) et L. Lussier (Canada), ainsi que MM. A. Bucher (Suisse) et E. M. Clive (Royaume-Uni).

4 Ont également été représentées à ce Comité les délégations des Etats-Unis, du Canada, de l’Australie, du Mexique et de l’Allemagne.

5 Doc. prélim. No 1: *Rapport sur la revision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs – Première partie* (avril 1994); Doc. prélim. No 2: *Liste récapitulative des dispositions à inclure éventuellement dans la Convention révisée concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (pour ce qui est de la protection de la personne du mineur)* (avril 1994); Doc. prélim. No 3: *Rapport sur la revision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs – Deuxième partie* (mai 1994); Doc. prélim. No 5: *Principaux problèmes soulevés par l’inclusion dans le champ d’application de la Convention révisée de mesures tendant à protéger les biens des mineurs* (janvier 1995).

### Cadre général, principales orientations et structure de la Convention

3 La protection de l'enfance en danger a toujours été au coeur des préoccupations de la Conférence de La Haye de droit international privé. Sans remonter à la Convention de 1902 sur la tutelle des mineurs<sup>6</sup>, il faut rappeler, dans la première période qui a suivi la fin de la Seconde guerre mondiale, les Conventions sur les obligations alimentaires envers les enfants des 24 octobre 1956 et 15 avril 1958, renouvelées et élargies par celles du 2 octobre 1973, la *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* et la *Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption*. A l'époque récente, la Conférence a poursuivi avec succès cette oeuvre protectrice: la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* a déjà reçu la ratification ou l'adhésion de près de cinquante Etats et la *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, déjà ratifiée par une douzaine d'Etats et de plus signée par une quinzaine, est entrée en vigueur le 1er mai 1995. Entre-temps, l'entrée en vigueur dans 187 Etats (en juin 1996) de la *Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant* a rendu nécessaire la révision de nombreuses législations nationales et de conventions internationales dont les solutions ne sont pas en harmonie avec les principes nouveaux.

La révision de la *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* s'inscrit dans ce contexte général. Elle a aussi des causes plus spécifiques, tenant au succès relativement limité de cette Convention et aux imperfections révélées par plus de vingt années d'application.

4 Malgré les ratifications ou adhésions récentes de l'Espagne (1987), de la Pologne (1993) et de l'Italie (1995), la Convention de 1961 n'est en vigueur qu'entre onze Etats<sup>7</sup>, tous localisés, à l'exception de la Pologne et de la Turquie, en Europe continentale occidentale.

Ainsi limitée géographiquement, la Convention a donné lieu, au moins dans les Etats contractants les plus anciens, à une jurisprudence abondante<sup>8</sup>, ce qui est le signe d'une grande fréquence d'application de la Convention et donc du besoin réel auquel elle répond, mais aussi de certaines difficultés de mise en oeuvre ou d'interprétation. Des travaux récents, souvent cités au cours des discussions de la Commission spéciale et de la Dix-huitième session, ont mis en relief certains défauts de la Convention et fait des propositions de réforme<sup>9</sup> dont certaines ont été entendues.

5 L'une des principales difficultés auxquelles a donné lieu la Convention de 1961 vient de ce qu'elle a organisé la compétence concurrente en matière de protection des mineurs des autorités de la résidence habituelle de l'enfant et de ses autorités nationales (art. premier et 4), sans compter les autorités de l'Etat de la présence de l'enfant ou de la situation de biens (art. 8), et donné en cas de conflit la prééminence aux autorités nationales (art. 4, paragraphe 4). Cette solution a révélé deux séries d'inconvénients. D'une part, les autorités nationales ont parfois pris des décisions mal acceptées par les autorités de la résidence habituelle du mineur, par hypothèse plus proches de celui-ci et souvent mieux à même d'apprécier sa situation et ses besoins, d'autre part, dans l'hypothèse très fréquente de mineurs double nationaux, le conflit entre les autorités de chacun des Etats dont le mineur avait la nationalité a provoqué la paralysie de la Convention<sup>10</sup>.

6 Qui paraît n'être plus effectivement en vigueur que dans les rapports entre la Belgique et l'Allemagne (v. Staudinger/Kropholler (1996) Vorbem. 12-13 zu Art. 24 EGBGB) et peut-être aussi la Roumanie (v. Rigaux-Fallon, *Droit international privé*, t. II, 1993, n. 1145).

7 Aux trois Etats cités au texte, il faut ajouter l'Allemagne, l'Autriche, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Suisse et la Turquie.

8 V. les nombreuses décisions recensées dans les quatre volumes parus du recueil de Mme Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, publiés par l'Institut Asser, de La Haye.

9 V. J. Kropholler, „Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens“, *RabelsZ* 58 (1994) 1-19; S. Boelck, *Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961*, Tübingen, 1994, et compte rendu, par P. Lagarde, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1995.230.

10 V. en France Civ. 1ère 16 déc. 1986, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1987.401, note Lagarde; cf. P. Lagarde, „La protection du mineur double national, talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961“, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano*, 1989.529.

Une autre difficulté venait de l'incertaine signification de l'article 3 sur le rapport d'autorité *ex lege* (règle de conflit ou règle de reconnaissance) et de la problématique articulation de la loi nationale applicable à ce rapport et de la loi de la résidence habituelle applicable en principe aux mesures de protection<sup>11</sup>. A ces critiques s'ajoutaient le mauvais fonctionnement de la coopération entre autorités imaginée par la Convention et l'absence de disposition sur l'exécution dans un Etat contractant des mesures de protection prises dans un autre.

6 La Commission s'est efforcée de tenir compte de ces objections. La nouvelle Convention, plus étoffée que celle de 1961, est aussi plus ordonnée et, faut-il espérer, d'une plus grande lisibilité. Elle comporte 63 articles (contre 25 dans la Convention de 1961) répartis dans les sept chapitres suivants: Champ d'application de la Convention; Compétence; Loi applicable; Reconnaissance et exécution; Coopération; Dispositions générales; Clauses finales.

Le premier chapitre (art. 1 à 4) définit l'objet de la Convention et les enfants auxquels elle s'applique, elle donne une énumération exemplative mais assez complète des mesures de protection entrant dans le champ de la Convention et précise les matières exclues du domaine de celle-ci.

Le chapitre II sur la compétence est très novateur par rapport à la Convention de 1961. L'idée générale est que les Etats contractants acceptent une limitation considérable de la compétence de leurs autorités. La nouvelle Convention a voulu écarter en principe toute concurrence d'autorités d'Etats différents pour prendre les mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant. Les autorités compétentes sont en principe celles de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant (art. 5), sous réserve des importantes précisions apportées en cas d'absence de résidence habituelle (art. 6) ou de déplacement illicite de l'enfant (art. 7). Si, dans certains cas, les autorités d'autres Etats peuvent être amenées à intervenir dans la protection de l'enfant (art. 8 et 9), c'est toujours, hors le cas temporaire de l'urgence ou celui de mesures à effet strictement territorial (art. 11 et 12), avec l'accord ou sur la demande des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. Tel est le cas notamment des autorités de l'Etat national de l'enfant, dont la compétence ne peut plus s'exercer, comme d'ailleurs celle de tout autre Etat avec lequel l'enfant présente un lien étroit, que sous le contrôle des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. Ainsi sont du même coup écartés le plus souvent les risques afférents à la double nationalité de l'enfant. Il en est toutefois autrement en cas de divorce des parents de l'enfant. La Convention admet en effet, à la différence de l'avant-projet de la Commission spéciale, une compétence concurrente du for du divorce, sous des conditions assez strictes, pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens du ou des enfants (art. 10).

Le chapitre III sur la loi applicable reprend en l'assouplissant le principe de la Convention de 1961 selon lequel toute autorité prenant une mesure de protection applique sa loi interne (art. 15). C'est également dans ce chapitre que l'on trouve les dispositions sur le rapport d'autorité *ex lege* (art. 16 à 18). La Convention clarifie et actualise la notion en parlant d'attribution ou d'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale. Surtout, elle soumet celle-ci à la loi de la résidence habituelle de l'enfant (et non plus à sa loi nationale), unifiant ainsi la loi applicable à la responsabilité parentale et aux mesures de protection. Ce chapitre s'efforce enfin de résoudre les conséquences du déplacement de l'enfant sur la loi applicable à la responsabilité parentale (conflit mobile).

Le chapitre IV (art. 23 à 28) fournit une réglementation détaillée, qui faisait défaut dans la Convention de 1961, de la reconnaissance et de l'exécution dans un Etat contractant des mesures de protection prises dans un autre Etat contractant. Il distingue clairement la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution et la mise à exécution. Les dispositions les plus originales sont l'article 23 qui énumère – limitativement – les motifs de non-reconnaissance et l'article 24 qui admet la recevabilité d'une action en opposabilité ou en inopposabilité d'une mesure de protection.

Le chapitre V institue un mécanisme de coopération entre Etats contractants, qui faisait également défaut dans la Convention de 1961. Ce mécanisme repose, à l'instar de nombreuses autres Conventions de La Haye, sur la création dans chaque Etat contractant d'une Autorité centrale (art. 29), dont les obligations et les pouvoirs sont définis par les articles 30 à 38.

<sup>11</sup> L'articulation devient en effet problématique lorsque, par exemple, d'après la loi nationale du mineur, il n'a pas ou plus de rapport *ex lege* et donc nécessité de mesures de protection mais que, d'après la loi de la résidence habituelle, ce rapport *ex lege* subsiste et rend donc inutile la prise de mesures de protection. V. sur ce point les critiques anciennes de Y. Lequette, formulées à nouveau dans „Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales“ *RCADI*, t. 246 (1994-II), 11 s., 82 s. V. déjà G.A.L. Droz, „La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961“, *Journ. dr. internat.*, 1973.603, 619 s.

Le chapitre VI (art. 40 à 56) comporte notamment quelques dispositions générales destinées à faciliter la mise en oeuvre (art. 40) et le suivi (art. 56) de la Convention ainsi qu'à protéger la confidentialité des données et informations rassemblées conformément à celle-ci (art. 41 et 42). Il précise également l'application de la Convention au regard des Etats à système juridique non unifié (art. 46 à 49), son application dans le temps (art. 53), les conflits de Conventions (art. 50 à 52) et les réserves permises (art. 55).

Le chapitre VII (art. 57 à 63) reprend les clauses finales habituelles dans les Conventions de La Haye.

### Commentaire de la Convention article par article

#### *Intitulé de la Convention*

7 L'intitulé „*Convention 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*“ reprend l'intitulé des quatre principaux chapitres de la Convention et ne prête à aucune confusion. Certaines délégations auraient préféré un intitulé plus bref et plus élégant, comme celui retenu par la Commission spéciale „*Convention relative à la protection des enfants*“, mais cette expression figurait déjà dans la Convention du 29 mai 1993 sur l'adoption et elle aurait été ambiguë en ce qu'elle aurait pu laisser croire que la Convention traitait de questions de droit matériel.

#### *Préambule*

8 Le préambule, relativement long pour une Convention de La Haye<sup>12</sup>, réalise un compromis entre les délégations voulant un préambule court, indiquant simplement l'objet de la Convention et plaçant celle-ci dans le sillage de la *Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant*, et celles qui souhaitaient expliciter dans le préambule certains grands principes figurant dans ladite Convention, au risque de créer une méprise sur l'objet même de la Convention à élaborer, qui est une Convention de droit international privé et non de droit matériel.

Les trois premiers alinéas du préambule relèvent de la première tendance et rappellent le domaine et l'objet de la Convention. Le quatrième alinéa se fait l'écho de la seconde tendance en rappelant la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant, mentionné d'ailleurs maintes fois dans le corps de la Convention. Le cinquième alinéa place la Convention dans la continuité des travaux antérieurs de la Conférence de La Haye en rappelant la Convention du 5 octobre 1961 qu'il est devenu nécessaire de réviser, et le dernier alinéa se réfère à la Convention précitée des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

### Chapitre premier – *Champ d'application de la Convention*

#### *Article premier (objet de la Convention)<sup>13</sup>*

##### *Paragraphe premier*

9 Ce paragraphe décrit l'objet de la Convention et constitue en quelque sorte une table des matières de celle-ci.

##### *Alinéa a*

10 La Convention détermine l'Etat dont les autorités sont compétentes mais non les autorités compétentes elles-mêmes, qui peuvent être judiciaires ou administratives et siéger en un point ou en un autre du territoire dudit Etat. En termes de conflits de juridictions, on dirait que la Convention fixe la compétence internationale, non la compétence interne.

La Convention précise dès ce premier alinéa qu'elle s'occupe de la protection de la personne *et des biens* de l'enfant. La décision de s'occuper des biens de l'enfant avait été prise par la Commission spéciale après qu'elle eut entendu les explications de Mme Revillard, juriste au CRIDON de Lyon,

<sup>12</sup> V. toutefois le préambule de la *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*.

<sup>13</sup> Les intitulés en italiques figurant à la suite de chaque article commenté ont été ajoutés par le Rapporteur pour accroître la lisibilité de son Rapport, mais ils ne figurent pas dans le texte de la Convention.

consultée comme expert du Bureau Permanent. Celle-ci avait montré, à l'appui de nombreux cas tirés de la pratique notariale, l'utilité de disposer de règles précises concernant la désignation et les pouvoirs du représentant légal de l'enfant pour administrer les biens de l'enfant sis dans un Etat étranger, notamment lorsqu'il s'agit d'assurer le règlement d'une succession échue à l'enfant.

La Dix-huitième session a confirmé cette décision, mais elle a dû tenir compte de l'éventuelle volonté de l'Etat sur le territoire duquel sont situés des biens d'un enfant de réserver à ses autorités la compétence pour prendre les mesures de protection de tout ou partie de ces biens. Une réserve a donc été prévue en ce sens dans l'article 55, qui permet aussi à cet Etat de „se réserver de ne pas reconnaître une responsabilité parentale ou une mesure de protection qui serait incompatible avec une mesure prise par ses autorités par rapport à ces biens“.

11 En revanche, l'avant-projet ne comporte aucune disposition relative à la protection des *incapables majeurs*. La délégation suisse avait présenté à la Commission spéciale deux documents qui montraient que, sur le plan formel, le problème pourrait être traité soit par adjonction dans une convention générale sur la protection de la personne d'un chapitre spécifique aux majeurs, soit sous la forme d'une convention séparée, dupliquant la Convention sur la protection des mineurs, avec les adaptations nécessaires. La Dix-huitième session a estimé que la question de la protection des adultes méritait un examen approfondi et a décidé de l'inscrire à l'ordre du jour d'une Commission spéciale à caractère diplomatique<sup>14</sup>.

#### *Alinéas b et c*

12 Ces deux alinéas annoncent les dispositions du chapitre III sur la loi applicable. En mentionnant dès l'article premier la détermination de la loi applicable à la responsabilité parentale, la Convention indique que la règle y relative (art. 16) sera une règle de conflit de lois et non une simple règle de reconnaissance.

#### *Alinéas d et e*

13 Ces deux alinéas sont explicites et se suffisent à eux-mêmes. Ils annoncent les chapitres IV (reconnaissance et exécution) et V (coopération) de la Convention.

#### *Paragraphe 2*

14 L'expression „responsabilité parentale“, qui s'inspire de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (art. 18), a été substituée à celle de „rapport d'autorité“ figurant dans la Convention de 1961.

Déjà utilisée par la *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*<sup>15</sup>, cette notion de responsabilité parentale a paru insuffisamment précise à certaines délégations. Aussi le paragraphe 2 de l'article premier s'efforce-t-il d'explicitier cette notion de responsabilité parentale, dont les débats ont montré qu'elle n'était pas comprise de la même façon par toutes les délégations. La définition donnée est large. Elle couvre à la fois la responsabilité concernant la personne de l'enfant, la responsabilité concernant ses biens et généralement la représentation légale de l'enfant, quelle que soit l'appellation donnée à l'institution, responsabilité parentale, autorité parentale, puissance paternelle, aussi bien que tutelle, curatelle, administration légale, *custody, guardianship*. Les droits et obligations auxquels il est référé sont ceux qui appartiennent aux père et mère en vertu de la loi, en vue d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement<sup>16</sup>, qu'il s'agisse de la garde, de l'éducation, de la fixation de la résidence, ou de la surveillance de la personne de l'enfant, notamment de ses relations. Le terme de pouvoirs se rapporte plus spécifiquement à la représentation de l'enfant. Cette responsabilité est exercée normalement par les parents, mais elle peut l'être en tout ou en partie par des tiers, dans les conditions fixées par les législations nationales, en cas de décès, d'incapacité, d'inaptitude ou d'indignité des parents, ou en cas d'abandon de l'enfant par ses parents.

14 *Acte final de la Dix-huitième session*, Partie B, 2.

15 V. article 26, paragraphe 1 b.

16 V. *Convention relative aux droits de l'enfant*, article 18.

*Article 2 (enfants auxquels s'applique la Convention)*

15 Cet article définit les enfants auxquels s'applique la Convention. Plutôt que de se déclarer applicable aux „mineurs“, ce qui eût nécessité l'élaboration d'une règle de conflit spéciale pour déterminer la ou les lois applicables à la définition de ce terme<sup>17</sup>, l'article 2 a retenu le terme d'„enfants“, en précisant directement que „la Convention s'applique aux enfants à partir de leur naissance et jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 18 ans“. Le point de départ est donc la naissance de l'enfant et non sa conception. Lors des débats de la Commission spéciale, certaines délégations, et notamment le Notariat latin, auraient souhaité que la Convention s'appliquât aussi à l'enfant conçu, au moins lorsqu'il s'agit de la protection de ses biens. Le débat a rebondi au cours de la Session diplomatique avec la proposition d'une délégation de supprimer le membre de phrase „à partir de leur naissance“, en vue de permettre aux Etats qui l'auraient souhaité d'appliquer la Convention à des enfants simplement conçus. Cette proposition a été rejetée à une très forte majorité (21 contre 5 et une abstention). En se déclarant ainsi applicable aux enfants seulement à partir de leur naissance, la Convention a surtout voulu éviter de prendre position sur le problème éthique sous-jacent de la légitimité de l'interruption volontaire de grossesse et sur le statut légal international de l'embryon. Chaque Etat reste libre de prendre, selon son droit commun, des mesures de protection de l'enfant conçu et les autres Etats restent libres de reconnaître de telles mesures. La Convention a donc adopté sur cette question sensible une position modeste, laissant les Etats contractants libres d'appliquer leurs propres conceptions, mais refusant de leur imposer l'obligation de reconnaître les conceptions des autres.

16 La Convention s'applique jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 18 ans. Cela ne veut pas dire que la Convention fixe à 18 ans, par une règle matérielle, l'âge de la majorité dans tous les Etats contractants. Le texte signifie simplement que les règles conventionnelles de compétence, de conflit de lois etc. s'appliquent aux enfants jusqu'à cet âge, même dans le cas où, avant cet âge, ils seraient devenus capables d'après leur loi personnelle, soit que l'âge de la majorité soit fixé par cette loi en dessous de 18 ans, ce qui paraît très exceptionnel<sup>18</sup>, soit, plus vraisemblablement, qu'ils aient fait l'objet d'une mesure d'émancipation, notamment du fait de leur mariage.

Si l'autorité compétente selon la Convention constate que, d'après la loi qui, en vertu de son droit international privé, régit la capacité, l'enfant est majeur ou émancipé, elle appréciera si une mesure de protection est néanmoins appropriée. C'est là une question de droit matériel qui ne relève pas directement des dispositions de la Convention<sup>19</sup>. De même, si la loi régissant la capacité permet à l'enfant d'accomplir certains actes sans l'intervention de son représentant légal, comme de consulter un médecin ou d'acheter des produits anticonceptionnels, il appartiendra à l'autorité saisie d'appliquer cette loi dans les limites de son ordre public. La Convention n'indique pas quelles sont les mesures à prendre en ces situations. Elle se borne à désigner l'autorité compétente pour les prendre et à fixer les conditions de reconnaissance et d'exécution de ces mesures par les autres Etats contractants. Il résulte en tout cas de ces exemples que la Convention s'appliquera avec une certaine souplesse aux „grands enfants“, d'autant plus qu'ils ont le droit d'être entendus dans toute procédure judiciaire ou administrative les concernant (art. 12, paragraphe 2, CDE et art. 23, paragraphe 2 *b*, de la Convention, v. *infra*).

La Convention cesse de s'appliquer après que l'enfant a atteint l'âge de 18 ans. Il se peut pourtant qu'il ait encore besoin de protection après cet âge, soit qu'il n'ait pas encore atteint l'âge de la majorité selon la loi régissant sa capacité, soit que son état de santé requière une mesure de protection. En l'absence d'une Convention sur la protection des adultes, il appartiendra à chaque Etat d'assurer cette protection par son droit national.

Bien entendu, la confidentialité, imposée par les articles 41 et 42 de la Convention, des données et informations recueillies en application de la Convention doit continuer à être assurée après que l'enfant a atteint l'âge de 18 ans.

17 A la différence de la Convention de 1961, que son article 13 déclare applicable à tous les mineurs ayant leur résidence habituelle dans un des Etats contractants, la nouvelle Convention ne comporte pas de disposition limitant sur le plan géographique les enfants auxquels elle s'appliquera. Après de longues discussions, l'évidence s'est imposée que le domaine géographique de la Convention variait avec

<sup>17</sup> Cf. l'article 12 de la Convention de 1961.

<sup>18</sup> La *Convention relative aux droits de l'enfant* envisage l'éventualité dans son article premier.

<sup>19</sup> V. *infra*, No 30, sous article 4, *litt. d*.

chacune de ses dispositions. Quand une règle de la Convention donne compétence aux autorités de la résidence habituelle d'un enfant, elle s'applique à tous les enfants ayant leur résidence habituelle dans un Etat contractant. Quand une règle de la Convention donne compétence aux autorités de la résidence d'un enfant, elle s'applique à tous les enfants ayant leur résidence dans un Etat contractant. Quand une règle de la Convention pose une règle de conflit de lois relative à la responsabilité parentale, elle pose une règle de conflit universelle, comme dans toutes les Conventions de La Haye récentes en matière de conflits de lois, applicable à tous les enfants, quelle que soit leur nationalité et où que soit leur résidence.

*Article 3 (énumération des mesures de protection)*

18 La Convention de 1961 utilise le terme de mesure de protection sans le définir. Les délégations des Etats non parties à cette Convention ont souhaité, sinon une définition, du moins une énumération des objets sur lesquels peuvent porter ces mesures. Celles-ci variant avec chaque législation, l'énumération donnée dans cet article ne pouvait être qu'exemplative. Elle s'efforce néanmoins de couvrir un champ très large et certains de ses éléments peuvent se chevaucher, ce qui importe peu puisque le régime auquel ils sont tous soumis est le même.

*Alinéa a*

19 En précisant que les mesures peuvent porter sur l'attribution, l'exercice, le retrait total ou partiel et la délégation de la responsabilité parentale, le texte paraît bien avoir couvert toutes les situations pouvant affecter cette responsabilité.

*Alinéa b*

20 Le droit de garde et le droit de visite sont l'enjeu fréquent des disputes entre les parents dont le couple se dissocie. L'alinéa *b*, pour expliciter ces expressions qui ne sont pas toujours comprises de la même façon dans toutes les législations, reprend les formulations qui se trouvent à l'article 5 de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. La notion même de „droit“ des parents en matière de garde ou de visite a été contestée dans le contexte nouveau de responsabilité parentale instauré par la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Le terme a cependant été conservé, à la fois par commodité et pour tenir compte des législations encore nombreuses qui continuent à concevoir la responsabilité parentale comme un rapport d'autorité.

Certaines délégations anglophones autres que celle du Royaume-Uni ont observé que les termes *custody* et *access* étaient remplacés dans leurs législations par des expressions différentes: *residence order* pour *custody*, *contact* ou encore *visitation* pour *access*. La Convention ne peut prétendre utiliser un terme qui convienne aux particularités linguistiques de tous les Etats représentés. Ce qui compte est le sens que les Etats contractants ont voulu donner aux mots utilisés et toutes les délégations ont été d'accord pour comprendre que les termes *access* ou „droit de visite“ englobent les contacts à distance qu'un parent est autorisé à entretenir avec son enfant par correspondance, téléphone ou télécopie.

*Alinéa c*

21 Les mesures de protection peuvent porter sur la tutelle, la curatelle ou d'autres institutions analogues. Il s'agit ici de régimes de protection (représentation dans le cas de la tutelle, assistance dans le cas de la curatelle) qui s'ouvrent en faveur des enfants généralement lorsque leurs parents sont décédés ou ne sont plus en droit de représenter l'enfant<sup>20</sup>.

*Alinéa d*

22 Les termes employés sont très larges. La „personne ou l'organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister“ peut être un tuteur, un gardien ou un délégataire de la responsabilité parentale, comme le prévoient les alinéas précédents, mais aussi un tuteur *ad hoc* désigné pour représenter l'enfant dans un procès en cas de conflit d'intérêts avec le représentant légal, ou encore un établissement scolaire ou un responsable de colonie de vacances appelé à prendre des décisions médicales en l'absence du représentant légal, etc.

<sup>20</sup> V. par ex. article 390 Code civil français, § 1773 BGB.



*Alinéa e*

23 Les mesures de placement d'un enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement sont un peu les prototypes des mesures de protection et sont évidemment couvertes par la Convention, sauf exclusion expresse, comme le placement préparatoire à l'adoption ou le placement consécutif à une infraction pénale commise par l'enfant (art. 4 *b* et *i*, v. *infra*).

L'alinéa *e* mentionne en particulier le „recueil légal par *kafala* ou par une institution analogue“. La délégation marocaine avait fourni à la Commission spéciale une note détaillée sur l'institution du droit musulman qu'est la *kafala*<sup>21</sup> et un nouveau document (Doc. trav. No 10) a été produit au cours de la Session diplomatique décrivant la procédure de la *kafala* établie par la loi marocaine du 10 septembre 1993. Il en ressort que l'enfant en besoin de protection peut être confié, soit par décision du juge des tutelles, soit par une commission administrative, à une institution publique ou sociale, ou à une famille musulmane qui s'occupera de la personne (gîte, entretien, éducation) et s'il y a lieu des biens de l'enfant et qui le cas échéant recevra délégation de la tutelle sur l'enfant. La *kafala* n'est pas une adoption, interdite par le droit islamique, et elle ne produit aucun effet quant à la filiation. L'enfant qui en bénéficie ne devient pas membre de la famille du *kafil* et c'est la raison pour laquelle la *kafala* n'est pas couverte par la Convention sur l'adoption du 29 mai 1993. Mais c'est indiscutablement une mesure de protection qui, à ce titre, doit entrer dans le champ d'application d'une convention sur la protection des enfants.

*Alinéa f*

24 Cet alinéa a été introduit à la demande de la délégation australienne pour couvrir les hypothèses dans lesquelles un enfant a été laissé à la garde de l'un de ses parents ou de ses deux parents, ou de toute autre personne, mais sous la réserve de la supervision d'une autorité publique, dont les modalités peuvent avoir été fixées par une „mesure“ au sens de la Convention.

*Alinéa g*

25 Les mesures de protection peuvent porter sur „l'administration, la conservation ou la disposition des biens de l'enfant“. Cette formulation très large englobe toutes les opérations intéressant les biens des mineurs, y compris les acquisitions, considérées comme des placements ou des actes de disposition des biens cédés en contrepartie de l'acquisition.

*Article 4 (matières exclues du domaine de la Convention)*

26 Cet article énumère certaines matières ou questions qui sont exclues du domaine de la Convention. Cette énumération est limitative. Toute règle ou toute mesure tendant à la protection de la personne ou des biens d'un enfant et qui n'est pas exclue par l'article 3 entre dans le champ d'application de la Convention<sup>22</sup>. A l'inverse, comme indiqué ci-dessus, l'énumération des mesures de protection faite par l'article 3 (qui comporte l'adverbe „notamment“) n'est pas limitative. Ainsi la combinaison des articles 3 et 4 ne risque-t-elle pas de laisser subsister des lacunes.

Les exclusions retenues par l'article 4 ont des justifications différentes les unes des autres. Pour la filiation, par exemple, on ne peut dire que son établissement ou sa contestation soient, en elles-mêmes, protectrices de l'enfant. De même pour le nom, les successions ou même l'émancipation. De plus, les règles de la Convention, notamment la non-dissociation de principe du *forum* et du *jus*, ne conviendraient pas. Pour l'adoption et pour l'obligation alimentaire, il faut surtout éviter des chevauchements entre conventions. Pour les autres exclusions, qui touchent au droit public, il n'a pas paru possible d'imposer aux Etats contractants, dans des matières qui touchent à des intérêts essentiels (droit pénal, immigration), une limitation conventionnelle de leur compétence.

21 La *kafala* est également mentionnée par la *Convention relative aux droits de l'enfant* comme protection de remplacement (art. 20, paragraphe 3). La délégation marocaine a fait observer que la transcription du terme arabe devait s'orthographier sans *h* final.

22 Encore faudra-t-il s'assurer que la matière concerne spécifiquement la protection de l'enfant. Tel n'est pas le cas, par exemple, de la nationalité de l'enfant, ou encore de l'octroi à un enfant de dommages et intérêts en application des règles de la responsabilité civile. Certaines délégations avaient proposé pour ces questions une exclusion expresse, soit générale (Doc. trav. No 52, *ad* art. 4), soit matière par matière (Doc. trav. No 59), mais sans succès, car l'exclusion allait de soi. De plus, une exclusion expresse aurait pu susciter des problèmes d'interprétation. Par exemple, l'exclusion de la responsabilité civile aurait-elle couvert la responsabilité civile encourue par le tuteur envers le mineur pour détournement de biens de celui-ci?

*Alinéa a*

27 L'exclusion ne concerne que l'établissement et la contestation de la filiation, pour lesquels il n'y a pas de raison décisive de renoncer, au profit des autorités de la résidence habituelle de l'enfant, à la compétence juridictionnelle de droit commun fondée le plus souvent sur le domicile du défendeur.

L'exclusion s'étend à la question de savoir si les parties au lien de filiation doivent obtenir le consentement de leur représentant légal, car il s'agit d'une question de filiation. Ainsi, c'est à la loi personnelle, déterminée par le droit international privé de l'autorité saisie et non par la Convention, de dire si le mineur qui veut reconnaître un enfant naturel doit ou non être autorisé par son représentant légal, si l'enfant objet de cette reconnaissance doit consentir à cette reconnaissance et doit être représenté à cette fin en dessous d'un certain âge, si un tuteur *ad hoc* doit être désigné pour représenter ou assister l'enfant dans un procès de filiation, ou encore si la mère mineure d'un enfant doit elle-même être représentée dans les actes ou instances concernant le statut de son enfant.

Mais, dans toutes ces situations, la question de savoir qui est le représentant légal de la personne concernée et si, par exemple, sa désignation résulte de plein droit de la loi ou nécessite l'intervention d'une autorité, relève de la Convention.

*Alinéa b*

28 L'exclusion de l'adoption, qui a fait l'objet de la récente Convention du 29 mai 1993, allait de soi. Elle est formulée de manière très large et, pour éviter tout malentendu, le texte précise qu'elle s'étend à l'annulation et à la révocation de l'adoption, alors même que la révocation serait décidée dans un souci de protection de l'enfant.

L'exclusion s'étend aussi aux mesures qui préparent l'adoption, et spécialement au placement en vue de l'adoption. La Commission spéciale, sensible au fait que le placement est en lui-même une mesure de protection qui souvent subsistera même dans le cas où l'adoption ne serait pas prononcée, avait prévu que cette mesure devrait au moins être reconnue dans les autres Etats contractants si elle avait été prise par une autorité compétente selon le chapitre II de la Convention, en fait le plus souvent par celles de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. La solution, qui avait sa logique, risquait cependant d'être d'une application malaisée et l'exclusion complète des mesures préparatoires à l'adoption a été retenue par la Conférence dans un souci de clarté et de simplicité.

*Alinéa c*

29 L'exclusion du nom et des prénoms de l'enfant paraît aller de soi, puisque ces matières ne concernent pas la protection de l'enfant. Leur mention expresse dans la liste des exclusions a été décidée dans un souci de clarification, pour éviter des problèmes de qualification dus à la complexité croissante de certaines législations en matière de nom.

*Alinéa d*

30 L'émancipation est l'institution qui a pour objet d'affranchir un mineur de l'autorité parentale, donc de le soustraire à la protection qui s'exerçait sur lui, soit à la demande des parents, soit de plein droit par l'effet du mariage. Elle est donc d'une certaine façon le contraire d'une mesure de protection et son exclusion du domaine de la Convention se justifie de ce fait. A l'émancipation, on peut assimiler, bien que non mentionnée expressément dans le texte, la déclaration de majorité, par laquelle une mère mineure est déclarée par jugement majeure afin qu'elle puisse exercer elle-même la responsabilité parentale à l'égard de son enfant.

La Commission a écarté en revanche une proposition tendant à exclure expressément du champ de la Convention la capacité. Elle n'a pas voulu par là soumettre aux règles de la Convention la détermination de la capacité d'une personne âgée de moins de 18 ans. Si, par exemple, le tribunal d'un Etat contractant est appelé à se prononcer, à propos de la validité d'un contrat passé sans autorisation par un mineur de 18 ans, sur la capacité de ce mineur, il tranchera cette question de capacité sans référence à la Convention<sup>23</sup>. Mais la capacité peut entrer indirectement dans le champ de la Convention en tant qu'elle peut se poser à titre de question préalable à une question principale entrant dans le champ de la Convention, comme une question de représentation légale ou de prise d'une mesure de protection. Cette question préalable de capacité sera tranchée selon les règles de droit international privé de l'Etat

23 V. *supra*, No 16, sous article 2, et *infra*, No 101, sous article 16, paragraphe 1.

de l'autorité saisie, mais la décision prise par cette autorité sur la question principale, entrant par hypothèse dans le champ de la Convention, bénéficiera des règles de celle-ci et notamment du régime de reconnaissance et d'exécution qu'elle prévoit.

*Alinéa e*

31 Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973, qui remplacent peu à peu celles du 24 octobre 1956 et du 15 avril 1958, régissent la loi applicable aux obligations alimentaires ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions les concernant. De plus, les Conventions de Bruxelles et de Lugano régissent, entre Etats de l'Union européenne et de l'Association européenne de libre échange, la compétence directe en matière d'obligation alimentaire, et aussi la reconnaissance et l'exécution. La nouvelle Convention aurait donc été sur ces points inutile. L'exclusion des obligations alimentaires s'imposait donc.

*Alinéa f*

32 L'exclusion des trusts se comprend par le souci d'éviter que la Convention n'empiète sur le régime de la propriété et plus généralement sur le statut réel<sup>24</sup>. Il a d'ailleurs été observé en outre que la constitution d'un trust portant sur les biens d'un enfant n'est pas nécessairement une mesure de protection de celui-ci et que les questions de droit international privé concernant le trust ont fait l'objet d'une Convention spécifique<sup>25</sup>. Concrètement, l'exclusion des trusts aura pour conséquence, par exemple, que dans le cas où le *trustee* décèderait et où l'acte constitutif n'aurait pas prévu son remplacement, la nomination par l'autorité judiciaire d'un autre *trustee* ne pourrait être considérée comme une mesure de protection entrant dans le champ de la Convention.

L'exclusion des successions, décidée sur proposition des délégations du Royaume-Uni et du Canada, a soulevé davantage de difficultés, dues d'ailleurs elles-mêmes à la difficulté, apparue lors de la négociation de la *Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort*, de déterminer le domaine de la loi successorale.

Certaines délégations auraient souhaité limiter l'exclusion à l'administration des successions, conformément à une proposition faite par l'Union internationale du Notariat latin (Doc. trav. No 41). Une telle exclusion se comprendrait fort bien. En effet, dans les cas où la succession serait soumise à la loi d'un Etat transférant la succession à un *personal representative* chargé de payer le passif et de remettre le solde aux héritiers, mais où la résidence habituelle du mineur héritier serait située dans un Etat dont la loi prévoit que la succession est administrée par l'héritier lui-même, représenté en cas d'incapacité par son représentant légal, la non-exclusion de l'administration de la succession conduirait inmanquablement à un conflit entre le *personal representative* et le représentant légal de l'enfant héritier.

A une très faible majorité (12 voix contre 11 et 7 abstentions) la Commission a décidé d'aller plus loin et d'exclure de la Convention les successions dans leur ensemble, et pas seulement leur administration. Cela signifie, par exemple, que si la loi successorale décide qu'un héritier mineur ne peut accepter une succession que moyennant certaines mesures de protection, en raison des dangers qu'une obligation au passif pourrait lui faire courir, la Convention ne s'appliquera pas à ces mesures de protection. Tout au plus admettra-t-on, à l'instar de ce qui a été indiqué plus haut à propos de la filiation, que si la loi successorale prévoit l'intervention du représentant légal de l'enfant héritier, ce représentant soit déterminé en application des règles de la Convention.

*Alinéa g*

33 L'exclusion de la sécurité sociale s'explique par le fait que les prestations sont versées par des organismes dont la détermination dépend de règles de rattachement précises prenant en compte le lieu de travail ou la résidence habituelle des assurés sociaux, qui ne correspond pas nécessairement à celle des enfants, simples ayants droit. Les règles de la Convention auraient donc été peu adaptées à cette situation.

<sup>24</sup> Cf. pour les mêmes raisons, la faculté de réserve prévue à l'article 55, *infra*, No 181.

<sup>25</sup> *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.*

*Alinéa h*

34 Ce n'est pas l'ensemble constitué par l'éducation et la santé qui est exclu de la Convention, mais seulement, dans cet ensemble, les mesures publiques de caractère général, comme celles qui imposent la scolarité ou la vaccination obligatoires. Le placement d'un enfant déterminé dans tel établissement scolaire ou la décision de lui faire subir une intervention chirurgicale, par exemple, sont des décisions entrant dans le domaine de la Convention.

*Alinéa i*

35 La Convention doit s'occuper de la protection de l'enfance et non du droit pénal de l'enfance. La ligne de partage est cependant difficile à tracer. La Convention a renoncé à établir une distinction entre mesures de caractère répressif et mesures de caractère éducatif. Une telle distinction aurait donné lieu à de délicats problèmes de qualification. En outre, en cas de comportement d'un enfant objectivement répréhensible sur le plan pénal (par ex. meurtre, viol, attaque à main armée), il aurait été inopportun que l'Etat du lieu de l'infraction puisse exercer son pouvoir de répression, conformément au droit commun, mais ne puisse, s'il l'estimait plus approprié, prendre une mesure de placement dans une institution spécialisée, faute d'être compétent en vertu de la Convention pour prendre des mesures de protection de l'enfant. L'exclusion du domaine de la Convention des „mesures prises en conséquence d'infractions pénales commises par des enfants“ exprime la volonté de la Conférence de ne porter aucune limitation à la compétence des Etats contractants de réagir, par les mesures qu'ils jugent appropriées, qu'elles soient punitives ou éducatives, aux infractions pénales commises par les enfants.

L'expression „en conséquence d'infractions pénales commises par des enfants“ n'implique pas que, dans le cas particulier, l'enfant puisse faire juridiquement l'objet de poursuites pénales. Il se peut que son jeune âge le mette à l'abri de telles poursuites. Il faut et il suffit, pour que l'exclusion soit acquise, que l'acte de cet enfant soit un acte incriminé par la loi pénale lorsqu'il est commis par une personne quelconque. En revanche, des comportements déviants mais non incriminés pénalement, comme une fugue, un refus de fréquenter l'école ou même l'appartenance à une bande, révèlent un état de crise chez l'enfant et doivent incontestablement être couverts par la Convention. La Commission n'a pas adopté une proposition japonaise (Doc. trav. No 31) qui tendait à élargir l'exclusion aux „délinquances juvéniles“, entendues comme des comportements à la limite mais en deçà de la délinquance.

*Alinéa j*

36 Ce dernier alinéa de l'article 4 exclut de la Convention les „décisions sur le droit d'asile et en matière d'immigration“, car il s'agit là de décisions qui ressortissent au pouvoir souverain des Etats. Seules sont exclues les décisions en ces matières, c'est-à-dire l'octroi de l'asile ou du permis de séjour. La protection et la représentation des enfants demandeurs d'asile ou de titres de séjour entrent au contraire dans le domaine de la Convention.

## **Chapitre II – Compétence**

37 Comme il a déjà été indiqué, la Commission, tirant les leçons des difficultés d'application de la Convention de 1961, a voulu centraliser la compétence sur les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et éviter autant que possible toute concurrence d'autorités également compétentes (art. 5), sauf à adapter le for de la résidence habituelle aux situations de changement (art. 5, paragraphe 2, et art. 7 et 14) ou d'absence de résidence habituelle (art. 6). La compétence d'autorités autres que celle de l'Etat de la résidence habituelle devra en principe avoir été demandée ou autorisée par les autorités de cet Etat, lorsqu'il apparaît que ces autres autorités seraient mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 8 et 9). Et si, dans certains cas d'urgence ou de besoin de mesures provisoires à effet local, une compétence locale peut s'exercer à titre autonome, son exercice reste limité par les mesures prises ou à prendre par l'autorité normalement compétente (art. 11 et 12). La seule exception véritable au principe de la concentration des compétences est constituée par le for du divorce qui, à des conditions assez strictes, peut être appelé à prendre des mesures de protection de l'enfant (art. 10), ce qui a conduit la Commission à prévoir un mode de solution d'éventuels conflits de compétences (art. 13).

*Article 5 (compétence des autorités de la résidence habituelle de l'enfant)*

38 Cet article confie dans son paragraphe premier aux autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant la compétence principale pour prendre les mesures de protection de la personne

et des biens de celui-ci et il précise dans son paragraphe 2 que, sous réserve de l'article 7 (déplacement ou non-retour illicite de l'enfant), en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, la compétence passe aux autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle. La question de la survie des mesures prises dans le premier Etat est réglée à l'article 14 (v. *infra*).

39 L'article 5 suppose que l'enfant a sa résidence habituelle dans un Etat contractant. Dans le cas contraire, l'article 5 n'est pas applicable et les autorités des Etats contractants ne sont compétentes en vertu de la Convention que sur la base d'autres dispositions de celle-ci (art. 11 et 12). Mais rien ne les empêche de se reconnaître compétentes, en dehors de la Convention, sur la base des règles de droit international privé de l'Etat dont elles relèvent.

#### *Paragraphe premier*

40 Ce paragraphe reprend à la lettre le texte de l'article premier de la Convention du 5 octobre 1961. La compétence de principe des autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant a de fait été admise unanimement.

La discussion a porté seulement sur l'opportunité d'insérer dans le texte de la Convention une disposition définissant, au sens de celle-ci, la notion de résidence habituelle. Une définition positive avait été proposée par l'Union internationale du Notariat latin (Doc. trav. No 41), mais elle allait contre la tradition de la Conférence et n'a reçu aucun soutien. Elle aurait en effet risqué de perturber l'interprétation des nombreuses autres conventions utilisant la même notion. La Commission a plus longuement discuté une proposition américaine (Doc. trav. No 6) définissant des situations devant être considérées comme n'impliquant pas un changement de résidence habituelle. La proposition a été rejetée en tant qu'elle entendait modifier le texte de la Convention, mais les débats ont montré que certains éléments de celle-ci recueillaient l'approbation de la Commission. Il a ainsi été admis que l'absence temporaire de l'enfant du lieu de sa résidence habituelle pour des raisons de vacances, de séjour scolaire ou d'exercice du droit de visite, par exemple, ne modifiait pas en principe la résidence habituelle de l'enfant. Ces considérations valent également pour l'interprétation du paragraphe 2 de l'article 5.

#### *Paragraphe 2*

41 La Commission a également admis unanimement le principe selon lequel, sauf déplacement illicite, le changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant avait pour effet de rendre désormais compétentes les autorités de cet autre Etat.

Le changement de résidence habituelle implique à la fois la perte de l'ancienne résidence habituelle et l'acquisition d'une nouvelle résidence habituelle. Il se peut qu'un certain laps de temps existe entre ces deux éléments, mais l'acquisition de cette nouvelle résidence habituelle peut également être instantanée dans l'hypothèse simple de déménagement d'une famille d'un pays dans un autre. C'est donc là une question de fait qu'il appartiendra aux autorités appelées à statuer d'apprécier et c'est pourquoi la Commission a rejeté l'idée de quantifier la période de temps qui serait nécessaire à l'acquisition d'une nouvelle résidence habituelle. C'est seulement dans les hypothèses de déplacement illicite (art. 7) ou de déplacement dû à des troubles dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant (art. 6) que des règles spécifiques ont paru nécessaires.

Le changement de résidence habituelle prive les autorités de l'ancienne résidence habituelle de leur compétence pour prendre des mesures de protection de l'enfant. La Commission a repoussé une proposition de la délégation américaine (Doc. trav. No 25) selon laquelle les autorités de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant, qui auraient pris, avant le départ de l'enfant, une mesure concernant le droit de garde ou de visite, conserveraient une compétence exclusive sur ces points après le départ de l'enfant pendant une période de deux ans, si du moins l'un des parents continuait à résider dans cet Etat et à entretenir une relation suivie avec l'enfant. Cette proposition reposait sur la crainte de voir les autorités de la nouvelle résidence habituelle, supposées plus favorables à l'autre parent, remettre immédiatement en cause les mesures qui venaient d'être prises par les autorités de la précédente résidence habituelle. Cette proposition aurait entraîné un partage des compétences difficilement praticable entre les autorités de la première résidence pour le droit de garde et de visite et les autorités de la nouvelle résidence pour les autres aspects de la responsabilité parentale. Il a paru que les préoccupations

à la base de cette proposition pourraient trouver une solution dans les mécanismes de coopération prévus par le chapitre V de la Convention<sup>26</sup>.

42 Lorsque le changement de résidence habituelle de l'enfant d'un Etat dans un autre survient à un moment où les autorités de la première résidence habituelle sont saisies d'une demande de mesure de protection, la question se pose de savoir si ces autorités conservent leur compétence pour prendre cette mesure (*perpetuatio fori*) ou si le changement de résidence habituelle les prive *ipso facto* de cette compétence et les oblige à se dessaisir. La Commission a rejeté à une forte majorité<sup>27</sup> une proposition<sup>28</sup> des délégations australienne, irlandaise, britannique et américaine favorable à la *perpetuatio fori*. Certaines délégations ont motivé leur vote négatif par leur hostilité au principe même de la *perpetuatio fori* en la matière et leur souhait que la compétence change automatiquement en cas de changement de résidence habituelle, d'autres délégations ont jugé plus simple que la Convention ne dise rien à ce sujet et abandonne à la loi de procédure la décision sur la *perpetuatio fori*. La première opinion paraît la plus exacte dans le cas d'un changement de résidence habituelle d'un Etat contractant dans un autre Etat contractant. Il n'est pas en effet acceptable que dans une telle situation qui se situe entièrement à l'intérieur du domaine d'application de la Convention, la détermination de la compétence soit laissée au droit de chacun des Etats contractants. C'est d'ailleurs cette solution qui prévaut actuellement pour l'interprétation de la Convention du 5 octobre 1961<sup>29</sup>.

En revanche, en cas de changement de résidence habituelle d'un Etat contractant dans un Etat non contractant, l'article 5 cesse d'être applicable à partir du changement de résidence et rien ne s'oppose plus à ce que l'autorité saisie de l'Etat contractant de la première résidence habituelle conserve sa compétence en vertu de son droit national de procédure, mais sans que les autres Etats contractants soient tenus par la Convention de reconnaître les mesures qui seront prises par cette autorité<sup>30</sup>.

43 Ce changement de compétence des autorités en cas de changement de résidence habituelle de l'enfant fait courir le risque que l'autorité nouvellement compétente ne prenne très vite une mesure qui anihile celle prise juste avant par l'autorité antérieurement compétente<sup>31</sup>. Certes, la mesure prise dans l'Etat de l'ancienne résidence habituelle doit être reconnue dans l'Etat de la nouvelle résidence habituelle (art. 23, v. *infra*) et y reste en vigueur tant qu'elle n'a pas été modifiée ou remplacée (art. 14, v. *infra*), mais ce maintien en vigueur serait illusoire si la mesure était trop facilement modifiée ou remplacée. Une proposition conjointe des délégations allemande et néerlandaise (Doc. trav. No 93) aurait voulu préciser que „le changement de résidence habituelle n'est pas en soi un changement de circonstance justifiant une modification des mesures de protection prises par un Etat contractant“. La proposition n'a pas été adoptée, car la Commission n'a pas voulu lier les mains de l'autorité compétente qui doit conserver un entier pouvoir d'appréciation. Au reste, le risque redouté par les auteurs de la proposition existe également dans les droits internes.

#### Article 6 (enfants réfugiés, déplacés ou sans résidence habituelle)

##### Paragraphe premier

44 Ce paragraphe concerne „les enfants réfugiés et les enfants qui, par suite de troubles prévalant dans leur pays, sont internationalement déplacés“. Cette périphrase reprend les termes d'une

26 La Commission a également repoussé une proposition du Service social inter national (Doc. trav. No 21), présentée lors de la discussion de l'article 14 (art. 10 de l'avant-projet) et qui tendait, en cas de changement de la résidence habituelle ou, plus généralement, en cas de changement de circonstances, à permettre aux autorités compétentes avant ce changement de mettre fin aux mesures de protection si elles l'estimaient nécessaire.

27 19 voix contre 7 et 4 abstentions.

28 Doc. trav. No 128 et discussion in P.-v. No 22 (*supra*, p. 451-452). La *perpetuatio fori* avait été au contraire expressément mentionnée à l'article 7 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires*.

29 V. très clair en ce sens Staudinger/Kropholler (1994) Vorbem. 146-149 zu Art. 19 EGBGB, ainsi que les décisions recensées par Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, t. 3, p. 95 et s.; v. également, au moins implicitement, Droz, „La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961“, *Journ. dr. internat.*, 1973.603, No 39; Bucher, *Droit international privé suisse*, II, 1992, No 869.

30 En ce sens, v. encore Staudinger/Kropholler (1994) Vorbem. 150 zu Art. 19 EGBGB; Sumampouw, *op. et loc. cit.*

31 Le même risque, aggravé, peut aussi se produire en cas de divorce. L'autorité de la résidence habituelle de l'enfant peut en effet être saisie, immédiatement après la fin de l'instance en divorce, d'une demande tendant à renverser la mesure prise par le juge du divorce.

Recommandation adoptée par une Commission spéciale de la Conférence de La Haye le 21 octobre 1994 et concernant l'application à ces enfants de la Convention sur l'adoption du 29 mai 1993. La catégorie d'enfants ici considérée est limitée à ceux qui ont quitté leur pays en raison des conditions qui y sévissaient, et qui sont souvent non accompagnés et en tout cas privés temporairement ou définitivement de leurs parents. Elle ne concerne pas les autres enfants internationalement déplacés, comme les enfants fugueurs ou abandonnés, pour lesquels les autres dispositions de la Convention doivent permettre de trouver une solution (v. *infra*, art. 31 c).

Les enfants concernés par ce paragraphe ont souvent besoin, en dehors même des situations d'urgence, que soit organisée de façon durable leur protection. Ils peuvent en effet, par exemple, être amenés à demander l'asile ou être l'objet d'une demande d'adoption. Il faut alors leur désigner un représentant légal et la compétence normale attribuée par la Convention aux autorités de l'Etat de leur résidence habituelle est ici inopérante, puisque ces enfants ont par hypothèse rompu tout lien avec l'Etat de leur résidence habituelle antérieure et que la précarité de leur séjour dans l'Etat où ils ont trouvé provisoirement refuge ne permet pas de considérer qu'ils y ont acquis une résidence habituelle. La Commission a écarté la solution consistant à soumettre ces situations au for de l'urgence, quitte à élargir pour la circonstance la compétence fondée sur l'urgence. Elle a considéré qu'une telle solution aurait affaibli la Convention en créant une incitation à utiliser le for de l'urgence en toute circonstance. Elle a préféré à la quasi-unanimité attribuer dans ces situations aux autorités de l'Etat sur le territoire duquel ces enfants sont présents la compétence générale attribuée normalement aux autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant.

#### *Paragraphe 2*

45 Ce paragraphe étend la solution du paragraphe premier (compétence générale du for de la présence de l'enfant réfugié ou déplacé) „aux enfants dont la résidence habituelle ne peut être établie“. Le for de la présence joue ici le rôle d'un for de nécessité. Sa compétence devra cesser lorsqu'il aura été établi que l'enfant a une résidence habituelle quelque part. Si cette résidence habituelle est sur le territoire d'un Etat contractant, les autorités de cet Etat seront désormais compétentes. Si elle est située dans un Etat non contractant, les autorités de l'Etat sur le territoire duquel cet enfant est présent n'auront plus que la compétence limitée que leur donnent les articles 11 et 12 (v. *infra*).

Le texte ne précise pas si le for de l'Etat contractant sur le territoire duquel l'enfant sans résidence habituelle est présent doit conserver la compétence que lui attribue l'article 6, paragraphe 2, lorsque des mesures de protection de l'enfant ont été prises dans un Etat non contractant, par exemple dans l'Etat national de l'enfant. Il semble raisonnable de penser que la Convention ne limite pas la compétence du for de la présence, mais qu'elle le laisse libre d'apprécier selon son droit s'il doit reconnaître et donner effet aux mesures prises dans cet Etat tiers.

#### *Article 7 (déplacement ou non-retour illicite de l'enfant)*

46 La Commission spéciale n'avait pu se mettre d'accord sur un texte déterminant la compétence dans le cas d'un déplacement illicite ou d'un non-retour de l'enfant au sens de l'article 3 de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. La Conférence diplomatique y est parvenue après de longs débats.

L'idée sous-jacente est que l'auteur du déplacement illicite ne doit pas pouvoir se prévaloir de cet acte pour modifier à son profit la compétence des autorités appelées à prendre des mesures de protection de la personne ou même des biens de l'enfant. Mais d'un autre côté le déplacement illicite, s'il perdure, est un fait qu'on ne peut méconnaître, au point de priver à jamais les autorités de l'Etat devenu celui de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant de cette compétence de protection. La difficulté consistait donc à déterminer un seuil temporel à partir duquel la compétence passerait des autorités de l'Etat d'où l'enfant a été illicitement déplacé à celles du pays où il a été conduit ou retenu.

Cette difficulté est partiellement résolue, au moins pour ce qui concerne le droit de garde, par l'article 16 de la Convention de La Haye précitée du 25 octobre 1980, aux termes duquel, après avoir été informées du déplacement ou du non-retour illicite d'un enfant, „les autorités judiciaires ou administratives de l'Etat contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite“. Une disposition de la Convention consacrant la primauté de celle de 1980 aurait, pour le droit de garde, réglé le problème, mais seulement dans les

rappports entre Etats contractants à la future Convention et Etats parties à la Convention du 25 octobre 1980 (v. en ce sens l'art. 50, *infra*). Une disposition spécifique générale était néanmoins nécessaire pour résoudre cette question de façon uniforme à l'égard de tous les Etats contractants, qu'ils fussent ou non parties à la Convention du 25 octobre 1980. C'est à quoi tend l'article 7.

*Paragraphe premier*

47 Le paragraphe premier maintient la compétence des autorités de l'Etat contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour illicite jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat et que certaines autres conditions sont remplies. En maintenant cette compétence, le texte ne présume pas que l'enfant a conservé, plus ou moins fictivement, sa résidence habituelle dans l'Etat d'où il a été illicitement déplacé, il accepte au contraire l'éventualité d'une perte de résidence habituelle dans cet Etat, mais il veut éviter que, pendant la période de hiatus entre la perte de l'ancienne et l'acquisition de la nouvelle résidence habituelle, la compétence ne passe aux autorités de l'Etat sur le territoire duquel l'enfant serait simplement présent, conformément à l'article 6, paragraphe 2 (v. *supra*). Dans cette période d'instabilité pour l'enfant, il est en effet souhaitable d'éviter des changements trop fréquents de compétence.

Il ne suffit d'ailleurs pas, pour que les autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant perdent leur compétence, que l'enfant ait acquis une résidence habituelle dans un autre Etat. D'autres conditions doivent encore être remplies, que la Convention présente sur un mode alternatif, en suivant d'aussi près que possible la substance des conditions posées par la Convention du 25 octobre 1980.

48 a) La première branche de l'alternative est que „toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde [ait] acquiescé au déplacement ou au non-retour“ (art. 7, paragraphe 1 a). S'il en est ainsi, et si, comme indiqué précédemment, l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat, les autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle perdent la compétence qu'elles tenaient de l'article 5.

Cette circonstance est l'une de celles prévues à l'article 13 de la Convention du 25 octobre 1980 pour autoriser l'Etat requis à ne pas ordonner le retour de l'enfant et du même coup pour lui permettre de statuer au fond sur le droit de garde (art. 16, précité, de la même Convention). Il est cependant à remarquer que dans la nouvelle Convention, c'est l'acquiescement au déplacement illicite qui entraîne, si elle s'ajoute aux autres conditions requises, la disparition de la compétence des autorités de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant, et non la décision des autorités de l'Etat dans lequel l'enfant a été déplacé de refuser le retour. La Commission a suivi sur ce point les observations de la délégation américaine et elle a voulu éviter que la compétence pour prendre des mesures de protection de l'enfant puisse dépendre si peu que ce soit d'une décision des autorités de l'Etat dans lequel l'enfant a été déplacé, cette décision serait-elle fondée sur le risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique (art. 13 b Conv. 1980).

La rédaction adoptée („toute personne ...“) implique que dans l'hypothèse de garde conjointe ou alternée, ce sont tous les titulaires du droit de garde qui doivent avoir acquiescé au déplacement ou au non-retour. Ce droit de garde est celui qui a été attribué „par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour“ (art. 7, paragraphe 2 a).

Certaines délégations ont insisté pendant la discussion, sans rencontrer d'opposition, pour que ne soit pris en considération que l'acquiescement licite, et non pas celui qui couvrirait un trafic d'enfants auquel auraient consenti des gardiens indignes.

49 b) A défaut d'acquiescement au déplacement ou non-retour illicite, la seconde branche de l'alternative pouvant entraîner la perte de la compétence des autorités de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant est constituée par la réunion des trois conditions suivantes: *i*) résidence de l'enfant dans l'Etat de sa nouvelle résidence habituelle pendant une période d'au moins un an après que le titulaire du droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant; *ii*) absence de demande de retour présentée pendant cette période et encore en cours d'examen; *iii*) intégration de l'enfant dans son nouveau milieu (art. 7, paragraphe 1 b).



Ces conditions rappellent celles qui sont posées par l'article 12 de la Convention du 25 octobre 1980, avec cependant une légère discordance. Ce texte autorise l'autorité requise à ne pas ordonner le retour de l'enfant lorsqu'elle n'a été saisie qu'après l'expiration du délai d'un an et qu'il est établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu. La discordance vient de ce que, dans la Convention du 25 octobre 1980, le délai d'un an part du déplacement ou non-retour, alors que dans la nouvelle Convention, comme indiqué plus haut, ce point de départ est plus tardif. On ne peut donc écarter l'hypothèse dans laquelle les autorités de l'Etat où l'enfant a été déplacé ou retenu ne sont pas tenues d'ordonner le retour de l'enfant – ce qui pourrait laisser penser que la résidence habituelle de l'enfant a été transférée dans cet Etat et que les autorités de celui-ci sont devenues compétentes, en tout cas selon l'article 5 de la Convention du 5 octobre 1961, pour prendre des mesures de protection et statuer notamment sur la garde et le droit de visite – alors que cette compétence de protection appartiendrait encore, en vertu de la nouvelle Convention, aux autorités de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour illicite. Si, dans cette hypothèse, les autorités de ce dernier Etat, compétentes en vertu de l'article 7 de la nouvelle Convention, décident de modifier le droit de garde, il semble que les autorités de l'Etat où l'enfant a été déplacé illicitement devront reconnaître et exécuter cette décision conformément aux articles 23 et suivants de la nouvelle Convention. Mais si cet Etat n'est pas partie à celle-ci, mais seulement à celles du 25 octobre 1980 (et même du 5 octobre 1961), il ne sera pas tenu de reconnaître cette décision, et il pourra, semble-t-il, se considérer comme seul compétent.

#### *Paragraphe 2*

50 Ce paragraphe reproduit mot pour mot la définition du déplacement ou du non-retour illicite donnée par la Convention du 25 octobre 1980. Il suffit ici de renvoyer aux explications très complètes du Rapport de Mme Elisa Pérez-Vera sur ladite Convention (Nos 64-74).

#### *Paragraphe 3*

51 Le maintien, tant que ne sont pas remplies les conditions posées au paragraphe premier, de la compétence des autorités de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour illicite ne doit pas occulter le fait que ce sont les autorités de l'Etat où l'enfant a été déplacé ou est retenu qui sont désormais les plus proches de l'enfant. C'est pourquoi le paragraphe 3 de l'article 7 leur reconnaît la compétence pour prendre les mesures urgentes nécessaires à la protection de la personne ou des biens de l'enfant, conformément à l'article 11 (v. *infra*). Cette compétence toutefois ne s'étend pas aux mesures provisoires à effet territorial prévues en faveur du for de la présence par l'article 12.

#### *Articles 8 et 9 (compétence transférée à un for approprié ou réclamée par celui-ci)*

52 Ces articles introduisent dans la Convention un mécanisme réversible inspiré des notions de *forum non conveniens* et de *forum conveniens*, lorsqu'il apparaît que l'intérêt supérieur de l'enfant est que sa protection soit assurée par d'autres autorités que celles de l'Etat de sa résidence habituelle. Les deux articles sont parallèles. L'article 8 permet aux autorités de la résidence habituelle de l'enfant de se dessaisir au profit des autorités d'un autre Etat dont elles se seront assurées qu'elles exerceront la compétence à elles confiée. L'article 9 permet aux autorités d'un Etat autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant de solliciter de l'autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant qu'elle leur abandonne sa compétence pour prendre les mesures de protection qu'elles estiment nécessaires.

#### *Article 8 (transfert de compétence à un for approprié)*

##### *Paragraphe premier*

53 La compétence de principe appartient aux autorités de la résidence habituelle ou, dans les cas mentionnés à l'article 6, à celles de l'Etat sur le territoire duquel l'enfant est présent. Par exception à cette compétence de principe, la Convention envisage la possibilité pour l'autorité normalement compétente de transférer la compétence à l'autorité d'un autre Etat contractant si elle estime que celle-ci „serait mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant“. Ce pourrait être le cas d'un enfant ayant avec ses parents sa résidence habituelle dans un Etat contractant autre que celui de sa nationalité et dont les parents sont tous deux tués dans un accident. L'enfant sera vraisemblablement amené à rentrer dans son Etat national où résident les autres membres de sa famille et les

autorités de sa résidence habituelle pourront estimer qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant que sa protection soit organisée par les autorités dudit pays.

Cette appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant est laissée à l'appréciation de l'autorité normalement compétente, qui devra donc faire preuve de discernement. Il a été observé au cours des débats qu'il serait particulièrement inopportun, par exemple, que l'autorité de l'Etat de la présence de l'enfant, normalement compétente en vertu de l'article 6 pour prendre des mesures de protection d'un enfant réfugié, propose à l'Etat national de l'enfant de s'occuper de la protection de celui-ci.

Cette possibilité de transfert de la compétence n'est prévue par la Convention qu'au profit de l'autorité d'un autre Etat contractant. La Commission a rejeté diverses propositions<sup>32</sup> tendant à autoriser le transfert à l'autorité d'un Etat non contractant, si tel était l'intérêt supérieur de l'enfant. La raison de ce refus est que les mesures prises par l'autorité de l'Etat tiers bénéficiaire du transfert de compétence ne pourraient pas, faute de réciprocité, être reconnues en application de la Convention dans les Etats contractants, et qu'il en résulterait une grave lacune dans la protection, puisqu'il n'y aurait plus, du fait du transfert, d'autorité normalement compétente au sens de la Convention.

54 Lorsqu'elle estime qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de transférer la compétence à l'autorité d'un autre Etat, l'autorité normalement compétente a deux possibilités: ou bien s'adresser elle-même à l'autorité qu'elle estime la plus appropriée et lui demander d'accepter sa compétence pour prendre les mesures qu'elle estimera nécessaires, ou bien surseoir à statuer et inviter les parties à saisir cette autorité d'une telle demande.

Ces deux possibilités sont placées sur un pied d'égalité et le choix entre elles est laissé à l'appréciation de l'autorité normalement compétente. Il n'y a pas lieu non plus de distinguer selon que les autorités compétentes en matière de protection des enfants sont des autorités judiciaires ou des autorités administratives. Sans doute la procédure de communication directe entre autorités (premier terme de l'option) peut-elle être assez aisément mise en oeuvre par une autorité administrative, alors que le sursis à statuer (deuxième terme de l'option) paraît mieux convenir à une autorité judiciaire. La Commission spéciale, suivie par la Commission, a cependant écarté la suggestion de lier la procédure à suivre à la nature de l'autorité saisie, après avoir observé que la répartition des compétences entre autorités administratives et autorités judiciaires variait avec chaque législation. Il appartiendra donc à chaque Etat contractant, en ratifiant la Convention, de prévoir dans sa législation, si elle n'existe déjà (ou si elle n'est pas, dans son système, la conséquence automatique de l'entrée en vigueur de la Convention), la possibilité pour ses juridictions de saisir une autorité d'un autre Etat. En prévoyant que cette saisine pourra se faire avec le concours de l'Autorité centrale de l'Etat de l'autorité destinataire, l'article 31 *a* devrait aider à surmonter cette difficulté.

## Paragraphe 2

55 Ce paragraphe énumère les Etats dont les autorités peuvent être saisies dans les conditions prévues au paragraphe précédent, c'est-à-dire à la demande ou avec la permission de l'autorité normalement compétente en vertu des articles 5 ou 6.

Le texte mentionne en premier lieu „un Etat dont l'enfant possède la nationalité“. La compétence des autorités de l'Etat national de l'enfant, qui avait, au moins théoriquement, primauté dans la Convention de 1961, n'est plus dans la nouvelle Convention que la première nommée des compétences subsidiaires pouvant bénéficier du dessaisissement volontaire de l'autorité normalement compétente. La rédaction du texte indique clairement que dans l'hypothèse où l'enfant possède plus d'une nationalité, la compétence subsidiaire pourra être attribuée aux autorités de l'un ou l'autre de ses Etats nationaux.

Le texte mentionne ensuite „un Etat dans lequel sont situés des biens de l'enfant<sup>33</sup>“. Cette compétence sera appropriée lorsqu'il s'agira de prendre une mesure de protection relativement à ces biens. On a donné l'exemple d'une autorisation à donner pour vendre un immeuble situé dans un Etat autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant. Mais le libellé du texte ne limite pas la compétence subsidiaire du for de la situation des biens aux mesures intéressant lesdits biens (*cf.* art. 11, paragraphe 1, *infra*).

32 Doc. trav. Nos 4 et 63 émanant respectivement des Etats-Unis et des Pays-Bas.

33 Sur la signification de l'expression „biens de l'enfant“, v. *infra*, sous article 11, paragraphe 1.

Le troisième Etat dont la compétence subsidiaire est mentionnée est celui „dont une autorité est saisie d'une demande en divorce<sup>34</sup> ou séparation de corps des parents de l'enfant, ou en annulation de leur mariage“. Certes, le for du divorce dont les Etats contractants pouvaient, dans la Convention de 1961, se réserver la compétence (art. 15), se voit attribuer à titre principal, dans l'article 10 (v. *infra*), une compétence concurrente. La compétence subsidiaire prévue à l'article 8 n'est cependant pas inutile, au moins dans les cas où les conditions posées par l'article 10 à l'exercice à titre principal de cette compétence ne seraient pas remplies et où il apparaîtrait cependant que le for du divorce serait le plus approprié. Le paragraphe 2 mentionne enfin „un Etat avec lequel l'enfant présente un lien étroit“. Cette formulation, dont la flexibilité s'accorde bien avec la notion sous-jacente du *forum non conveniens* qui inspire l'article 8, résume et dépasse les trois cas précédemment cités qui n'en sont que des illustrations. Elle permettra, selon les cas et toujours en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'envisager, par exemple, la compétence des autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant ou de l'Etat dans lequel vivent des membres de la famille de l'enfant qui sont disposés à s'occuper de lui.

#### *Paragraphe 3 et 4*

56 L'échange de vues entre les autorités concernées, prévu par le paragraphe 3, sera souvent nécessaire pour que l'autorité requise puisse apprécier à son tour si elle est mieux à même que l'autorité de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant d'exercer la compétence de protection dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet échange de vues se déroulera dans le cadre du mécanisme de coopération entre Etats contractants prévu au chapitre V de la Convention (v. *infra*).

C'est l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant par l'autorité requise qui commandera la décision qu'elle prendra d'accepter ou de décliner la compétence qu'il lui est proposé d'exercer. Cet intérêt supérieur donne donc lieu à un double examen de la part de l'autorité initialement saisie et de la part de l'autorité requise. C'est pourquoi le paragraphe 4 emploie le verbe „peut“ et non „doit“. Si l'autorité requise ne répond pas à la demande qui lui est adressée dans un délai raisonnable, il appartiendra, dans le silence du texte, à l'autorité initialement saisie d'en tirer les conséquences et d'exercer pleinement sa compétence.

Cet intérêt supérieur de l'enfant doit être apprécié *in concreto*, „dans un cas particulier“, dit le texte, c'est-à-dire au moment où un certain besoin de protection se fait sentir et pour y répondre. Le texte ne doit donc pas être compris comme instituant un transfert définitif de compétence à l'autorité requise. Le transfert est limité à ce qui est nécessaire „dans le cas particulier“ qui en a été l'occasion. Rien ne permet en effet d'affirmer par avance que, dans une circonstance future, l'autorité compétente en vertu des articles 5 ou 6 ne serait pas la mieux placée pour statuer dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### *Article 9 (compétence revendiquée par un for approprié)*

57 L'article 9 permet aux autorités des Etats mentionnés à l'article 8, paragraphe 2, c'est-à-dire à celles à qui les autorités compétentes en vertu des articles 5 ou 6 peuvent demander d'exercer la compétence de protection, de prendre elles-mêmes l'initiative de demander ou de faire demander que cette compétence leur soit accordée.

La procédure prévue est exactement symétrique de celle prévue à l'article 8. L'autorité requérante, qui peut avoir été saisie par une partie, devrait normalement se déclarer incompétente puisque sa compétence n'est pas prévue par les articles 5 ou 6. Si toutefois elle estime que dans le cas particulier elle est la mieux à même d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant, elle aura, comme l'autorité normalement compétente dans le cas précédent, deux possibilités: ou bien s'adresser elle-même à l'autorité de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale dudit Etat, et lui demander la permission d'exercer la compétence pour prendre les mesures qu'elle estimera nécessaires, ou bien surseoir à statuer et inviter les parties à saisir cette autorité d'une telle demande.

58 Selon l'article 9 la demande de transfert de compétence doit être adressée aux autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, ce qui correspond à la compétence de principe prévue à l'article 5. L'article 9 ne prévoit pas que, dans les situations mentionnées à l'article 6, la demande soit

<sup>34</sup> La Commission n'a pas admis une proposition de la délégation néerlandaise (Doc. trav. No 69) qui tendait à assimiler au divorce, au sens de cet article, la dissolution d'un accord de partenariat civil unissant, dans certaines législations scandinaves, les couples homosexuels. Les délégations des Etats scandinaves ont fait observer que, dans leurs pays, la règle adoptée était de refuser la garde conjointe en faveur du couple sur les enfants de l'un des partenaires.

adressée aux autorités de l'Etat sur le territoire duquel l'enfant est présent. Cette dissymétrie avec l'article 8 paraît être due à un oubli. L'élargissement de l'article 8 aux situations prévues à l'article 6, dû à une proposition de la délégation allemande (Doc. trav. No 62), a été perdu de vue lors de la discussion de l'article 9. *Le Rapporteur est d'avis que sur ce point l'article 9 doit être aligné sur l'article 8.* Si les autorités de l'Etat national de l'enfant ont qualifié pour demander à celles de l'Etat de la résidence habituelle de les autoriser à exercer la compétence de protection, à plus forte raison devraient-elles pouvoir faire la même demande aux autorités de l'Etat dans lequel, par suite de troubles prévalant dans le pays de la résidence habituelle de l'enfant, celui-ci a été provisoirement déplacé. Les développements qui suivent, et qui se réfèrent, conformément à la lettre du texte, à l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, doivent être lus à la faveur de cette observation.

59 Le texte a été rédigé dans la supposition que les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant n'ont pas été saisies ni sans doute informées du besoin de protection de l'enfant concerné. Rien n'empêche toutefois que la procédure de l'article 9 intervienne dans un cas où l'autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant aurait déjà été saisie. Celle-ci aurait pu ou pourrait encore recourir à la procédure prévue à l'article 8. Saisie d'une demande fondée sur l'article 9, elle disposera d'éléments d'information supplémentaires et il convient de lui laisser la possibilité de se prononcer sur la compétence dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Les mécanismes habituels de la litispendance n'ont pas lieu de s'appliquer dans une telle situation, puisque la compétence des autorités de l'Etat autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant est subordonnée à l'accord de l'autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle.

Comme l'article 8, l'article 9 prévoit la possibilité d'un échange de vues entre les autorités concernées.

60 La situation devrait normalement se dénouer comme dans le cas de l'article 8, par une décision positive ou négative de l'autorité requise. Revenant sur la solution adoptée par la Commission spéciale, la Commission a adopté une proposition américaine subordonnant l'exercice de la compétence par l'autorité à l'origine de la demande à la condition expresse que l'autorité de l'Etat contractant de la résidence habituelle ait accepté la demande. En d'autres termes, le silence gardé par l'autorité de l'Etat contractant de la résidence habituelle vaut rejet de la demande. L'autorité qui était à l'origine de celle-ci ne pourra prendre que les mesures urgentes ou provisoires prévues aux articles 11 et 12, si elle remplit la condition de compétence posée par lesdits articles. Cette solution nouvelle se justifie amplement par la crainte que la solution contraire ne donne lieu à des demandes concurrentes émanant d'autorités d'Etats contractants différents qui seraient amenées à prendre, dans le silence de l'autorité de la résidence habituelle, des mesures incompatibles entre elles.

#### *Article 10 (for du divorce)*

61 La Convention du 5 octobre 1961 avait prévu la possibilité pour un Etat contractant de réserver la compétence de ses autorités appelées à statuer sur une demande de divorce, séparation de corps ou annulation de mariage des parents d'un mineur, pour prendre des mesures de protection de sa personne ou de ses biens (art. 15). La dénonciation de cette réserve par la plupart des Etats qui l'avaient faite<sup>35</sup> a eu pour conséquence que le juge du divorce n'est plus compétent pour prendre des mesures de protection de l'enfant, à moins qu'il ne coïncide avec l'un des fors prévus par la Convention du 5 octobre 1961. La Commission spéciale avait accepté ce résultat et n'avait envisagé la compétence du juge du divorce pour prendre des mesures de protection de l'enfant qu'à titre subsidiaire, dans le cadre limité des articles 8 et 9 (v. *supra*). Lors de la Conférence diplomatique, les Etats membres de l'Union européenne, qui sont engagés dans la négociation d'une Convention, dite Convention „Bruxelles II“, tendant à étendre la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 à la „matière matrimoniale“ et prévoyant notamment d'attribuer à certaines conditions au juge du divorce compétence pour statuer sur l'exercice de l'autorité parentale, ont craint sur ce point une trop grande distorsion entre les deux Conventions en cours d'élaboration. Ils ont donc demandé et obtenu l'insertion dans la nouvelle Convention de La Haye d'un article accordant au juge du divorce compétence pour prendre des mesures de protection de la personne et des biens du mineur. Tel est l'objet de l'article 10, auquel s'ajoute, dans l'article 52, une clause dite de „déconnexion“ autorisant un ou plusieurs Etats contractants à conclure des accords

<sup>35</sup> Sauf le Luxembourg, la Pologne et la Turquie.

sur des matières réglées par la Convention, relativement à des enfants ayant leur résidence habituelle dans l'un des Etats parties à ces accords séparés (v. *infra*).

#### *Paragraphe premier*

62 Ce paragraphe prévoit une compétence concurrente du for du divorce, séparation de corps ou annulation de mariage<sup>36</sup>, pour prendre, si certaines conditions énumérées aux alinéas *a* et *b* sont remplies, des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant. Il ne s'agit pas d'imposer cette compétence au for du divorce. Elle est simplement reconnue par la Convention lorsqu'elle existe dans le droit interne de l'Etat dans lequel le divorce est demandé. Mais elle s'étend, si le droit dudit Etat le prévoit, à toutes les mesures de protection de la personne et des biens de l'enfant et pas seulement aux mesures relatives à l'exercice de la responsabilité parentale.

63 1) Cette compétence est concurrente et non exclusive. Les Etats membres de l'Union européenne auraient préféré une compétence exclusive, qui aurait eu pour eux l'avantage d'éviter précisément la concurrence de plusieurs autorités d'Etats contractants différents et donc de mieux répondre à l'objectif affiché de la nouvelle Convention. Mais de nombreuses autres délégations, spécialement des Etats de *common law*, se sont opposées à une solution qui aurait privé les autorités de l'Etat de sa résidence habituelle, pendant les longues années que pourra durer le procès de divorce, de leur compétence de protection.

Le compromis a été trouvé dans l'admission d'une compétence concurrente, comme l'indiquent les premiers mots de l'article: „sans préjudice des articles 5 à 9“. La compétence du juge du divorce n'exclut donc pas celle des autorités de l'Etat de la résidence habituelle actuelle (art. 5) ou ancienne (art. 7) ou de la simple présence de l'enfant, dans les situations prévues à l'article 6. Elle n'exclut pas non plus les mécanismes de transfert de compétence prévus aux articles 8 et 9. Par exemple, l'article 10 ne fait pas obstacle à ce que les autorités de la résidence habituelle transfèrent la compétence de protection à celles de l'Etat national de l'enfant ou acceptent la demande de transfert présentée par celles-ci.

Cette concurrence de plusieurs autorités compétentes pour prendre des mesures de protection des enfants crée un problème qui s'apparente à celui de la litispendance. Comme ce problème peut se poser en d'autres situations que le divorce, il a fait l'objet dans la Convention d'une disposition de caractère général, qui figure à l'article 13 (v. *infra*).

64 2) La compétence du juge du divorce pour prendre des mesures de protection de l'enfant ne lui est accordée que si ce for présente avec l'enfant certains liens de proximité définis aux alinéas *a* et *b* du paragraphe premier, dont les conditions sont cumulatives.

La première condition (alinéa *a*) est que l'un des parents au moins de l'enfant ait sa résidence habituelle dans le pays où le divorce est demandé. Cette résidence habituelle doit avoir existé au commencement de la procédure, mais il n'est pas exigé qu'elle dure tout au long de la procédure du divorce.

L'alinéa *a* exige également que l'un des parents ait la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, mais pas nécessairement celui qui a sa résidence habituelle dans l'Etat du divorce. La Commission a estimé en effet que le for du divorce de deux parents privés tous deux de la responsabilité parentale n'aurait aucun titre à exercer la compétence de protection à l'égard de l'enfant.

65 La seconde série de conditions (alinéa *b*) est que la compétence de protection du for du divorce ait été acceptée par les deux parents et soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le texte n'exige pas l'accord des parents sur les mesures à prendre, mais seulement sur la compétence. Il ajoute que cette compétence doit également avoir été acceptée par toute personne ayant la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant. Comme l'alinéa *a* exige déjà que l'un des parents ait cette responsabilité parentale, il faut, pour donner sens à cette condition posée par l'alinéa *b*, imaginer une situation dans laquelle l'autorité parentale serait partagée entre l'un des parents et une tierce personne. La conformité de cette compétence à l'intérêt supérieur de l'enfant est appréciée souverainement par le juge saisi de la demande de divorce.

<sup>36</sup> On parlera ci-après, *brevitatis causa*, seulement de for du divorce.

Lorsqu'une ou plusieurs de ces conditions ne sont pas remplies, le for du divorce n'a pas compétence pour prendre des mesures de protection de l'enfant, à moins qu'il ne bénéficie d'un transfert de compétence en application des articles 8 et 9. Ainsi, le for de la nationalité commune des parents qui, en de nombreux Etats, est compétent pour prononcer le divorce et qui, dans la Convention du 5 octobre 1961, était compétent à titre principal, en tant qu'il était également, sauf situations rarissimes, le for de la nationalité de l'enfant, pour prendre des mesures de protection, perd dans la nouvelle Convention cette compétence principale, s'il ne répond pas aux conditions prévues aux alinéas *a* et *b* de l'article 10, paragraphe premier.

#### *Paragraphe 2*

66 Ce paragraphe fixe la limite temporelle au-delà de laquelle cesse la compétence du juge du divorce pour prendre des mesures de protection de l'enfant. Cette compétence cesse lorsque prend fin la procédure de divorce, soit qu'elle ait abouti à une décision prononçant le divorce ou rejetant la demande de divorce et devenue définitive, soit qu'elle ait pris fin pour un autre motif, tel que désistement ou péremption de l'instance ou encore décès d'une partie. C'est la loi de procédure de l'Etat dont l'autorité est saisie de la demande de divorce qui est applicable à la question de savoir si la procédure a pris fin ou si la décision est devenue définitive.

Cette règle signifie qu'une fois la procédure terminée et le divorce prononcé, par exemple, il n'est plus possible de revenir devant le juge du divorce pour lui demander de modifier les mesures de protection des enfants qu'il avait prises lorsqu'il était encore saisi de la demande en divorce. Seule pourra désormais statuer l'autorité normalement compétente en application des articles 5 à 9 de la Convention<sup>37</sup> Mais les mesures prises par le juge du divorce tant qu'il était encore compétent continueront à produire leurs effets dans les conditions prévues à l'article 14 (*v. infra*).

#### *Articles 11 et 12 (compétence concurrente des autorités de l'Etat de la présence de l'enfant ou de la situation de ses biens)*

67 Ces deux articles attribuent aux autorités de chaque Etat contractant sur le territoire duquel se trouvent l'enfant ou des biens lui appartenant une compétence limitée mais concurrente pour prendre, soit des mesures dictées par une situation d'urgence, soit des mesures provisoires à effet territorial.

Le domaine d'application de ces deux articles quant aux enfants concernés est plus large que celui des articles 5 à 10, car il comprend tous les enfants présents ou ayant des biens dans un Etat contractant, même si leur résidence habituelle se trouve dans un Etat non contractant. Cette circonstance a rendu nécessaire, pour chacun de ces deux articles, l'adoption d'une disposition prenant en considération les décisions prises par les autorités d'un Etat non contractant.

#### *Article 11 (for de l'urgence)*

##### *Paragraphe premier*

68 Ce texte, qui est quasiment la reproduction de l'article 9, paragraphe premier, de la Convention de 1961, attribue aux autorités de chaque Etat contractant sur le territoire duquel se trouvent l'enfant ou des biens lui appartenant compétence pour prendre dans les cas d'urgence les mesures de protection nécessaires.

Pas plus que la Convention de 1961, la nouvelle Convention ne définit la notion d'urgence<sup>38</sup>. On peut dire qu'on est en présence d'une situation d'urgence au sens de l'article 11, lorsque la situation, s'il n'y était porté remède que par la voie normale prévue aux articles 5 à 10, serait susceptible d'entraîner un préjudice irréparable à l'enfant. La situation d'urgence justifie donc une dérogation à la règle normale et doit de ce fait être entendue assez strictement.

La compétence prévue à l'article 11 est, par exception au principe sur lequel repose la Convention, une compétence concurrente de celle des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. Sa justification est précisément l'existence d'un cas d'urgence. Si cette compétence n'avait pas été prévue, les retards qu'occasionnerait l'obligation de saisir les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant pourraient compromettre la protection ou les intérêts de celui-ci. Cette compétence concurrente

<sup>37</sup> Sur le risque d'un remplacement hâtif des mesures prises par le juge du divorce, *v. supra*, No 43, sous article 5, paragraphe 2.

<sup>38</sup> Une proposition en ce sens de la délégation israélienne (Doc. trav. No 73) n'a reçu le soutien d'aucune autre délégation.

trouvera à s'exercer, par exemple, s'il faut assurer la représentation d'un enfant éloigné de sa résidence habituelle et qui doit subir une intervention chirurgicale urgente, ou encore s'il faut vendre rapidement des biens en danger de déperissement appartenant à l'enfant.

69 Les Etats dont les autorités peuvent être saisies au titre de l'urgence sont les Etats sur le territoire desquels se trouvent l'enfant ou des biens lui appartenant. Pour ce qui est de l'autorité de l'Etat de la présence de l'enfant, il s'agit par hypothèse d'enfants autres que les enfants réfugiés ou déplacés au sens de l'article 6, paragraphe premier, ou d'enfants sans résidence habituelle au sens de l'article 6, paragraphe 2. Pour ceux-ci, en effet, à défaut d'un Etat de résidence habituelle établi ou accessible, le for de la présence de l'enfant a une compétence générale. Ici, au contraire, le for de la présence n'a qu'une compétence limitée aux situations d'urgence.

Les autorités de l'Etat sur le territoire duquel se trouvent des biens de l'enfant ont, dans les cas d'urgence, une compétence qui ne se limite pas à la protection de ces biens. La Commission spéciale avait rejeté une proposition de la Slovaquie qui aurait compartimenté d'une telle façon les deux chefs de compétence d'urgence et la question n'a pas été rediscutée pendant la Session diplomatique. On peut en effet concevoir que l'urgence commande la vente dans un pays de biens de l'enfant pour fournir à ce dernier, dans le pays où il se trouve, les ressources qui lui sont immédiatement nécessaires.

70 A la demande d'une délégation, la Commission spéciale, non démentie par la Commission avait exprimé l'opinion, sans que cela doive figurer dans le texte, que le for de la situation de biens de l'enfant serait également compétent en cas d'urgence, même si le droit de propriété de l'enfant sur ces biens était l'objet de la contestation. Dans un ordre d'idées voisin, il faut comprendre par „biens“ un élément du patrimoine de l'enfant (*Vermögen* en allemand), quel que soit le droit portant sur ce bien et même s'il ne s'agit pas du droit de propriété *stricto sensu* (*Eigentum*).

La Commission s'est abstenue délibérément de préciser quelles mesures pouvaient être prises au titre de l'urgence en application de l'article 11. Il s'agit là en effet d'une notion fonctionnelle, l'urgence dictant en effet dans chaque situation les mesures nécessaires.

#### *Paragraphe 2*

71 La compétence du for de l'urgence, pour concurrente qu'elle soit des compétences normales prévues par la Convention, doit leur rester subordonnée. Aussi le paragraphe 2 de l'article 11 prévoit-il, selon une rédaction proche de celle de la Convention de 1961 et limitée comme dans celle-ci (mais à la différence du paragraphe premier) aux cas où les enfants concernés ont leur résidence habituelle dans un Etat contractant, que les mesures prises en application du paragraphe premier „cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10 ont pris les mesures exigées par la situation“. A ce moment-là, la situation est sous contrôle des autorités normalement compétentes et il n'y a plus lieu de maintenir la compétence des autorités de l'Etat de présence de l'enfant ni les mesures qu'elles ont prises dans l'urgence.

72 Cette disposition présuppose que les mesures prises par le for de l'urgence sont reconnues dans tous les Etats contractants<sup>39</sup>. A titre d'exemple, la décision par laquelle le juge de l'Etat de présence de l'enfant retire au père le droit de fixer la résidence de l'enfant, en vertu de l'urgence créée par des risques d'abus sexuels auxquels l'enfant serait exposé, doit être reconnue dans les autres Etats contractants jusqu'à ce que l'autorité normalement compétente selon les articles 5 à 10<sup>40</sup> ait statué sur la responsabilité parentale<sup>41</sup>.

Le texte n'a pas voulu imposer à l'autorité compétente au titre de l'urgence l'obligation d'informer de la mesure prise les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, de peur d'alourdir le fonctionnement de la Convention et de fournir un prétexte à un refus de reconnaissance de ladite mesure dans les autres Etats contractants, dans le cas où cette information n'aurait pas été donnée.

<sup>39</sup> Cette solution est d'ailleurs énoncée plus bas, à l'article 23.

<sup>40</sup> C'est-à-dire, selon les cas, l'autorité de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, celle ayant bénéficié d'un transfert de compétence prévu aux articles 8 et 9, ou le for du divorce.

<sup>41</sup> Exemple adapté de celui donné par Staudinger/Kropholler (1994), Vorbem. 478 zu Art. 19 EGBGB et tiré de BayObLG 23.9.1976, *IPRspr* 1976, No 69.

Le paragraphe correspondant de l'article 9 de la Convention de 1961 précise que les mesures prises cessent d'avoir effet après l'intervention des autorités normalement compétentes, mais „sous réserve de leurs effets définitifs“. La Convention n'a pas retenu ce membre de phrase qui a paru exprimer une évidence. Il est évident en effet qu'on ne reviendra pas sur une intervention chirurgicale ou sur une vente de biens qui ont déjà eu lieu.

### *Paragraphe 3*

73 Ce paragraphe, qui n'a pas son pendant dans la Convention de 1961, règle également la question de la survie des mesures prises par le for de l'urgence, mais dans l'hypothèse où les enfants concernés n'ont pas leur résidence habituelle dans un Etat contractant. Si les autorités de l'Etat non contractant de la résidence habituelle de l'enfant ou le cas échéant d'un autre Etat dont la compétence peut être reconnue ont pris les mesures exigées par la situation, il n'y a pas de raison de maintenir les mesures prises par le for de l'urgence.

La *ratio decidendi* est la même que dans la situation prévue au paragraphe 2, mais la difficulté propre à cette situation est que l'autorité normalement compétente est celle d'un Etat non contractant à qui par hypothèse la Convention n'a pu attribuer compétence et dont les décisions ne sont pas nécessairement reconnues dans les Etats contractants. Certaines délégations<sup>42</sup> avaient proposé de prévoir dans la Convention la reconnaissance de plein droit dans les Etats contractants des mesures prises par un Etat non contractant dont la compétence correspondait aux chefs de compétence prévus aux articles 5 à 10 de la Convention. Cette idée, très novatrice, d'une obligation internationale de reconnaissance sans réciprocité heurtait les exigences constitutionnelles de plusieurs Etats et n'a pas été retenue par la Commission. La reconnaissance dans les Etats contractants des mesures prises par un Etat non contractant ne peut dépendre que du droit national de chacun des Etats contractants concernés, de sorte que la cessation des effets des mesures prises par le for de l'urgence ne se produira pas de façon uniforme et simultanée dans les différents Etats contractants. C'est la raison pour laquelle le paragraphe 3 précise que les mesures prises par le for de l'urgence „cessent d'avoir effet, dans chaque Etat contractant, dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre Etat“<sup>43</sup>.

### *Article 12 (mesures provisoires d'effet territorial)*

#### *Paragraphe premier*

74 Indépendamment des cas d'urgence, l'article 12 attribue encore aux autorités de chaque Etat contractant sur le territoire duquel se trouvent l'enfant ou des biens lui appartenant une compétence concurrente „pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant, ayant un caractère provisoire et une efficacité restreinte à cet Etat“<sup>44</sup>.

Ce texte est issu d'une proposition de la délégation du Royaume-Uni acceptée par la Commission spéciale et inspirée par le souci d'assurer la protection d'enfants se trouvant dans un pays étranger pour un séjour d'une durée limitée (vacances, courte scolarité, vendanges etc.). Sans qu'il y ait à proprement parler urgence, il pourrait être opportun, a-t-on dit, d'aider la famille d'accueil de cet enfant, peut-être un peu débordée, en le plaçant pour la durée de son séjour dans un foyer d'accueil ou dans une autre famille, mais sous la supervision des autorités sociales locales. Si une telle mesure s'avérait opportune, les autorités de la présence de l'enfant seraient les mieux placées pour la prendre. Lors de la Session diplomatique, l'opportunité de conserver cet article a été discutée, certaines délégations craignant qu'il ne soit utilisé par les autorités de l'Etat où l'enfant est présent pour prendre des mesures qualifiées de provisoires mais pouvant toucher à des questions aussi importantes que l'attribution de la garde de l'enfant qui serait ainsi dévolue de façon séparée sur le territoire de cet Etat. Cette crainte a finalement

42 V. les propositions des délégations américaine (Doc. trav. No 4) et suisse (Doc. trav. No 71), au demeurant fort différentes l'une de l'autre.

43 Une apparente différence de rédaction entre les textes anglais et français de ce paragraphe 3 a pu laisser croire à certaines délégations anglophones que la mesure d'urgence cessait d'avoir effet dès que la mesure prise dans un Etat non contractant était reconnue dans l'Etat contractant ayant pris la mesure d'urgence. En réalité la lettre et l'esprit du texte indiquent que la mesure d'urgence, qui est reconnue en application de l'article 23 dans tous les Etats contractants, cesse d'avoir effet de façon séparée dans chacun de ces Etats dès que sont reconnues dans chacun de ces Etats (et pas seulement dans l'Etat dont l'autorité a pris la mesure d'urgence) les décisions prises par un Etat non contractant.

44 Les commentaires faits ci-dessus No 70 (sous art. 11, paragraphe 1) au sujet de la notion de „biens“ sont également valables pour l'article 12.



été jugée excessive en raison des limitations prévues par le texte et le maintien de celui-ci a été décidé à une faible majorité<sup>45</sup>.

75 Une première limitation concerne le cas de déplacement illicite. La réserve de l'article 7, mentionnée au tout début du paragraphe, rappelle que les autorités de l'Etat dans lequel l'enfant a été déplacé ou retenu illicitement peuvent seulement, tant que celles de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour conservent leur compétence principale, prendre des mesures urgentes, mais non des mesures provisoires qui ne présenteraient pas ce caractère d'urgence (v. *supra*, sous art. 7, paragraphe 3).

Une seconde limitation vient du caractère provisoire et à efficacité territoriale limitée des mesures pouvant être prises. En outre, et c'est une troisième limitation, ces mesures ne doivent pas être incompatibles avec celles déjà prises par les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10. Il n'y a donc pas lieu de redouter que les autorités compétentes en vertu de l'article 12 n'organisent sur le territoire de leur Etat une sorte de protection séparée de l'enfant, puisqu'elles doivent respecter toutes les mesures déjà prises par les autorités normalement compétentes. Cette limitation différencie l'article 12 de l'article 11. C'est seulement dans les situations d'urgence que le for de la présence de l'enfant peut écarter les mesures prises antérieurement par les autorités normalement compétentes.

#### *Paragraphe 2*

76 En des termes très voisins de ceux du deuxième paragraphe de l'article 11, et pour le même cas d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un Etat contractant, ce paragraphe prévoit que les mesures provisoires ainsi prises cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10 „se sont prononcées sur les mesures que pourrait exiger la situation“. Ce dernier membre de phrase diffère de celui utilisé à l'article 11. Il se peut en effet qu'après avoir examiné la situation, les autorités normalement compétentes aient estimé qu'aucune mesure ne devait être prise. En pareil cas, les mesures provisoires prises en application de l'article 12 n'ont plus de raison d'être.

#### *Paragraphe 3*

77 Ce paragraphe correspond au paragraphe 3 de l'article 11, à ceci près que les mesures provisoires cessent d'avoir effet dès que les mesures prises dans un Etat non contractant sont reconnues dans l'Etat contractant ayant pris les mesures provisoires. Point n'est besoin en effet d'envisager ici la reconnaissance dans les autres Etats contractants des mesures prises dans un Etat non contractant, puisque les mesures provisoires ont une efficacité limitée au territoire de l'Etat où elles ont été prises.

### *Article 13 (conflits de compétences concurrentes)*

#### *Paragraphe premier*

78 Cet article, issu d'une proposition conjointe des délégations de l'Allemagne et de l'Italie<sup>46</sup> s'efforce de régler les conflits pouvant surgir de l'existence dans la Convention de compétences concurrentes. L'hypothèse la plus visible est celle du divorce. La compétence du juge du divorce pour prendre des mesures de protection de l'enfant, prévue à l'article 10, n'exclut pas, comme il a été indiqué *supra*, la compétence concurrente des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant ou des autorités de tout autre Etat auxquelles celles de l'Etat de la résidence habituelle auraient transféré la compétence. Il convient donc d'éviter que des demandes de mesures soient formées au même moment devant ces différents fors et aboutissent à des décisions contradictoires. On peut imaginer, bien que ce doive être plus rare, que des conflits du même ordre surgissent entre les autorités dont la compétence est prévue par les articles 5 à 10<sup>47</sup>. Le texte n'inclut pas dans ces éventuels conflits ceux qui pourraient mettre en concurrence la compétence normale de protection (art. 5 par exemple) et la compétence d'urgence (art. 11). C'est que, s'il y a réellement urgence, l'autorité compétente en vertu de l'article 11 peut et même doit statuer sur la mesure demandée, bien qu'une demande similaire soit pendante devant le for normalement compétent.

45 13 voix contre 11 et 9 abstentions.

46 Doc. trav. No 110.

47 Par exemple, en cas de déplacement illicite, entre les autorités de l'ancienne et de la nouvelle résidence habituelle (art. 7).

79 L'article 13 prévoit une règle générale pour les types de conflits qu'il envisage. Cette règle est formulée en termes voisins de ceux utilisés en matière de litispendance. L'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 doit s'abstenir de statuer sur la demande de mesures dont elle est saisie, si des mesures correspondantes ont été demandées aux autorités d'un autre Etat contractant alors compétentes en vertu des mêmes articles 5 à 10 et sont encore en cours d'examen. A titre d'exemple, si un procès en divorce est en cours et qu'il a été demandé au juge du divorce de statuer sur la garde de l'enfant, l'autorité de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant à qui la même demande serait présentée par l'un des parents devrait s'abstenir de statuer sur cette demande. Mais si, dans la même situation, il est demandé à l'autorité de l'Etat de la résidence habituelle de prendre une mesure de protection d'un bien de l'enfant, cette autorité pourra statuer, après avoir constaté qu'aucune demande similaire n'a été demandée au juge du divorce.

Si l'autorité initialement saisie avait déjà pris la mesure qui lui était demandée, la situation ne serait plus une situation de litispendance, mais d'effet dans un Etat contractant de la mesure prise dans un autre Etat contractant. Cette question est traitée aux articles 14 et 23 (v. *infra*).

#### *Paragraphe 2*

80 Un autre moyen de mettre fin au conflit de compétences consiste, pour l'autorité saisie la première, de transférer la compétence à l'autorité saisie la seconde. Elle le fera si elle estime que cette dernière est la mieux placée pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant. Le paragraphe 2 de l'article 13 indique en ce sens que le paragraphe précédent ne s'applique pas – donc que l'autorité saisie la seconde n'a pas à s'abstenir de statuer – dans le cas où l'autorité initialement saisie de la demande de mesures a renoncé à sa compétence. Cette possibilité donne à la solution du conflit une souplesse plus grande que celle qu'autorise la technique de la litispendance. Cette dernière joue toujours à sens unique en faveur de l'autorité saisie la première, tandis que le paragraphe 2 de l'article 13 permet de privilégier le for le plus approprié, même s'il est saisi le deuxième.

Cette renonciation rappelle les transferts de compétence prévus aux articles 8 et 9, mais elle en est distincte. Les articles 8 et 9 prévoient en effet un transfert de compétence à des autorités qui ne sont pas par elles-mêmes compétentes en vertu de la Convention pour prendre des mesures de protection de l'enfant. Leur base de compétence réside uniquement en ce transfert. Au contraire, dans la situation envisagée par l'article 13, l'autorité saisie en second lieu est par hypothèse compétente en vertu des articles 5 à 10. La renonciation, mettant fin à la situation de litispendance, lui restitue le pouvoir de statuer sur la demande de mesures, mais n'a pas à lui attribuer une compétence qu'elle possédait déjà. La renonciation dont il est ici question peut donc résulter d'une décision unilatérale de l'autorité initialement saisie, sans avoir à suivre la procédure prévue aux articles 8 et 9.

#### *Article 14 (maintien en vigueur des mesures en cas de changement des circonstances)*

81 Ce texte reprend en substance l'article 5, paragraphe premier, de la Convention de 1961. Il assure le maintien en vigueur des mesures prises par l'autorité compétente, même lorsque les bases de la compétence de cette autorité ont ultérieurement disparu par suite d'un changement des circonstances, tant que les autorités compétentes à la suite de ce changement ne les ont pas modifiées, remplacées ou levées.

Ce maintien en vigueur est nécessaire pour assurer une certaine permanence de la protection du mineur. Si par exemple un tuteur a été désigné par les autorités de la première résidence habituelle de l'enfant, il est nécessaire que le tuteur puisse continuer à exercer ses fonctions dans le cas où l'enfant viendrait à résider habituellement dans un autre Etat. Certes, conformément à l'article 5, paragraphe 2, les autorités de ce nouvel Etat sont désormais compétentes pour prendre les mesures de protection de l'enfant, mais, tant qu'elles ne sont pas intervenues, les mesures prises avant le changement de résidence doivent rester en vigueur pour assurer la continuité de la protection.

Il en est de même si la loi de la nouvelle résidence habituelle attribue de plein droit la responsabilité parentale à une personne autre que celle à qui cette responsabilité avait été attribuée par une mesure de protection prise par l'autorité compétente de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle. La sécurité juridique demande qu'une mesure intervienne dans l'Etat de la nouvelle résidence habituelle pour mettre fin aux fonctions de la personne désignée par la mesure prise avant le changement de résidence habituelle.

Le principe, posé à l'article 23, paragraphe premier (v. *infra*), de la reconnaissance de plein droit dans tous les Etats contractants des mesures prises par les autorités de l'un d'entre eux ne suffirait pas

pour atteindre ce résultat. L'article 23 assure bien la reconnaissance aux mesures qui sont en vigueur, mais le problème résolu par l'article 14 ici commenté est précisément de savoir si les mesures restent en vigueur après le changement des circonstances<sup>48</sup>.

L'article 14 ne s'applique qu'aux mesures prises en application des articles 5 à 10. Le sort des mesures prises en application des articles 11 et 12 est régi par les dispositions des paragraphes 2 et 3 de chacun de ces articles (v. *supra*).

82 Le „changement des circonstances“ envisagé sera, dans le cas des articles 5 et 6, respectivement le changement de l'Etat de résidence habituelle ou seulement de résidence de l'enfant. Les mesures prises resteront en vigueur conformément à l'article 14, mais leurs conditions d'application seront régies, à partir du changement, par la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle, conformément à l'article 15, paragraphe 3 (v. *infra*). Dans le cas de l'article 7, le changement de circonstances résulte du texte lui-même, lorsque la compétence passe des autorités de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour à celles de l'Etat dans lequel il a acquis une nouvelle résidence habituelle. Dans le cas des articles 8 et 9, le „changement des circonstances“ sera le changement de nationalité de l'enfant, de situation des biens ou du lien étroit qui avait fondé l'attribution de compétence à l'autorité ayant pris la mesure. Enfin, dans le cas de l'article 10, le changement de circonstances proviendra de l'extinction de la procédure de divorce (art. 10, paragraphe 2).

83 Le maintien en vigueur des mesures prises est assuré seulement „dans les limites qui sont les leurs“. Cette précision tient compte du fait que l'autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle peut avoir pris des mesures applicables seulement tant que l'enfant résidait dans cet Etat. Par exemple, elle peut avoir prévu que tout changement de résidence devrait faire l'objet d'une déclaration aux autorités publiques de la nouvelle résidence. Une telle obligation ne peut avoir de portée extraterritoriale et ne survivra pas au changement de résidence habituelle dans un autre Etat. De même, si un enfant a été placé par la même autorité sous la surveillance d'un organe administratif de protection de la jeunesse, il est clair que cette mesure ne peut survivre à un changement de résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat, car l'organe administratif national de protection ne peut exercer ses pouvoirs que sur le territoire de l'Etat dont il relève.

#### *Observation finale*

84 Les règles de compétence contenues au chapitre II et qui ont été analysées ci-dessus forment un système complet et clos qui s'impose en bloc aux Etats contractants lorsque l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire de l'un d'eux. En particulier, un Etat contractant n'est pas autorisé à exercer sa compétence sur l'un de ces enfants si cette compétence n'est pas prévue par la Convention. La même solution prévaut dans les situations prévues à l'article 6 lorsque l'enfant a sa résidence dans un Etat contractant. Dans les autres situations, la simple présence de l'enfant donne lieu à l'application des articles 11 et 12, mais ces articles n'excluent pas la compétence plus large que les Etats contractants pourraient attribuer à leurs autorités en application de leur droit national; seulement, en ce cas, les autres Etats contractants ne sont nullement tenus de reconnaître ces compétences élargies qui se situent hors du domaine de la Convention. Il en est de même, à plus forte raison, pour les enfants qui n'ont pas leur résidence habituelle dans un Etat contractant et qui n'y sont même pas présents. La Commission a refusé d'insérer dans le texte de la Convention une proposition du Comité de rédaction<sup>49</sup> qui, inspirée de l'article 4 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, aurait prévu que lorsque l'enfant n'a pas sa résidence habituelle dans un Etat contractant, la compétence est, dans chaque Etat contractant, réglée par la loi de cet Etat. Cette proposition a été considérée comme exprimant l'interprétation correcte du chapitre II de la Convention, mais elle n'a pas été retenue de peur qu'elle ne soit elle-même interprétée, à l'instar du texte correspondant des Conventions de Bruxelles et de Lugano, comme obligeant les autres Etats contractants à reconnaître les mesures ainsi prises en application des règles de compétence nationales – et parfois exorbitantes – des Etats contractants.

<sup>48</sup> Sur le risque d'un changement hâtif de ces mesures, v. *supra*, No 43, sous article 5, paragraphe 2.

<sup>49</sup> Article 10*bis* du Doc. trav. No 124, lui-même inspiré d'une proposition de la délégation néerlandaise (Doc. trav. No 50).

### Chapitre III – Loi applicable

85 Ce chapitre regroupe, dans un souci de clarification, l'ensemble des règles de conflit de lois qui, dans la Convention de 1961, étaient disséminées au milieu des règles de conflit d'autorités. Ces règles de conflit de lois concernent successivement les mesures de protection, la responsabilité parentale existant de plein droit et la protection des tiers. Elles sont complétées par quelques dispositions générales relatives au caractère universel de ces dispositions, au renvoi et aux conflits de systèmes, ainsi qu'à l'exception d'ordre public.

#### *Article 15 (loi applicable aux mesures de protection)*

##### *Paragraphe premier*

86 La nouvelle Convention maintient le principe posé par la Convention de 1961 selon lequel „dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des Etats contractants appliquent leur loi<sup>50</sup>“.

La considération principale qu'on peut faire valoir à l'appui de cette règle est de faciliter la tâche de l'autorité saisie qui appliquera ainsi la loi qu'elle connaît le mieux. De plus, la compétence étant attribuée en règle générale à l'autorité la plus proche de l'enfant (autorité de l'Etat de la résidence habituelle ou de la résidence dans le cas des articles 5 à 7, for le plus approprié dans le cas des articles 8 et 9, for de la présence pour les mesures urgentes ou d'effet strictement territorial dans le cas des articles 11 et 12), les mesures s'exécuteront pour l'essentiel dans l'Etat de l'autorité qui les aura prises. Leur mise en oeuvre sera donc plus facile si elles sont conformes à la loi de cet Etat. Exiger en toute circonstance de l'autorité saisie qu'elle applique la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, comme cela avait été proposé en vain devant la Commission spéciale, aurait compliqué inutilement la protection de l'enfant. En effet, dans le cas par exemple où ladite loi exigerait la constitution d'un trust dont l'enfant serait le bénéficiaire, l'autorité saisie serait bien en peine de la mettre en oeuvre si sa propre loi ne connaissait pas cette institution et si les biens de l'enfant se trouvaient sur le territoire de son Etat.

87 La même proposition a été reprise pendant la Session diplomatique, mais limitée au for du divorce (Doc. trav. No 76), lequel, il est vrai, n'est pas, dans le cas prévu à l'article 10, celui de l'Etat dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle. La proposition a également été rejetée à une très forte majorité en raison des complications prévisibles de son application, notamment dans le cas d'enfants ayant leur résidence habituelle dans des Etats différents.

La Commission spéciale, puis la Commission ont également rejeté diverses propositions (Doc. trav. No 78) qui auraient voulu imposer à l'autorité saisie le respect de certaines règles matérielles, mentionnées dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, comme le consentement de l'enfant sur les mesures le concernant ou la prise en compte du milieu social de l'enfant ainsi que de l'origine ethnique, culturelle et religieuse de ses parents. Elle a préféré ne poser ici qu'une règle de conflit de lois. Elle a de plus considéré que ces éléments s'intégraient avec d'autres dans la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant et que l'accent mis spécialement sur eux pourrait conduire à des malentendus.

88 L'application aux mesures de protection de la loi de l'autorité saisie est générale et s'applique quelle que soit la base de compétence de cette autorité. Le rééquilibrage des compétences au profit des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant aura pour conséquence une application de la loi de cet Etat nettement plus fréquente que dans la Convention de 1961, qui laisse un champ très large aux autorités nationales et donc à la loi nationale de l'enfant. Il en est d'autant plus ainsi que la formulation de la règle („les autorités ... appliquent“) laisse à penser qu'elle est impérative. Toutefois, pour compenser la relative rigidité des règles de compétence, la Convention a donné plus de flexibilité à la détermination de la loi applicable à la mesure de protection. Ceci apparaît dans le paragraphe 2.

##### *Paragraphe 2*

89 Ce paragraphe constitue une clause d'exception, fondée non sur le principe de proximité (liens les plus étroits), mais sur l'intérêt supérieur de l'enfant. L'exemple le plus souvent cité est celui de

<sup>50</sup> Le terme de „loi“ désigne la loi interne de l'Etat concerné (art. 21, paragraphe 1), sous réserve de la règle sur le conflit de systèmes prévue à l'article 21, paragraphe 2, v. *infra*.

l'autorisation demandée aux autorités de la résidence habituelle pour vendre un bien du mineur situé à l'étranger. Il est assurément préférable que l'autorité saisie puisse en ce cas appliquer la *lex situs rei* et accorder l'autorisation prévue par celle-ci, loi réelle, même si la loi de l'autorité saisie n'impose en la matière aucune autorisation. Il pourrait de même être indiqué d'appliquer à la protection d'enfants étrangers leur loi nationale s'il apparaissait que ces enfants sont appelés à retourner à bref délai dans leur pays d'origine. A tout le moins sera-t-il opportun de prendre en considération cette loi, comme le prévoit aussi ce paragraphe 2, afin de ne pas prendre une mesure de protection qui ne pourrait être exécutée dans ledit pays.

Mais cette clause d'exception ne doit pas être utilisée trop facilement. Le cas a été évoqué pendant la Commission spéciale d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans l'Etat A, mais qui doit subir une intervention chirurgicale dans l'Etat B, où se trouve un hôpital spécialisé de très grande réputation. L'hôpital sollicité demandera une autorisation avant de procéder à l'intervention. Cette autorisation doit être demandée aux autorités de l'Etat A, Etat de la résidence habituelle de l'enfant, car, à défaut d'urgence, les autorités de l'Etat B ne sont pas compétentes. Les autorités de l'Etat A devront appliquer leur propre loi, conformément à l'article 15, paragraphe premier, et il ne semble pas que le paragraphe 2 du même article doive permettre l'application de la loi de l'Etat B, sauf s'il s'agissait d'une loi de police se voulant applicable quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit.

### Paragraphe 3

90 Le changement de résidence habituelle de l'enfant, dont on a vu qu'il entraînait un changement d'autorités compétentes pour prendre après ce changement des mesures de protection (art. 5, paragraphe 2) mais qu'il laissait subsister les mesures déjà prises (art. 14), affecte cependant les conditions d'application de ces dernières. De même que la responsabilité parentale résultant de plein droit de la loi de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant subsiste après le changement mais s'exerce désormais conformément à la loi de la nouvelle résidence habituelle (art. 17, v. *infra*), de même la mesure prise avant le changement subsiste après celui-ci, mais ses „conditions d'application“ sont régies, à partir du moment où le changement est survenu, par la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle.

91 Des doutes ont été exprimés sur la possibilité de distinguer l'existence de la mesure, prise normalement, sous réserve du paragraphe 2, selon la loi de l'ancienne résidence habituelle, et ses conditions d'application, qui relèvent de la loi de la nouvelle résidence habituelle. En effet, le risque existe d'une dénaturation ou tout au moins d'un affaiblissement de la mesure, dans le cas où la loi de la nouvelle résidence en allégerait trop sensiblement les conditions d'application. Si par exemple un gardien est désigné pour l'enfant dans le pays de son ancienne résidence habituelle, avec l'obligation de demander au juge une autorisation pour accomplir certains actes, il semble bien, d'après le paragraphe 3 de l'article 15, que ce gardien pourrait faire ces actes tout seul si la loi de la nouvelle résidence le lui permettait. L'exigence ou la non-exigence d'une autorisation est en effet une „condition d'application“ de la mesure au sens du paragraphe 3. On a également soulevé l'hypothèse d'une mesure de protection prévue pour durer jusqu'à 18 ans dans l'Etat de l'ancienne résidence habituelle mais qui cesserait à 16 ans dans l'Etat de la nouvelle résidence habituelle (de même l'hypothèse inverse) et l'on s'est demandé si la durée de la mesure pouvait être considérée comme relevant de l'existence ou des conditions d'application de la mesure. Il est apparu qu'aucune formule générale ne permettrait de rendre compte de l'extrême diversité des situations et que tous ces problèmes ne pourraient être résolus que cas par cas, par la voie de l'adaptation, et, si cette voie s'avérait impraticable, par de nouvelles mesures à prendre par les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle.

92 La Commission a adopté une proposition américaine (Doc. trav. No 4) limitant l'application du paragraphe 3 au cas où l'Etat de la nouvelle résidence habituelle est un autre Etat contractant, dans la pensée que ce texte n'était appelé à être appliqué que par l'Etat de la nouvelle résidence habituelle et qu'il ne convenait pas d'imposer des obligations aux Etats non contractants. Si toutefois l'enfant change de résidence habituelle dans un Etat non contractant et que la question de l'application des mesures est posée dans un Etat contractant, celui-ci devra la résoudre en appliquant son propre système de droit international privé. Il serait raisonnable, pour identité de motifs, d'appliquer la même règle que celle prévue en cas de changement de résidence habituelle dans un Etat contractant.

*Articles 16 à 18 (responsabilité parentale résultant de la loi)*

93 Ces articles ont été l'occasion d'importantes discussions et décisions de principe qu'il faut retracer avant d'entreprendre le commentaire paragraphe par paragraphe. Ces questions de principe sont liées aux difficultés d'interprétation et d'application de l'article 3 de la Convention de 1961, aux termes duquel „un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les Etats contractants“.

Ce texte avait clairement en vue l'attribution de l'autorité parentale en vertu de la loi, sans l'intervention d'aucune autorité publique, qu'elle soit judiciaire ou administrative. Mais les tribunaux des Etats contractants s'étaient divisés sur le point de savoir s'il posait une règle de conflit de lois ou simplement, comme sa lettre pouvait le laisser croire, une règle de reconnaissance. Dans la première interprétation, le texte était applicable (et donc aussi la loi nationale de l'enfant) pour déterminer, par exemple, indépendamment de toute mesure de protection, si l'autorisation nécessaire pour passer tel acte pour le compte de l'enfant devait être donnée par le père ou par la mère de l'enfant ou par les deux conjointement. Dans la seconde interprétation, le texte ne s'appliquait que si une mesure de protection était demandée à l'autorité saisie, qui devait alors vérifier dans la loi nationale de l'enfant s'il existait un rapport d'autorité existant de plein droit et, dans l'affirmative, reconnaître ce rapport et examiner comment la mesure sollicitée pourrait s'y adapter. Et, à ce stade, d'autres divergences étaient apparues. Selon les uns, l'existence d'un tel rapport empêcherait totalement les autorités de la résidence habituelle d'intervenir. Selon d'autres, elle ne leur permettrait d'exercer leur compétence que dans les cas où la loi nationale du mineur autoriserait la prise de mesures de protection. Selon une troisième opinion, enfin, l'existence de ce rapport d'autorité n'empêcherait aucunement les autorités de la résidence habituelle de prendre les mesures de protection qui leur paraîtraient nécessaires<sup>51</sup>.

Une autre difficulté d'application de l'article 3 de la Convention de 1961 est venue du rattachement du rapport d'autorité *ex lege* à la loi nationale du mineur. Outre le risque de blocage, déjà signalé, en cas de double nationalité de l'enfant, la différence de rattachement pour le rapport d'autorité de plein droit et pour la mesure de protection a parfois provoqué des situations apparemment insolubles. D'où la tentation de certains auteurs, pour couper court à ces difficultés, de préconiser un repli de la future Convention sur les seules mesures de protection et une suppression de toute disposition sur le rapport *ex lege*<sup>52</sup>.

94 Face à ces difficultés, la Commission, dans le sillage de la Commission spéciale, a pris des décisions de principe très importantes. Elle a d'abord pris position en faveur du maintien dans la nouvelle Convention d'une disposition sur la responsabilité parentale existant *ex lege*. Elle a été sensible à l'observation qu'une telle responsabilité suffit à assurer dans la majorité des situations la protection des enfants, notamment en ce qui concerne l'administration de leurs biens. Il aurait donc été regrettable de ne pas disposer sur ce point d'une règle de conflit uniforme. Au surplus, toute autorité appelée à prendre une mesure de protection a besoin de connaître dans quel cadre juridique cette mesure s'insérera.

95 La Commission a en second lieu opté clairement pour une règle de conflit de lois de préférence à une simple règle de reconnaissance. Cette option élargit donc le champ de l'unification conventionnelle. Elle présente également pour les Etats contractants un avantage de simplification en leur évitant la difficile coexistence dans leur ordre juridique de deux rattachements différents pour la responsabilité parentale *ex lege*, l'un d'origine conventionnelle pour la reconnaissance de cette responsabilité lorsqu'une mesure de protection est envisagée, l'autre résultant de leur droit national pour la loi applicable à cette responsabilité hors de toute mesure de protection.

96 La Commission a en troisième lieu abandonné le rattachement à la loi nationale au profit de la loi de la résidence habituelle de l'enfant. La loi applicable à la mesure de protection coïncidera ainsi le plus souvent avec la loi applicable au rapport *ex lege*, ce qui est une appréciable simplification.

Mais ce dernier choix a suscité une difficulté nouvelle, concernant le sort de ce rapport *ex lege* en cas de changement de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant. La Commission s'est efforcée de concilier le besoin de continuité de la protection, qui poussait à la survivance de ce rapport après le

<sup>51</sup> Sur ces points, v. S. Boelck, ouvrage précité, note 9.

<sup>52</sup> V. Kropholler, article préc., *RabelsZ*, 1994.1, 6.

changement de résidence habituelle, et le besoin de sécurité des tiers et de rapidité, qui militait au contraire pour la substitution immédiate de la loi de la nouvelle résidence habituelle à celle de l'ancienne.

97 Sur le plan formel, les dispositions concernant la loi applicable à la responsabilité parentale ont été réparties, par souci de lisibilité, en trois articles. L'article 16 concerne l'attribution et l'extinction de la responsabilité parentale, ainsi que le conflit mobile résultant du changement de la résidence habituelle de l'enfant; l'article 17 est relatif à l'exercice de la responsabilité parentale et l'article 18 au retrait ou à la modification des conditions d'exercice de la responsabilité parentale.

*Article 16 (attribution ou extinction de la responsabilité parentale)*

*Paragraphe premier*

98 Ce paragraphe édicte pour la responsabilité parentale une règle de conflit de lois désignant la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. La rédaction retenue apporte quelques précisions sur l'objet de cette règle de conflit.

Le texte ne parle plus de rapport d'autorité, mais de responsabilité parentale, conformément à la terminologie nouvelle (v. *supra*, No 14, *ad art. premier*, paragraphe 2). Il ne se limite pas à l'attribution de cette responsabilité mais s'étend aussi à son extinction. Surtout, par rapport à l'article 3 de la Convention de 1961, il essaie de rendre plus claire l'expression „résultant de plein droit de la loi ...“ en la remplaçant par „*sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative*“. Le seuil qui fait passer la situation considérée du domaine de l'article 16 à celui des articles 5 et suivants est précisément l'intervention d'une autorité. Encore ne s'agit-il ici que de l'intervention active de l'autorité, de l'intervention par laquelle elle prend effectivement la décision d'attribution ou d'extinction de la responsabilité parentale. Le cas a été évoqué pendant la Commission spéciale de certains droits, notamment de pays scandinaves, selon lesquels la responsabilité parentale conjointe des parents non mariés, qui résulte de la loi, doit faire l'objet d'un enregistrement ou d'une notification à certaines autorités, par exemple fiscales. L'autorité qui enregistre ou qui reçoit ainsi notification n'intervient pas pour prendre une quelconque décision et il doit être clair que ces situations relèvent de l'article 16.

99 Le texte indique que c'est la „loi“ de l'Etat de la résidence habituelle qui est applicable. Ce qu'il faut entendre par là fait l'objet de l'article 21, relatif au renvoi et au conflit de systèmes (v. *infra*). Cette loi peut être celle d'un Etat contractant aussi bien que d'un Etat non contractant (v. *infra*, art. 20).

100 Pour attribuer ou déclarer éteinte la responsabilité parentale, la loi applicable s'appuie généralement sur certains faits, comme un mariage, une reconnaissance ou un décès. L'avant-projet adopté par la Commission spéciale précisait que la résidence habituelle à prendre en considération pour déterminer la loi applicable était celle de l'enfant au moment des faits sur lesquels se fondait l'attribution ou l'extinction de la responsabilité parentale. La Session diplomatique a supprimé cette précision temporelle. En conséquence, il appartient à la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant de décider si elle prend ou non en considération les faits s'étant produits avant que l'enfant n'ait eu résidence habituelle dans cet Etat.

101 Cette règle de conflit conventionnelle, qui donne compétence à la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant pour régir *la responsabilité parentale*, doit se combiner avec la règle de conflit applicable au statut personnel dans chaque Etat contractant (cf. *supra*, No 30, *ad art. 4, litt. d*).

La délimitation des catégories „responsabilité parentale“ et „statut personnel“ ne devrait pas poser de graves difficultés, au moins en théorie. S'il est certain par exemple que la responsabilité parentale couvre les questions de représentation de l'enfant et non les questions de capacité, il n'en reste pas moins que la Convention se déclarant applicable à tous les enfants âgés de moins de 18 ans (art. 2, v. *supra*, No 16), ce sont les dispositions de celle-ci qui s'appliqueront à la protection de ces enfants, même s'ils sont capables d'après la loi applicable à leur statut personnel. Dans la pratique, les solutions ne seront pas toujours aussi tranchées, mais la Convention donne à l'autorité saisie les moyens de les trouver. La délégation néerlandaise a donné l'exemple d'un enfant mineur selon sa loi personnelle mais capable selon la même loi d'accomplir sans autorisation certains actes de la vie civile. On peut hésiter à ranger cette capacité partielle dans la catégorie „capacité“, pour laquelle la Convention ne propose

pas de règle de conflit, ou dans la catégorie „protection des enfants“. La réponse pourrait être que s'il s'agit d'apprécier après coup la validité d'un acte passé seul par le mineur, la question revient à déterminer si le mineur avait la capacité de passer un tel acte, et l'autorité saisie la tranchera en application de son propre droit international privé. Si en revanche une autorisation est demandée pour passer cet acte à l'autorité d'un Etat contractant, cette autorité appréciera selon sa loi s'il convient de prendre une telle mesure de protection, mais elle pourra prendre à cette fin en considération, comme le lui permet l'article 15, paragraphe 2, la loi régissant, selon son propre droit international privé, la capacité de ce mineur.

102 Le texte adopté ne donne pas de solution aux questions de statut personnel préalables à l'existence d'une responsabilité parentale de plein droit. Par exemple, si la loi de la résidence habituelle, applicable en vertu de l'article 16, paragraphe premier, subordonne l'attribution de plein droit de la responsabilité parentale à la validité de la reconnaissance de l'enfant, il n'est pas déraisonnable de penser que cette validité doit être appréciée conformément à la loi désignée par la règle de conflit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, plutôt que par la règle de conflit du for, mais le texte n'impose pas cette solution et la Commission a préféré laisser aux Etats contractants le soin de résoudre eux-mêmes ce problème.

#### *Paragraphe 2*

103 Ce paragraphe étend la solution du paragraphe premier à la responsabilité parentale dépendant d'un accord ou d'un acte unilatéral. L'„accord“ ici mentionné, auquel se réfère également l'article 3 *in fine* de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*<sup>53</sup>, est par exemple celui que des parents auraient pu conclure entre eux sur la garde ou le droit de visite. L'„acte unilatéral“ pourra être un testament ou une disposition de dernière volonté, par laquelle le dernier parent de l'enfant désignera un tuteur à l'enfant. Si l'attribution ou l'extinction d'une responsabilité parentale par un accord ou acte unilatéral doit faire l'objet d'une homologation ou d'un contrôle par une autorité judiciaire ou administrative, elle doit être qualifiée de mesure de protection et relève des autorités dont la compétence est déterminée au chapitre II de la Convention. Le paragraphe 2 de l'article 16 trouve son utilité dans le cas où selon la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, cet acte ou cet accord prend effet „sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative“<sup>54</sup>. Si le paragraphe 2 n'existait pas, une attribution (ou extinction) résultant de cet acte ou accord serait en dehors de la Convention, car elle ne se produit pas „de plein droit“ au sens du paragraphe premier. L'intérêt du paragraphe 2 est de la soumettre à la même loi que l'attribution (ou extinction) de plein droit.

104 Le paragraphe 2 précise que la date à prendre en considération pour déterminer la résidence habituelle est celle où l'acte ou accord prend effet, qui peut être plus tardive que celle de la conclusion de l'accord ou de la rédaction du testament. Dans les exemples présentés, cette date sera normalement, pour l'accord conclu en vue du divorce, celle de la date d'effet du divorce et, pour le testament, celle du décès du testateur. On pourrait s'étonner de ce que le paragraphe 2 contienne une référence à l'élément temporel, alors que cette référence a été supprimée du paragraphe premier. La différence se justifie par la considération qu'au paragraphe 2, la responsabilité parentale est attribuée au vu d'un acte précis, situé dans le temps.

#### *Paragraphes 3 et 4*

105 Ces deux paragraphes essaient de régler le problème très délicat de l'effet du changement de résidence habituelle de l'enfant sur la responsabilité parentale attribuée de plein droit. Ils sont le résultat

53 V. le Rapport sur cette Convention de Mme Elisa Pérez-Vera, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, p. 447, No 70: „les accords envisagés peuvent être de simples transactions privées entre les parties, au sujet de la garde des enfants“. La Convention de 1980 envisage des accords „en vigueur selon le droit de cet Etat“, c'est-à-dire, dans le contexte de cette Convention, selon le droit de la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement. Le texte ici examiné ne mentionne pas cette condition d'„être en vigueur“ selon le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, mais c'est parce qu'il édicte une règle de conflit de lois et non de reconnaissance.

54 Comme pour le paragraphe premier, l'intervention purement passive d'une autorité qui se bornerait à enregistrer l'accord ou l'acte unilatéral sans exercer aucun contrôle au fond ne doit pas être considérée comme une intervention au sens de ce paragraphe 2 qui s'applique donc sans aucun doute possible à un tel accord ou acte unilatéral.



d'un rapprochement entre deux opinions au départ très tranchées et dont aucune ne tenait compte de la totalité des éléments du problème.

La première opinion était celle de la mutabilité. A partir du moment où la responsabilité parentale est rattachée à la loi de la résidence habituelle, disait-on, il faut admettre qu'à tout changement de l'Etat de la résidence habituelle correspond un changement de la loi applicable à l'attribution ou à l'extinction de plein droit de la responsabilité parentale. Les avantages dont se réclamaient les partisans de cette solution étaient ceux de la simplicité et de la sécurité. Simplicité pour les autorités saisies – normalement celles de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant – qui appliqueront leur propre loi à la vérification de l'existence d'une responsabilité parentale de plein droit. Simplicité aussi et sécurité pour les tiers amenés à traiter avec le représentant légal de l'enfant, puisqu'ils n'auront à rechercher ni l'Etat ou les Etats de la ou des résidences habituelles antérieures de l'enfant, ni la teneur de la loi de ces Etats. Simplicité encore pour la famille au cas d'existence de plusieurs enfants. L'application systématique de la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle a l'avantage de faire régir par une même et unique loi l'attribution de la responsabilité parentale à l'égard de tous les enfants, en tout cas de tous les enfants ayant leur résidence habituelle dans un même Etat.

La seconde opinion était celle de la continuité de la protection. La responsabilité attribuée de plein droit par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant subsiste, dans cette opinion, malgré le changement de résidence habituelle de l'enfant. L'avantage est d'éviter une solution de continuité de la protection dans le cas, par exemple, où la loi de l'Etat de la nouvelle résidence n'attribue de plein droit aucune responsabilité parentale et subordonne cette attribution à l'intervention d'une mesure prise par une autorité publique. La thèse de la continuité permettrait au titulaire de la responsabilité parentale selon la loi de l'ancienne résidence habituelle de continuer dans l'Etat de la nouvelle résidence habituelle à s'occuper de l'enfant et à le représenter dans les actes de la vie civile, notamment dans les rapports avec les banques, sans les pertes de temps et d'argent qu'aurait occasionnées une procédure d'investiture menée devant les autorités de ce nouvel Etat.

106 La Commission spéciale, aidée par une contribution de la délégation italienne, avait réussi à dégager les solutions les plus appropriées dans les différents cas susceptibles de se présenter et son avant-projet a été retenu pour l'essentiel par la Session diplomatique.

Dans l'hypothèse où la loi de l'ancienne résidence habituelle ne prévoyait aucune responsabilité parentale de plein droit et où la loi de la nouvelle résidence habituelle en prévoit une, il semble évident que seule la seconde loi a vocation à s'appliquer. La Commission, considérant que la solution allait de soi, n'a pas jugé utile de la formaliser dans un texte, mais elle résulte implicitement du paragraphe premier.

Dans l'hypothèse où la loi de l'ancienne résidence habituelle prévoyait une responsabilité parentale de plein droit et où la loi de la nouvelle résidence habituelle n'en prévoit aucune, la considération de la continuité de la protection est la plus forte et le paragraphe 3 de l'article 16 indique que „la responsabilité parentale existant selon la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant subsiste après le changement de cette résidence habituelle dans un autre Etat“.

107 La troisième hypothèse est celle où les deux lois prévoient l'une et l'autre une responsabilité parentale de plein droit, mais sont en conflit sur le ou les titulaires de celle-ci. Le paragraphe 3 de l'article 16 est également applicable à cette situation en ce qu'il laisse subsister la responsabilité parentale résultant de la loi du premier Etat, mais il doit alors être lu avec le paragraphe 4. Celui-ci accroche en quelque sorte au train du premier Etat le wagon supplémentaire du second Etat. En effet, sans revenir sur la solution du paragraphe 3, il décide en substance que la loi interne du second Etat s'appliquera si elle attribue de plein droit la responsabilité parentale à une personne à qui la loi du premier Etat, applicable en vertu des paragraphes 1 et 2, ne l'avait pas attribuée. Si, par exemple, la loi du premier Etat attribuait de plein droit la responsabilité parentale à la mère de l'enfant naturel et que la loi du second Etat attribue de plein droit cette responsabilité au père et à la mère, ou même seulement au père, la loi du second Etat sera applicable en ce qu'elle ajoute un titulaire de la responsabilité parentale à celui qui en bénéficiait déjà en application de la loi du premier Etat. Dans le cas inverse, si par exemple la loi du premier Etat attribuait la responsabilité parentale conjointement au père et à la mère, et que la loi du second Etat ne l'attribue qu'à la mère, la loi du second Etat restera sans effet sur les droits du père qui, de par le paragraphe 3, conservera la responsabilité parentale que lui avait attribuée la première loi.

108 D'une certaine façon, le paragraphe 4 contient une règle de droit matériel, en imposant la coexistence des attributaires, supposés différents, de la responsabilité parentale en application des lois de l'ancienne, puis de la nouvelle résidence habituelle. Il aurait été concevable, comme cela avait été proposé par les délégations scandinaves et britannique (Doc. trav. No 36), de se contenter d'une règle de conflit laissant la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle décider de cette éventuelle coexistence. Cette proposition a toutefois été écartée, sur l'observation que les législations des Etats contractants ne contiennent vraisemblablement pas de règle sur une question aussi pointue qui ne se pose que pour l'application de cet article de la Convention.

Cette coexistence de plusieurs titulaires de la responsabilité parentale investis en application de lois différentes ne pourra fonctionner que dans le cas d'une entente entre ces personnes. En cas de désaccord entre elles, le conflit pourra être tranché par une mesure que l'un ou l'autre demandera à l'autorité compétente de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle (*cf.* art. 5, paragraphe 2).

#### *Article 17 (exercice de la responsabilité parentale)*

109 Cet article introduit une distinction, proche de celle adoptée au paragraphe 3 de l'article 15, entre l'attribution, régie par l'article 16, et l'exercice de la responsabilité parentale, soumis à la loi de l'Etat de la résidence actuelle de l'enfant. La distinction prend évidemment son importance en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, puisque l'exercice de la responsabilité parentale obéit au principe de mutabilité. Ainsi, le titulaire de la responsabilité parentale selon la loi de l'Etat de la précédente résidence habituelle conserve cette responsabilité, mais, à partir du changement de la résidence habituelle de l'enfant, il l'exerce dans les conditions prévues par la loi interne du second Etat. Si par exemple cette loi prévoit que certains actes que, selon la loi du premier Etat, le titulaire de la responsabilité parentale pouvait faire seul ne peuvent être accomplis qu'avec l'autorisation d'une autorité, cette autorisation devra être demandée.

#### *Article 18 (retrait ou modification de la responsabilité parentale)*

110 Cet article précise que „la responsabilité parentale prévue aux paragraphes précédents pourra être retirée ou ses conditions d'exercice modifiées par des mesures prises en application de la Convention“. Ce texte met fin au problème d'interprétation déjà signalé (*v. supra*) de l'article 3 de la Convention de 1961. L'existence d'une responsabilité parentale de plein droit ne peut donc plus être une entrave aux mesures de protection qui se révéleraient nécessaires. Cet article 18 pourra d'ailleurs être utilisé à la suite d'un changement de résidence habituelle de l'enfant si les autorités compétentes estiment que l'application cumulée à la responsabilité parentale de plein droit des lois des résidences habituelles successives aboutit à une paralysie de la protection.

#### *Article 19 (protection des tiers)*

111 Dès lors que la Convention opte, en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, pour le principe de la continuité de la responsabilité parentale attribuée de plein droit par la loi de l'Etat de la précédente résidence habituelle, elle fait courir aux tiers agissant dans l'Etat de la nouvelle résidence habituelle le risque de commettre une erreur sur la personne ou sur les pouvoirs du représentant légal de l'enfant. Traitant de bonne foi avec la personne qui, d'après la loi locale, aurait eu la qualité de représentant légal de l'enfant, il peut ignorer que le représentant légal qualifié de l'enfant est la personne à qui cette qualité a été attribuée de plein droit par la loi de l'Etat de la précédente résidence habituelle ou qui en a été régulièrement investie par une mesure prise par les autorités d'un autre Etat agissant dans le cadre de leur compétence.

L'article 19, dont l'esprit rappelle celui du célèbre cas français *Lizardi*<sup>55</sup> et celui de l'article 11 de la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, consacre la théorie de l'apparence au profit du tiers de bonne foi ayant traité „avec une autre personne qui aurait la qualité de représentant légal [de l'enfant] selon la loi de l'Etat où l'acte a été passé“. Le tiers est protégé „sauf s'[il] savait ou devait savoir que la responsabilité parentale était régie par [la loi désignée par les dispositions du présent chapitre]“. C'est donc une bonne foi renforcée par un devoir de diligence qui est exigée du tiers.

<sup>55</sup> Cass. Req. 16 janv. 1861, D.P. 1861.I.193, S. 1861.I.305.

112 La protection consiste en ce que „la validité [de l'] acte ... ne peut être contestée, ni la responsabilité du tiers engagée“ pour le seul motif que l'acte a été passé avec la personne considérée à tort, dans les circonstances indiquées, comme le représentant légal de l'enfant. Ainsi le banquier qui, détenant des fonds appartenant à l'enfant, les aurait remis au représentant apparent de celui-ci ne sera pas tenu d'en verser à nouveau l'équivalent au représentant qualifié de l'enfant. De même le tiers qui aurait acquis régulièrement de la même personne des biens de l'enfant pourra les conserver.

113 L'apparence de responsabilité parentale derrière laquelle le tiers peut s'abriter est celle qui résulte de la „loi de l'Etat où l'acte a été passé“. Le paragraphe 2 précise que la règle ne joue que „si l'acte a été passé entre personnes présentes sur le territoire d'un même Etat“. Une plus grande diligence est en effet requise du tiers s'il traite à distance avec une personne se disant représentant légal de l'enfant.

114 La règle de l'article 19 s'applique quel que soit l'acte passé entre le tiers et le représentant apparent de l'enfant. La Commission a repoussé des propositions (Doc. trav. Nos 81 et 141) qui l'auraient écartée pour les actes du droit de la famille, des successions ou concernant des droits réels immobiliers. Mais rien n'interdit de penser que la diligence requise du tiers pour bénéficier de l'article 19 doive être en proportion de l'importance de l'acte qu'il passe, spécialement lorsqu'il concerne des droits immobiliers.

#### *Article 20 (caractère universel des règles de conflit)*

115 Cet article est devenu usuel dans les Conventions de La Haye en matière de conflit de lois. Il ne trouve cependant pas à s'appliquer, comme il a été indiqué, dans l'hypothèse prévue à l'article 15, paragraphe 3.

#### *Article 21 (renvoi et conflits de systèmes)*

116 Le paragraphe premier de cet article, lui aussi traditionnel dans les Conventions de La Haye en matière de conflit de lois, reprend le principe de l'exclusion du renvoi.

Le paragraphe 2, dont la première phrase, issue d'une proposition espagnole (Doc. trav. No 82), reprend littéralement l'article 4 de la *Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort*, apporte une exception à l'exclusion du renvoi, dans les hypothèses où elle pourrait détruire sans profit notable l'harmonie qui aurait pu s'établir entre les Etats non contractants en contact avec la situation. Si par exemple l'enfant a sa résidence habituelle dans un Etat non contractant qui soumet la responsabilité parentale à la loi nationale de l'enfant et que celle-ci, supposée celle d'un autre Etat non contractant, accepte sa compétence, il n'y a qu'avantage à ce que la responsabilité parentale résultant de ladite loi soit reconnue dans les Etats contractants. C'est ce que précise la première phrase du paragraphe 2.

Dans le cas où la loi de cet autre Etat non contractant n'accepte pas sa compétence, il n'existe pas d'harmonie préexistante à préserver entre Etats non contractants et la deuxième phrase du paragraphe 2 précise que la loi applicable est alors celle qui est désignée directement par l'article 16, avec exclusion du renvoi. Il a été observé au cours des débats que l'article 21 ne réglait pas la situation dans laquelle la loi d'un Etat non contractant, désignée par la Convention, renvoyait à la loi d'un Etat contractant. Mais le paragraphe 2 commençant par l'adverbe „toutefois“, il n'y a lieu de déroger à l'exclusion du renvoi que dans l'hypothèse précise mentionnée dans ce paragraphe.

#### *Article 22 (ordre public)*

117 Cet article reproduit la disposition habituelle dans les Conventions de La Haye sur l'exception d'ordre public. Il précise cependant que l'intervention de l'ordre public devra tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit inspirer d'ailleurs l'application de tous les articles de la Convention.

### **Chapitre IV – Reconnaissance et exécution**

118 Comme il a été indiqué (*supra*), ce chapitre comble une lacune de la Convention de 1961, qui se contentait de poser le principe de la reconnaissance mutuelle des mesures prises dans les Etats contractants, mais renvoyait l'exécution au droit interne de l'Etat requis ou aux conventions internationales en vigueur dans cet Etat. S'inspirant de conventions plus récentes, notamment des Conventions

de Bruxelles et de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la Convention distingue la reconnaissance (art. 23 à 25), la déclaration d'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution (art. 26 et 27), enfin la mise à exécution (art. 28).

*Article 23 (reconnaissance et motifs de refus de reconnaissance)*

*Paragraphe premier*

119 Ce paragraphe pose le principe de la reconnaissance de plein droit dans chaque Etat contractant des mesures prises dans un autre Etat contractant. Dans une convention double, fondée sur la réciprocité, il n'était pas possible d'aller plus loin et de prévoir, comme certaines délégations l'auraient souhaité<sup>56</sup> la reconnaissance de plein droit, à certaines conditions, de décisions d'Etats non contractants.

La reconnaissance de plein droit signifie qu'elle est obtenue sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure, dès lors du moins que celui qui se prévaut de la mesure n'en demande aucun acte d'exécution. C'est la partie à qui la mesure est opposée, par exemple au cours d'une procédure, qui devra invoquer un motif de non-reconnaissance prévu au paragraphe 2. La Convention n'exclut pas cependant une procédure préventive limitée à la reconnaissance ou à la non-reconnaissance de la mesure (v. art. 24, *infra*).

120 Pour être reconnue, une mesure doit évidemment être prouvée. Cette preuve résulte normalement du document écrit émanant de l'autorité d'origine et consignait la décision prise par celle-ci. Dans les cas d'urgence, cependant, il peut arriver que la mesure soit prise par téléphone et donne lieu simplement à une note manuscrite dans le dossier. Pour éviter toute dérive bureaucratique, la Convention s'est gardée de subordonner la reconnaissance à la production d'un document écrit, daté et signé par l'autorité d'origine. Par conséquent, une télécopie, par exemple, pourrait faire la preuve de la mesure en vue de sa reconnaissance.

*Paragraphe 2*

121 Le paragraphe 2 énumère limitativement les motifs pour lesquels la reconnaissance peut être refusée. Il est à noter que ce paragraphe 2 autorise le refus de reconnaissance, mais ne l'impose pas.

*Alinéa a*

122 La reconnaissance peut être refusée si la mesure a été prise par une autorité dont la compétence n'était pas fondée sur un chef de compétence prévu au chapitre II. La Convention n'exclut pas la reconnaissance de mesures de protection prises dans un Etat contractant dans des situations où la Convention n'était pas applicable, mais cette reconnaissance se situe elle-même hors du champ d'application de la Convention, ainsi qu'il résulte du refus de la Commission d'adopter une disposition inspirée de l'article 4 des Conventions de Bruxelles et de Lugano<sup>57</sup>. C'est dans cet esprit que déjà la Commission spéciale avait rejeté une proposition néerlandaise tendant à reconnaître la compétence indirecte des autorités de l'Etat national contractant d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un Etat non contractant.

L'alinéa *a* implique que l'autorité requise ait le pouvoir de vérifier la compétence indirecte de l'autorité d'origine. Elle est toutefois liée, dans cette vérification, par les constatations de fait sur lesquelles l'autorité d'origine a fondé sa compétence (art. 25, v. *infra*).

*Alinéa b*

123 Le refus de reconnaissance est possible si, hors le cas d'urgence, la mesure a été prise sans avoir donné à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'Etat requis. Ce motif de refus est directement inspiré de l'article 12, paragraphe 2, de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*. Il n'implique pas que l'enfant doive être entendu dans tous les cas. Il a été observé à juste titre qu'il n'est pas toujours de l'intérêt de l'enfant de devoir donner un avis, notamment si les deux parents sont d'accord sur la mesure à prendre. C'est seulement lorsque la non-audition de l'enfant est contraire aux principes fondamentaux de procédure

56 V. les propositions contenues aux Doc. trav. Nos 71 et 86, rejetées par la Commission.

57 V. *supra*, l'observation finale concernant le chapitre II de la Convention.

de l'Etat requis qu'elle pourra justifier un refus de reconnaissance. Mais il n'y a pas lieu de distinguer sur ce point selon que la mesure est prise dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative. Il s'agit en somme d'une clause spéciale d'ordre public procédural. Celle-ci ne s'applique pas dans les cas d'urgence, pour lesquels les exigences de l'ordre public de procédure doivent être entendues plus souplesment.

*Alinéa c*

124 Il s'agit là d'une autre manifestation de l'ordre public de procédure, qui sanctionne la violation des droits de la défense. La reconnaissance pourra être refusée „à la demande de toute personne prétendant que la mesure porte atteinte à sa responsabilité parentale, si cette mesure a été prise, hors le cas d'urgence, sans qu'ait été donnée à cette personne la possibilité d'être entendue“. Si par exemple, dans le cadre de l'article 18, l'autorité compétente retire la responsabilité parentale à son titulaire légal sans l'entendre, celui-ci pourra invoquer cette atteinte à sa responsabilité parentale pour s'opposer à la reconnaissance de la mesure.

*Alinéa d*

125 Le texte consacre la contrariété manifeste à l'ordre public de l'Etat requis comme motif de non-reconnaissance, mais il ajoute, comme l'article 24 de la Convention du 29 mai 1993 sur l'adoption, que l'ordre public s'apprécie en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

*Alinéa e*

126 Cet alinéa, dont la rédaction est proche de celle de l'article 27, paragraphe 5, des Conventions de Bruxelles et de Lugano<sup>58</sup>, envisage l'hypothèse de conflit entre la mesure à reconnaître, prise dans un Etat contractant, et une autre mesure prise postérieurement dans l'Etat non contractant de la résidence habituelle de l'enfant et remplissant les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat requis. En pareil cas, si les deux mesures sont incompatibles, la préférence sera donnée à la seconde, prise par une autorité plus proche de l'enfant et mieux à même d'apprécier son intérêt supérieur.

Cette préférence donnée à la mesure prise postérieurement dans un Etat non contractant est limitée aux mesures prises dans l'Etat non contractant de la résidence habituelle de l'enfant. Elle ne s'étend pas, par exemple, aux mesures prises par les autorités de l'Etat national de l'enfant, considérées, au regard de la notion de proximité, comme moins appropriées que celles de l'Etat de la résidence habituelle pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant.

Cette limitation a pour conséquence qu'un Etat contractant est empêché de reconnaître la mesure prise dans un Etat non contractant autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant si elle est incompatible avec une mesure prise antérieurement dans un Etat contractant compétent en vertu du chapitre II<sup>59</sup>. Il en serait autrement si l'Etat contractant requis était tenu par un traité de reconnaître la mesure prise par l'Etat non contractant. Le conflit entre les mesures serait alors un conflit entre la présente Convention et le traité liant l'Etat contractant requis et l'Etat non contractant d'origine. Ce conflit de Conventions trouve sa solution dans l'article 52 (v. *infra*).

*Alinéa f*

127 Ce dernier motif de refus de reconnaissance résulte d'une proposition de la délégation néerlandaise (Doc. trav. No 89) qui est également à l'origine de l'article 33, auquel renvoie cet alinéa *f*. L'article 33 (v. *infra*) institue une procédure obligatoire de consultation lorsque l'autorité d'un Etat contractant envisage une mesure de placement d'un enfant, notamment par *kafala*, qui doit s'exécuter dans un autre Etat contractant. L'article 23, paragraphe 2, lettre *f*, évite de placer l'Etat dans lequel la

58 A cette différence près que ces Conventions accordent la préférence à la décision rendue *antérieurement* dans un Etat non contractant et réunissant dans l'Etat requis les conditions nécessaires à sa reconnaissance, car l'autorité de chose jugée reconnue à cette première décision s'oppose à la reconnaissance d'une décision postérieure incompatible avec elle. Au contraire, dans cette Convention, c'est la mesure prise *postérieurement* dans l'Etat non contractant qui est préférée parce que, dans l'esprit des articles 11, paragraphe 2, 12, paragraphe 2, et 14, les mesures prises peuvent toujours être modifiées ou remplacées par l'autorité de l'Etat de la résidence habituelle actuelle de l'enfant.

59 Pour éviter des situations absurdes, il conviendrait d'apprécier avec souplesse la notion d'incompatibilité lorsqu'une période de temps assez longue sépare les deux mesures en conflit. Même si elles sont formellement contradictoires, les deux mesures ne sont pas forcément incompatibles, si les circonstances ont changé.

mesure de placement doit s'exécuter devant le fait accompli et l'autorise à en refuser la reconnaissance si la procédure de consultation n'a pas été respectée.

128 Ces motifs de non-reconnaissance sont les seuls qui puissent être invoqués par l'Etat requis. Notamment, l'autorité requise n'est pas autorisée à exercer un contrôle de la loi appliquée par l'autorité d'origine, même lorsque la mesure a été prise en contemplation d'une relation de famille, de parenté ou de mariage non reconnue dans l'Etat requis. A l'instar des solutions adoptées par les Conventions du 2 octobre 1973 sur les obligations alimentaires, la reconnaissance de la mesure porte exclusivement sur la mesure et non sur la question préalable de statut personnel qui lui sert de support. Dans le même esprit, dans l'application de l'article 23, l'autorité qui statue sur la reconnaissance ne peut procéder à aucune vérification au fond de la mesure prise (art. 27, v. *infra*).

*Article 24 (action préventive en opposabilité ou en inopposabilité)*

129 La reconnaissance se produisant de plein droit, c'est seulement le jour où la mesure sera invoquée dans un Etat que sera tranchée une éventuelle contestation sur l'existence d'un motif de non-reconnaissance. Cette date peut être trop tardive et toute personne intéressée peut avoir un intérêt légitime à lever sans attendre le doute qui peut exister sur l'existence d'un tel motif de non-reconnaissance. Une personne peut ainsi avoir intérêt à faire constater dans un Etat donné la reconnaissance d'une mesure prise dans un autre dans le cas suivant: dans un Etat A, la garde de l'enfant a été confiée à la mère, avec interdiction de fixer la résidence habituelle de l'enfant dans un autre pays sans l'accord formel du père. Celui-ci veut bien consentir au transfert de cette résidence dans l'Etat B, mais il ne voudrait pas que la mère en profite pour transférer à nouveau cette résidence dans l'Etat C. Il a donc intérêt à s'assurer immédiatement que l'Etat B reconnaîtra la mesure prise en A et ne permettra à la mère de déplacer à nouveau la résidence de l'enfant qu'avec l'accord du père. A l'inverse, un père privé contre son gré de la responsabilité parentale attribuée à la mère de l'enfant par une décision prise en A peut avoir intérêt à faire constater que cette mesure ne sera pas reconnue en B, s'il veut empêcher la mère d'y conclure au nom de l'enfant un acte qu'il estime contraire aux intérêts de celui-ci.

La jurisprudence de certains Etats contractants, comme la France, a déjà admis la recevabilité d'une action préventive en inopposabilité d'un jugement étranger. L'article 24 de la Convention va plus loin et, pour donner une solution satisfaisante aux cas présentés ci-dessus, admet que tout intéressé puisse demander aux autorités compétentes d'un Etat contractant qu'il soit statué tant sur la reconnaissance que sur la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre Etat contractant. Le texte limite la recevabilité de l'action préventive à la reconnaissance ou non-reconnaissance des *mesures*. Cette action préventive n'est pas applicable à la responsabilité parentale existant de plein droit en vertu de la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant (art. 16), car elle suppose pour fonctionner l'existence d'une décision.

130 La Convention laisse à la loi de l'Etat requis le soin de définir la procédure de cette action préventive. Cette procédure n'est pas forcément calquée sur la procédure d'exequatur et la Convention n'impose pas, comme pour l'exequatur, une procédure „simple et rapide“ (art. 26, paragraphe 2). En effet, la procédure d'exequatur, dans une convention internationale destinée à assurer une sorte de libre circulation des décisions, doit être rapide et sera souvent non contradictoire dans sa première phase<sup>60</sup>. En revanche la procédure préventive tend à instaurer immédiatement un débat sur la régularité internationale de la mesure et, dans le cas de l'action en inopposabilité de la décision, à en paralyser la libre circulation. Un tel débat doit logiquement être contradictoire, ce qui prendra normalement plus de temps qu'une procédure accélérée d'exequatur.

*Article 25 (constatations de fait sur la compétence)*

131 Comme il a déjà été indiqué au sujet de l'article 23, paragraphe 2 a (v. *supra*), l'autorité de l'Etat requis est liée par les constatations de fait sur lesquelles l'autorité d'origine a fondé sa compétence. Si, par exemple, l'autorité d'origine a statué en tant qu'autorité de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, l'autorité de l'Etat requis ne pourra pas contrôler les faits sur lesquels l'autorité d'origine a fondé son appréciation de la résidence habituelle. De même, lorsque la compétence repose sur une

<sup>60</sup> V. la procédure sur requête mise en place par les Conventions de Bruxelles et de Lugano, articles 31 et s.

appréciation préalable par l'autorité d'origine de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>61</sup>, cette appréciation lie l'autorité de l'Etat requis<sup>62</sup>. Cette règle se rencontre dans d'autres conventions<sup>63</sup>. En matière de protection des enfants, certains délégués ont observé que la règle risquait de tourner à vide, car l'autorité qui prend la mesure, à la différence d'un tribunal qui rend une décision motivée, ne prend généralement pas la peine d'indiquer les faits sur lesquels elle fonde sa compétence. Même si cette observation peut limiter la portée pratique de la règle, elle ne suffit pas à la condamner dans son principe, d'autant que les mesures pour lesquelles se pose un problème de reconnaissance sont souvent prises par une autorité judiciaire habituée à motiver ses décisions.

#### *Article 26 (exequatur)*

132 Cet article envisage le cas où les mesures prises dans un Etat contractant et qui y sont exécutoires comportent des actes d'exécution dans un autre Etat contractant. Si tel n'est pas le cas, l'article 23 – c'est-à-dire la reconnaissance – suffit pour permettre à la mesure de produire ses effets. Par exemple les pouvoirs conférés à un représentant légal par une mesure prise dans un Etat contractant permettront à ce représentant, s'il n'y a pas de motif de non-reconnaissance, de passer dans un autre Etat contractant au nom de l'enfant les actes que requiert la protection de sa personne ou de ses biens. Mais si la mesure comporte des actes d'exécution, par exemple une mesure de contrainte pour obtenir la remise de l'enfant, ou la vente forcée d'un bien, la mesure devra faire l'objet dans le second Etat d'une déclaration d'exequatur ou, selon la procédure applicable dans certains Etats, d'un enregistrement aux fins d'exécution.

Le *paragraphe premier* de l'article 26 rappelle cette nécessité et mentionne que la procédure sera déclenchée, dans l'Etat requis, „sur requête de toute partie intéressée, selon la procédure définie par la loi de cet Etat“. Il ne faut pas accorder au terme „requête“ le sens procédural précis qu'il a dans la langue juridique française d'acte introductif d'une instance non contradictoire, adressé directement au tribunal, car le texte, en renvoyant à la procédure définie par la loi de l'Etat requis, n'a pas voulu prendre position, à la différence de la Convention de Bruxelles, sur la procédure à adopter.

Le *paragraphe 2* se borne à prévoir que l'Etat requis appliquera „une procédure simple et rapide“ mais laisse cet Etat entièrement libre des moyens d'y parvenir et ne lui fixe aucun délai. Il s'agit là d'une *lex imperfecta*.

Le *paragraphe 3* indique, comme l'article 34, paragraphe 2, de la Convention de Bruxelles, que la déclaration d'exequatur ou l'enregistrement ne peuvent être refusés que pour l'un des motifs prévus à l'article 23, paragraphe 2.

#### *Article 27 (prohibition de la révision au fond)*

133 La prohibition de la révision au fond est une clause de style dans les conventions sur la reconnaissance et l'exécution des décisions. Elle concerne aussi bien la reconnaissance que l'exequatur ou l'enregistrement.

#### *Article 28 (mise à exécution)*

134 Cet article pose le principe que les mesures prises dans un Etat contractant et déclarées exécutoires dans un autre „y sont mises à exécution comme si elles avaient été prises par les autorités de cet autre Etat“. Il s'agit en quelque sorte d'une naturalisation de la mesure dans l'Etat contractant où elle sera mise à exécution.

La portée de cette disposition apparaît par exemple lors de la mise à exécution d'une décision concernant un enfant déjà doté d'une certaine maturité et qui s'oppose à l'exécution de la mesure, par exemple qui refuse absolument d'aller vivre auprès du parent désigné comme gardien. La Commission spéciale écarta un texte qui aurait autorisé en ce cas l'autorité requise à refuser l'exécution de la mesure.

61 V. les articles 8, paragraphe 4, 9, paragraphe 1, et 10, paragraphe 1 b.

62 La Commission a rejeté, comme allant de soi et ne devant pas figurer dans le texte de la Convention, une proposition de la délégation suisse (Doc. trav. No 91) qui précisait expressément ce point.

63 V. article 9, *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires*; article 28, paragraphe 2, Conventions de Bruxelles et de Lugano.

Il est apparu en effet que le problème de l'opposition de l'enfant se posait dans les situations internes dans les mêmes termes que dans les situations internationales et qu'il était préférable de laisser l'autorité requise résoudre la difficulté avec toutes les marges d'appréciation que lui laisse son droit interne pour les situations internes. Si par exemple le droit interne de l'Etat requis permet en pareil cas de ne pas exécuter une décision judiciaire ou administrative, cette règle pourra s'appliquer également à une décision judiciaire ou administrative prise dans un autre Etat contractant.

135 La deuxième phrase de l'article, issue d'une proposition de la délégation canadienne (Doc. trav. No 77), renforce cette solution, en indiquant que la mise à exécution se fait „conformément à la loi de l'Etat requis dans les limites qui y sont prévues, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant“.

Par exemple, si l'autorité de la résidence habituelle de l'enfant a maintenu un enfant dans sa famille, mais en plaçant celle-ci sous contrôle des autorités sociales locales et si, plus tard, la famille s'installe dans un autre Etat contractant, la mise à exécution dans le second Etat de la décision prise dans le premier ne sera possible que si les autorités du second Etat sont habilitées selon leur loi à remplir la mission de surveillance qui pesait sur les autorités sociales du premier Etat. Dans la négative, il appartiendrait aux autorités du second Etat, si possible après consultation des autorités du premier Etat, d'adapter la mesure prise dans celui-ci ou de la modifier conformément à l'article 5, paragraphe 2.

### Chapitre V – Coopération

136 La Convention de 1961 avait perçu l'utilité d'une certaine coopération entre les autorités des divers Etats contractants appelées à prendre des mesures de protection de la personne ou des biens des enfants. Elle avait prévu à cette fin divers cas dans lesquels une autorité, avant de prendre une décision, devait en informer au préalable l'autorité normalement compétente (art. 4 et 11, paragraphe 1) ou celle qui avait pris des mesures encore en vigueur (art. 5, paragraphe 2), ou même procéder à un échange de vue avec elle (art. 10). Cette coopération, rudimentaire en raison de l'absence d'une organisation chargée de la mettre en oeuvre, n'a guère fonctionné dans la pratique.

La Commission a dû tirer les leçons de cet échec. Elle a vu le profit qu'elle pouvait espérer de l'institution dans chaque Etat contractant, prévue par de nombreuses Conventions récentes<sup>64</sup>, d'une Autorité centrale chargée de cette coopération, mais elle a aussi vu le danger d'un excès de bureaucratie dont le double effet serait de paralyser la protection de l'enfant et surtout de décourager les Etats, sur lesquels en reposerait le poids, de ratifier la future Convention. Ce dernier danger était d'autant plus sérieux que le nombre d'enfants dont la protection serait assurée par la future Convention était sans proportion avec celui des enfants concernés par les Conventions sur les enlèvements d'enfants ou sur les adoptions internationales.

137 La Commission a opté pour l'institution dans chaque Etat contractant d'une Autorité centrale qui serait en quelque sorte le point fixe qui pourrait être contacté par les autorités des autres Etats contractants, qui pourrait répondre à leurs demandes, mais à qui aucune obligation d'initiative, aucune obligation d'information ou de concertation préalables à la prise de mesures ne serait en principe imposée (art. 29 à 32), sauf dans un cas (art. 33). Parallèlement au rôle ainsi reconnu à l'Autorité centrale, la Convention a prévu assez largement la possibilité de communications et demandes directes d'informations entre les autorités d'Etats contractants différents appelées à prendre des mesures de protection (art. 34 à 37), ainsi que la possibilité de conclure entre eux des accords pour faciliter cette coopération (art. 39).

Le fonctionnement de la coopération prévue par la Convention occasionnera certains frais. L'article 38, issu d'une proposition du Canada, inspirée de l'article 26 de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, prévoit que chaque Autorité centrale supportera en principe ses propres frais (v. *infra*, No 152).

64 Conv. 15 novembre 1965 (signification des actes); 18 mars 1970 (obtention des preuves); 25 octobre 1980 (enlèvement d'enfants); 29 mai 1993 (adoption). Ce mécanisme a été copié par d'autres institutions internationales, notamment par le Conseil de l'Europe, v. Conv. 20 mai 1980 (exécution des décisions en matière de garde). Cf. Droz, „Evolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye“, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 129 et s.



*Article 29 (institution d'une Autorité centrale)*

138 Cet article fait aux Etats contractants obligation de désigner une Autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la Convention et prévoit la possibilité de désigner plusieurs Autorités centrales pour les Etats à système non unifié. Il est rédigé sur le modèle des articles 6 des Conventions du 25 octobre 1980 et du 29 mai 1993. La suggestion de permettre la création de plusieurs Autorités centrales dans les Etats à système unifié n'a pas été retenue.

*Article 30 (obligation générale de coopération)*

139 Les Autorités centrales ont une mission générale de coopération et d'information. L'article 30 est l'équivalent des articles 7 des deux Conventions précitées. Les informations à fournir sur demande porteront sur la législation en vigueur et sur les services disponibles dans l'Etat considéré en matière de protection des mineurs. Certains délégués ont exprimé la crainte que les Autorités centrales ne soient utilisées comme service de consultation législative générale par les autorités des autres Etats, mais ce danger ne paraît pas s'être réalisé dans l'application des autres conventions connaissant la même disposition.

*Article 31 (communications, médiation, localisation)*

140 L'article 31 est un texte assez composite qui énumère certaines tâches que l'Autorité centrale doit remplir, „soit directement, soit avec le concours d'autorités publiques ou d'autres organismes“. Le texte, à dessein, ne qualifie pas ces organismes. La Commission spéciale avait en effet rejeté une proposition du Service social international qui aurait limité la possibilité de délégation de l'Autorité centrale aux „organismes professionnels désignés“ et n'a pas davantage retenu la suggestion de limiter cette possibilité, comme dans la Convention de 1993 sur l'adoption (art. 9), aux „organismes dûment agréés dans leur Etat“. Si la condition d'un agrément ou d'un professionnalisme, plus généralement d'un contrôle formel, se comprend en matière d'adoption, en revanche, lorsqu'il s'agit, de façon très générale, de la protection des mineurs, il n'est pas souhaitable de se priver par avance des services d'associations qui ont fait la preuve de leur utilité dans le domaine qui est le leur, même si elles n'ont pas demandé d'agrément et même si elles ne répondent pas aux critères du professionnalisme. Bien entendu le rejet de la proposition n'exclut nullement que l'Autorité centrale ait recours à des organismes d'une compétence aussi indiscutée que celle du Service social international.

141 La première tâche incombant à l'Autorité centrale dans le cadre de cet article est de „a faciliter les communications et offrir l'assistance prévues aux articles 8 et 9 et au présent chapitre“. Le second membre de phrase „et offrir l'assistance“ a été inséré à la demande du Service social international, en vue d'élargir le rôle de l'Autorité centrale dans le cas où elle dispose d'éléments d'information qu'elle pourrait alors transmettre en même temps qu'elle „facilitera les communications“.

La seconde tâche est de „b faciliter par la médiation, la conciliation ou tout autre mode analogue, des ententes à l'amiable sur la protection de la personne ou des biens de l'enfant, dans les situations auxquelles s'applique la Convention“. L'encouragement apporté aux modes de règlement amiable des litiges concernant les enfants est limité par le dernier membre de phrase de l'alinéa b aux situations internationales, par souci de ne pas s'immiscer dans la solution des situations internes à chaque Etat.

Enfin l'article 31 assigne à l'Autorité centrale la tâche de prendre les mesures pour „c) aider, sur demande d'une autorité compétente d'un autre Etat contractant, à localiser l'enfant lorsqu'il paraît que celui-ci est présent sur le territoire de l'Etat requis et a besoin de protection“. Cette disposition, inspirée d'une initiative canadienne dite „Projet retour international“ qui a fait ses preuves en Amérique du Nord, devrait faciliter la localisation des enfants enlevés, fugueurs ou plus généralement en difficulté.

*Article 32 (demande de rapport ou de mesures)*

142 Cet article, inséré à la demande de la délégation australienne (Doc. trav. No 30) est un peu le diminutif de l'article 9. Il envisage le cas où une Autorité, centrale ou non, d'un Etat avec lequel l'enfant a un lien étroit se préoccupe du sort de cet enfant qui a sa résidence habituelle ou qui est présent dans un autre Etat contractant, et adresse à l'Autorité centrale de cet Etat une demande motivée à l'effet de lui fournir un rapport sur la situation de l'enfant ou de prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. L'article 32 habilite l'Autorité centrale requise à répondre

à cette demande, soit directement, soit avec le concours d'Autorités publiques ou d'autres organismes, mais elle ne lui en fait pas obligation.

*Article 33 (placement transfrontière)*

143 Cet article, déjà mentionné à propos de l'article 23, paragraphe 2 *f*, institue la seule procédure de consultation obligatoire prévue par la Convention. Elle se produit lorsque l'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 envisage le placement de l'enfant dans une famille d'accueil, un établissement ou une institution, ou encore son recueil légal par *kafala*, et que ce placement doit avoir lieu à l'étranger dans un autre Etat contractant. Cette consultation donne un pouvoir de contrôle sur la décision à l'autorité de l'Etat d'accueil et permet de régler par avance les conditions de séjour de l'enfant dans l'Etat d'accueil, notamment au regard des lois sur l'immigration en vigueur dans cet Etat, ou encore la répartition des frais occasionnés par l'exécution de la mesure de placement<sup>65</sup>. Le texte précise que la consultation se fera avec l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de l'Etat d'accueil, et qu'elle se manifesterá par la fourniture à cette autorité d'un rapport sur la situation de l'enfant et les motifs de la proposition de placement.

Le paragraphe 2 de l'article 33 précise que la mesure de placement ne peut être prise par l'Etat requérant qu'après son approbation par l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de l'Etat requis. Le non-respect de cette procédure de consultation préalable est sanctionné par le refus de reconnaissance de la mesure de placement (art. 23, paragraphe 2 *f*, v. *supra*).

*Article 34 (fournitures d'informations concrètes sur un enfant déterminé)*

*Paragraphe premier*

144 Ce texte habilite l'autorité compétente d'un Etat contractant, lorsqu'elle envisage de prendre une mesure de protection, à demander à toute autre autorité d'un autre Etat contractant qui détient des informations utiles pour la protection de l'enfant de les lui communiquer. Bien que la lettre du texte ne le précise pas expressément, il est clair que les autorités dont il est ici question sont uniquement des autorités publiques, les seules d'ailleurs dont la Convention envisage qu'elles puissent prendre des mesures de protection, et non des associations ou des organisations non gouvernementales.

Cette possibilité de demander des informations se justifie d'elle-même, mais quelques précautions ont été prises pour éviter les dangers d'une collecte incontrôlée d'informations. L'intérêt supérieur de l'enfant doit là encore servir de guide, tant à l'autorité requérante qu'à l'autorité requise. Ainsi, c'est uniquement „si la situation de l'enfant l'exige“ que la demande d'informations est autorisée. C'est à l'autorité requérante d'apprécier cette condition et, dans la motivation de sa demande d'informations, de faire apparaître qu'elle est remplie. Dans le même esprit, l'article 37 interdit une telle demande si elle devait mettre en danger la personne ou les biens de l'enfant ou constituer une menace grave pour la liberté ou la vie d'un membre de sa famille. Le même article 37 édicte une interdiction symétrique à l'autorité requise de transmettre les informations demandées si cette transmission fait courir les mêmes risques à l'enfant ou aux membres de sa famille.

Bien que le texte ne l'exprime pas formellement, il doit être admis que l'autorité requise n'est jamais tenue de fournir les informations demandées. Elle doit disposer d'un pouvoir propre d'appréciation et la Commission a refusé une proposition (Doc. trav. No 99) qui voulait l'obliger à motiver par écrit sa décision de refus. Il est d'ailleurs possible que sa loi interne ne lui permette pas de déférer à la demande de renseignements, notamment lorsque celle-ci se heurterait aux règles de cette loi sur le secret professionnel.

*Paragraphe 2*

145 Le paragraphe premier laisse à toute autorité compétente d'un Etat contractant la possibilité de s'adresser à toute autorité d'un autre Etat contractant pour lui demander les renseignements dont elle a besoin. Cette souplesse de fonctionnement peut être avantageuse, mais elle peut aussi entraver le fonctionnement de la coopération souhaitée si l'autorité requise ne peut identifier commodément l'autorité requérante ni apprécier sa qualité pour adresser une telle demande. Aussi le paragraphe 2, suivant en cela une proposition de la délégation slovaque (Doc. trav. No 14), prévoit-il la possibilité

<sup>65</sup> V. *infra*, sous l'article 38.

pour un Etat contractant de faire une déclaration selon laquelle les demandes prévues au paragraphe premier ne pourront être acheminées que par son Autorité centrale.

Dans les rapports entre Etats parties à la *Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, l'acheminement des demandes prévues à ce chapitre pourrait suivre les canaux prévus par cette Convention. La solution est évidente et la Commission a jugé qu'il n'y avait pas lieu de le rappeler par une disposition expresse dans cette Convention.

*Article 35 (assistance à la mise en œuvre des mesures, droit de visite)*

*Paragraphe premier*

146 Ce paragraphe prévoit l'assistance mutuelle entre autorités compétentes des Etats contractants pour la mise en œuvre des mesures de protection. Cette assistance sera souvent nécessaire, notamment en cas de déplacement de l'enfant ou de placement de celui-ci dans un établissement approprié situé dans un Etat autre que celui qui a pris la mesure de placement.

Le texte mentionne particulièrement cette assistance pour assurer l'exercice effectif d'un droit de visite déjà accordé, ainsi que du droit de maintenir des contacts directs réguliers. En ce qui concerne le droit de visite, cette coopération entre autorités locales des Etats contractants vient en quelque sorte compléter et renforcer la coopération pas toujours efficace prévue aux mêmes fins entre Autorités centrales des Etats contractants par l'article 21 de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. Quant aux contacts réguliers, leur maintien est prévu par l'article 10 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, ainsi mis en œuvre par la future Convention.

*Paragraphes 2 à 4 (attribution d'un droit de visite)*

147 Ces paragraphes, dont l'origine remonte à une proposition du Bureau Permanent présentée en Commission spéciale, relayée pendant la Session diplomatique par des propositions des délégations suisse, américaine et irlandaise (Doc. trav. Nos 43, 96 et 100), concerne l'assistance en matière d'attribution d'un droit de visite.

L'hypothèse envisagée est celle d'un parent qui demande l'attribution d'un droit de visite, alors qu'il réside dans un Etat autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant. Les autorités de l'Etat de résidence de ce parent ne sont normalement pas compétentes, en vertu des articles 5 à 10, pour accorder ce droit de visite, mais ce sont elles qui sont le mieux à même de recueillir les informations sur l'aptitude de ce parent à exercer ce droit de visite. Aussi le paragraphe 2 permet-il à ce parent de leur demander de recueillir ces informations et de se prononcer sur son aptitude à exercer ce droit et sur les conditions dans lesquelles il pourrait l'exercer. Ces autorités ne sont pas compétentes pour accorder le droit de visite, mais elles peuvent en quelque sorte délivrer un brevet d'aptitude au parent demandeur, dont l'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 devra tenir compte avant de se prononcer sur le droit de visite.

148 Cette autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 pourra même, selon le paragraphe 3, suspendre la procédure jusqu'à l'achèvement de la procédure prévue au paragraphe précédent. Cette possibilité de suspension de la procédure sera particulièrement utile en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat et de demande de modification<sup>66</sup> ou suppression du droit de visite présentée dans l'Etat de la nouvelle résidence habituelle. Mais ces mécanismes de consultation doivent rester facultatifs, afin de ne pas alourdir les procédures et les rendre inutilement onéreuses. La Commission a dans cet esprit refusé d'imposer à l'autorité de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant, saisie d'une demande de modification ou suppression du droit de visite, de suspendre la procédure pour permettre au parent résidant dans un autre Etat d'engager la procédure prévue au paragraphe 2.

<sup>66</sup> Il existe dans le paragraphe 3 une légère discordance entre les textes anglais et français. Là où le texte français parle d'une demande tendant à „modifier ou supprimer“ le droit de visite, le texte anglais emploie les verbes „to restrict or terminate“. Le texte français, plus large, paraît mieux correspondre à l'esprit de la disposition et à l'intention de ses auteurs.

149 Pour éviter tout hiatus dans la protection de l'enfant, le paragraphe 4 prévoit que l'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 pourra prendre des mesures provisoires jusqu'au terme de la procédure prévue au paragraphe 2.

*Article 36 (enfant en grave danger)*

150 Cet article, introduit sur proposition de la délégation de l'Irlande, se rapporte à l'hypothèse dans laquelle les autorités compétentes d'un Etat contractant, qui ont pris ou vont prendre une mesure de protection d'un enfant exposé à un grave danger (maladie imposant un traitement constant, drogue, influence maléfique d'une secte, par ex.), sont informées du changement de résidence ou de la présence de l'enfant dans un autre Etat. Ces autorités ont alors l'obligation d'aviser les autorités de cet autre Etat de ce danger et des mesures prises ou en cours d'examen. Sur proposition de la délégation du Burkina Faso (Doc. trav. No 83), cette obligation d'information a été étendue au cas où l'enfant serait présent dans un Etat non contractant.

Cette disposition, pour fonctionner, présuppose évidemment que les autorités du premier Etat soient informées de la présence de l'enfant dans le second, ce qui limite sa portée pratique. Mais rien n'empêche les autorités du premier Etat de recourir d'abord, en tout cas lorsque l'enfant se trouve dans un autre Etat contractant, à la demande de localisation de l'enfant sur la base de l'article 31 c, puis à l'information prévue à cet article 36.

*Article 37 (informations faisant courir un risque à l'enfant)*

151 A plusieurs reprises, à l'occasion de la discussion des articles de ce chapitre prévoyant la demande ou la transmission d'informations relatives à l'enfant, et notamment des articles 32, 34 et 36, il a été observé que ces demande ou transmission pourraient mettre en danger la personne ou les biens de l'enfant ou constituer une menace grave pour la liberté ou la vie d'un membre de sa famille. L'article 37 tient compte de ces observations et prescrit à l'autorité qui serait d'avis qu'un tel risque existe de ne pas demander ou transmettre d'informations.

*Article 38 (frais)*

152 Le fonctionnement des mécanismes de coopération a un coût et l'article 38<sup>67</sup> pose la règle, que l'on trouve déjà sous une forme un peu différente dans la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (art. 26), selon laquelle les Autorités centrales et les autres autorités publiques des Etats contractants supportent leurs frais découlant de l'application du chapitre V. L'expression „autorités publiques“ désigne les autorités administratives des Etats contractants, et non les tribunaux. Ainsi, les frais de justice et plus généralement les frais de procédure et notamment d'avocats ne sont pas compris dans cet article. Sont au contraire compris, en plus évidemment des frais fixes de fonctionnement des autorités, les frais de correspondance et transmissions, de recherche d'informations diverses et de localisation d'un enfant, d'organisation de médiation ou d'ententes à l'amiable, ainsi que les frais de mise en oeuvre de mesures prises dans un autre Etat, notamment les mesures de placement<sup>68</sup>.

Toutefois, le paragraphe reconnaît aux autorités d'un Etat le droit de „réclamer des frais raisonnables correspondant aux services fournis“, qui peuvent être, par exemple, la localisation d'un enfant, la délivrance d'informations ou de certificats, l'assistance au retour de l'enfant. Les termes employés laissent penser que cette „réclamation“ peut être une demande de remboursement de frais déjà engagés ou une demande de provision avant la fourniture du service, l'une ou l'autre demande devant être formulée avec une certaine modération. En outre, le paragraphe 2 prévoit la possibilité pour les Etats contractants de conclure entre eux des accords sur la répartition de ces frais.

*Article 39 (accords entre Etats contractants)*

153 Cet article, dont on trouve l'équivalent dans l'article 39, paragraphe 2, de la *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, prévoit la possibilité pour des Etats contractants de conclure entre eux des accords facilitant l'application du chapitre sur la coopération. Il s'agit ici, dans l'esprit du texte, d'accords qui renforcent

<sup>67</sup> Issu d'une proposition de la délégation canadienne (Doc. trav. No 109, modifié par Doc. trav. No 115).

<sup>68</sup> La Commission a rejeté une proposition de la délégation belge (Doc. trav. No 116) tendant à mettre les frais des mesures de placement prévues à l'article 3 e, à la charge de l'Etat ayant ordonné la mesure et non de l'Etat qui la met en oeuvre.

la coopération prévue par ce chapitre, par exemple en rendant obligatoires certaines de ses dispositions.

## **Chapitre VI – Dispositions générales**

### *Article 40 (certificat international)*

154 L'utilité pour la pratique d'un certificat international mentionnant le titulaire de l'autorité parentale et ses pouvoirs a été défendue par l'Union internationale du Notariat latin qui a invoqué le précédent de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions*. Qu'il s'agisse de la personne de l'enfant et plus encore de ses biens, la pratique a besoin de sécurité. Un certificat qui aurait force probante et serait reconnu dans tous les Etats contractants permettrait d'éviter frais et contestations.

La Commission a accueilli cette idée, mais n'a pas voulu contraindre les Etats contractants qui ne le voudraient pas à délivrer un tel certificat (paragraphe 1). Le certificat prévu à l'article 40 a donc un caractère facultatif. L'Etat dont les autorités sont compétentes pour délivrer le certificat est celui de la résidence habituelle de l'enfant ou l'Etat d'origine d'une mesure de protection. Il appartient à chaque Etat qui accepte le principe du certificat de désigner les autorités qui seront habilitées à l'établir (paragraphe 3). Ces autorités ne seront généralement pas celles qui ont pris la mesure. Ce pourra être une personne physique, par exemple un notaire, ou une institution.

Le certificat sera délivré „au titulaire de la responsabilité parentale ou à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'enfant, à sa demande“ (paragraphe 1). Cette personne sera donc en mesure de produire le certificat lorsqu'elle voudra se prévaloir de sa qualité auprès des tiers.

Le certificat indiquera qui est le titulaire de la responsabilité parentale, que celle-ci résulte de plein droit de la loi applicable en vertu de l'article 16, ou d'une mesure de protection prise par une autorité compétente selon le chapitre II. Il indiquera également les pouvoirs du titulaire de la responsabilité parentale. Le cas échéant, le certificat pourra, de façon négative, indiquer les pouvoirs que ce titulaire ne possède pas. Par exemple il pourra mentionner que le représentant légal d'un enfant ayant sa résidence habituelle aux Etats-Unis n'a pas le pouvoir d'administrer les biens que l'enfant possède dans un Etat étranger.

155 Selon le paragraphe 2 de l'article 40, „la qualité et les pouvoirs indiqués par le certificat sont tenus pour établis, sauf preuve contraire“. Il sera donc possible à tout intéressé de contester l'exactitude des indications figurant au certificat, mais en l'absence de contestation, les tiers pourront en toute sécurité traiter avec la personne indiquée par le certificat et dans les limites des pouvoirs qui y sont mentionnés.

### *Article 41 (protection des données personnelles)*

156 Cet article reprend en substance la disposition figurant à l'article 31 de la Convention du 29 mai 1993 sur l'adoption<sup>69</sup>. La protection des données personnelles, surtout lorsqu'elles sont informatisées, est d'ailleurs un objectif général commun aux Etats modernes. Comme il a été indiqué sous l'article 2 (*supra*), cette protection doit continuer à être assurée après que l'enfant a atteint l'âge de 18 ans.

### *Article 42 (confidentialité des informations)*

157 Ce texte prescrit aux autorités auxquelles des informations ont été transmises d'en assurer la confidentialité conformément à la loi de leur Etat. Cette disposition est le résultat d'un compromis. Certaines délégations auraient souhaité assurer par là la protection des informateurs, dont on a pu dire qu'ils seraient extrêmement discrets s'ils devaient être appelés à répondre des informations fournies. D'autres délégations ont fait valoir en sens inverse qu'on ne pouvait prendre des mesures qui peuvent priver l'un des parents de sa responsabilité parentale ou même d'un droit de visite sur la base d'informations contre lesquelles ce parent n'aurait pu se défendre. Le compromis a consisté à soumettre le degré de protection de la confidentialité à la loi de l'Etat de l'autorité destinataire des informations.

69 V. sur cet article le Rapport de M. Parra-Aranguren, *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome II, p. 632.

*Article 43 (dispense de légalisation)*

158 La dispense de légalisation ou de toute formalité analogue est prévue par d'autres Conventions<sup>70</sup> mais non par celle du 29 mai 1993 sur l'adoption. Diverses propositions soumises à la Session diplomatique, faisant état des fraudes nombreuses en matière d'actes de l'état civil<sup>71</sup>, tendaient à la suppression pure et simple de cet article, ou au moins à la formulation d'exceptions au principe de dispense de la légalisation. Elles ont toutes été repoussées, ce qui n'exclut en rien la possibilité pour l'autorité devant laquelle des documents sont produits et qui lui paraîtraient suspects de demander des renseignements à leur sujet.

La dispense de légalisation s'étend à tous les „documents transmis ou délivrés en application de la Convention“, c'est-à-dire à toutes les informations écrites fournies, aux décisions judiciaires et administratives ainsi qu'aux certificats délivrés conformément à l'article 40.

*Article 44 (désignation des autorités)*

159 Cet article vient d'une proposition de la délégation britannique (Doc. trav. No 2) destinée à faciliter le fonctionnement des articles auxquels il se réfère, en permettant à l'autorité requérante d'un Etat contractant de savoir à quelle autorité s'adresser dans l'Etat requis lorsqu'il est envisagé un transfert de compétence vers un for plus approprié (art. 8 et 9) ou un placement à l'étranger (art. 33). Mais cette désignation est facultative pour les Etats contractants qui, en raison de la variété et du grand nombre des autorités pouvant être saisies selon les situations, ne seraient souvent pas en état de fournir des listes complètes.

*Article 45 (destinataires des communications et déclarations)*

160 Ce texte indique à qui doivent être communiquées les déclarations des Etats faites en application de la Convention. Il fait apparaître une répartition des tâches entre le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye et le dépositaire de la Convention.

*Articles 46 à 49 (clauses fédérales)*

161 Ces articles contiennent les clauses dites fédérales concernant l'application de la Convention dans les Etats dont le système de droit n'est pas unifié. Ces clauses sont devenues usuelles dans les Conventions de La Haye depuis une trentaine d'années, mais elles se perfectionnent de Convention en Convention et leur rédaction doit s'adapter à l'objet de chaque Convention. Comme il a été indiqué dans l'introduction de ce rapport, un groupe de travail spécifique placé sous la présidence de Mme Alegría Borrás, déléguée de l'Espagne, a été chargé, au cours de la Session diplomatique, de préparer des projets d'articles (Doc. trav. No 111), lesquels ont été adoptés presque sans modifications par la Commission. L'article 46 concerne les situations ne donnant lieu qu'à des conflits internes à un Etat contractant, les articles 47 et 48 envisagent l'application de la Convention au regard des Etats connaissant des conflits de lois interterritoriaux, tandis que l'article 49 fait de même pour les Etats connaissant des conflits de lois interpersonnels.

*Article 46 (non-application de la Convention aux conflits internes)*

162 La Convention est destinée à régler les conflits internationaux d'autorités et de lois en matière de protection des enfants. Un Etat contractant dans lequel s'appliquent en la matière des systèmes de droit différents pourrait, s'il le désirait, appliquer la Convention à la solution de ces conflits, mais cet article précise qu'il n'y est nullement tenu<sup>72</sup>. Il convient de préciser que les conflits internes à l'Etat contractant auxquels se rapporte cet article peuvent être aussi bien des conflits interterritoriaux que des conflits interpersonnels.

<sup>70</sup> V. notamment article 23, Convention 25 octobre 1980 (enlèvement d'enfants).

<sup>71</sup> V. le Rapport de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) rédigé par Mme Isabelle Guyon-Renard sous le titre „La fraude en matière d'état civil dans les Etats membres de la CIEC“, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1996.541 et s.

<sup>72</sup> La même règle se trouve dans diverses Conventions de La Haye, notamment Conv. Intermédiaires 14 mars 1978, article 20; Conv. Régimes matrimoniaux 14 mars 1978, article 18; Conv. Vente 22 décembre 1986, article 20; Conv. Enlèvement d'enfants 25 octobre 1980, article 33; Conv. Successions 1er août 1989, article 21; Conv. Adoption 29 mai 1993, article 38.

*Article 47 (conflits interterritoriaux, règles générales)*

163 Cet article, comme le suivant, indique comment appliquer la Convention au regard d'un Etat comprenant plusieurs unités territoriales auxquelles s'appliquent des systèmes de droit ou ensembles de règles différents.

L'objet de cet article est purement technique. Il s'agit de clarifier les modalités d'application de la Convention dans les Etats fédéraux ou semi-fédéraux et nullement, comme avaient pu le craindre certaines délégations, d'obliger par exemple un Etat contractant A qui ne reconnaîtrait pas la souveraineté que l'Etat contractant B prétendrait exercer sur une certaine entité territoriale à reconnaître les décisions qui auraient été prises par l'Etat B dans ladite entité territoriale. Il s'agirait là d'un problème de droit international public auquel la Convention est totalement étrangère.

164 L'article 47 donne les règles générales, pouvant s'appliquer aussi bien aux questions de compétence des autorités, de loi applicable et de reconnaissance des mesures de protection, mais, pour ce qui concerne la détermination de la loi applicable, son domaine d'application est fortement amputé par l'article 48 qui édicte des règles spéciales sur ce point.

L'idée générale qui inspire l'article 47 et dont on trouve des précédents dans d'autres Conventions<sup>73</sup>, est, pour les Etats fédéraux et semi-fédéraux, de localiser les éléments spatiaux de rattachement retenus par la Convention dans l'unité territoriale desdits Etats où ils sont effectivement localisés. Ainsi en est-il de la résidence habituelle de l'enfant, de sa présence, de la situation de ses biens, ou encore du lien étroit qu'il peut présenter avec un Etat ou du lieu de son déplacement ou de sa rétention (chiffres 1, 2, 3, 6 et 7). De même, la référence à une autorité, une loi ou une procédure doit être référée à l'autorité habilitée, à la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité territoriale concernée (chiffres 8 à 10). La difficulté principale a concerné la référence à l'Etat dont l'enfant possède la nationalité (*cf.* art. 8, paragraphe 2, *litt. a*). L'article 47, chiffre 4 indique qu'une telle référence vise „l'unité territoriale désignée par la loi de cet Etat ou, en l'absence de règles pertinentes, l'unité territoriale avec laquelle l'enfant présente le lien le plus étroit“.

*Article 48 (conflits interterritoriaux, règles spéciales sur la loi applicable)*

165 Une brève étude comparative des récentes Conventions de La Haye montrerait que les systèmes les plus divers ont été retenus pour déterminer la loi de l'unité territoriale applicable lorsque la règle de conflit de la Convention désigne la loi d'un Etat connaissant des conflits interterritoriaux de lois. Certaines Conventions procèdent à une désignation directe de l'unité territoriale dont la loi sera applicable<sup>74</sup>. D'autres se réfèrent principalement aux règles de conflit internes de l'Etat concerné, subsidiairement à la loi de l'unité territoriale avec laquelle la situation a les liens les plus étroits<sup>75</sup> ou à la loi d'une unité territoriale déterminée directement<sup>76</sup>. L'article 48 de la présente Convention retient ce dernier système. L'unité territoriale dont la loi est applicable est celle qui est identifiée par les règles en vigueur dans l'Etat concerné, sinon celle qui est définie selon les dispositions de l'article 47. Ainsi, lorsque l'article 16 désigne la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant pour régir l'attribution de la responsabilité parentale de plein droit et que cet Etat comprend plusieurs unités territoriales soumises à des lois différentes, il faudra d'abord rechercher s'il existe dans le droit de cet Etat des règles permettant d'identifier l'unité territoriale dont la loi est applicable, et, à défaut de telles règles, appliquer, conformément à l'article 47, chiffre 1, la loi de l'unité territoriale dans laquelle l'enfant a sa résidence habituelle.

*Article 49 (conflits interpersonnels, loi applicable)*

166 A la différence des articles 47 et 48, l'article 49 envisage les Etats connaissant des conflits interpersonnels, c'est-à-dire les Etats comprenant divers systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à des catégories différentes de personnes. Toutes les Conventions de La Haye qui se préoccupent de déterminer la loi applicable lorsque les règles de conflit qu'elles édictent désignent la loi

73 V. Conv. Enlèvement d'enfants 25 octobre 1980, article 31; et surtout Conv. Adoption 29 mai 1993, article 36.

74 V. Conv. Intermédiaires 14 mars 1978, article 19; Conv. Régimes matrimoniaux 14 mars 1978, article 17; Conv. Mariage 14 mars 1978, articles 18 et 19; Conv. Vente 22 décembre 1986, article 19; Conv. Enlèvement d'enfants 25 octobre 1980, article 31 *b*; Conv. Trust 1er juillet 1985, article 23; Conv. Adoption 29 mai 1993, article 36 *b*.

75 Conv. Aliments, loi applicable 2 octobre 1973, article 16.

76 V. Conv. Régimes matrimoniaux 14 mars 1978, article 16; Conv. Successions 1er août 1989, article 19, paragraphe 2.

d'un Etat de ce type s'en remettent aux règles de conflit internes de cet Etat. Certaines s'en tiennent là sans donner de solution dans le cas où de telles règles n'existent pas dans l'Etat concerné<sup>77</sup>. D'autres comblent cette lacune et s'en remettent, à défaut de telles règles, à la loi des liens les plus étroits<sup>78</sup>. L'article 49 de cette Convention adopte ce dernier système. En l'absence de règles en vigueur dans l'Etat concerné identifiant la loi applicable, la loi du système ou de l'ensemble de règles avec lequel l'enfant présente le lien le plus étroit s'applique.

*Articles 50 à 52 (conflits de conventions)*

167 Ces trois articles ont comme point de commun de régler certains conflits pouvant naître de la coexistence de cette Convention avec d'autres plus anciennes et nommément désignées (art. 50 et 51) ou indéterminées (art. 52).

*Article 50 (primauté de la Convention Enlèvement d'enfants)*

168 La primauté de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* sur la *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* était déjà énoncée dans l'article 34 de la Convention de 1980 et il était cohérent d'étendre cette primauté vis-à-vis de la nouvelle Convention, appelée à remplacer celle de 1961. Quand un enfant a été déplacé illicitement, la priorité demeure celle d'assurer son retour immédiat et c'est seulement après ce retour que pourront s'engager des débats sur le fond des mesures de protection. Les discussions qui ont précédé l'adoption de l'article 7 (v. *supra*) ont fait apparaître, dès les premières réunions de la Commission spéciale, l'accord des Etats représentés à la Dix-huitième session pour maintenir cette primauté de la Convention de 1980.

L'article 50, issu d'une proposition de la délégation suisse (Doc. trav. No 104), l'exprime clairement. La deuxième phrase de l'article 50 a pour signification de laisser cependant s'appliquer la présente Convention si, dans un cas particulier, ses dispositions devaient permettre mieux que celles de la Convention de 1980 d'assurer le retour de l'enfant ou d'organiser le droit de visite.

Cet article concerne uniquement les rapports entre les Etats qui seront parties à la fois à la nouvelle Convention et à celle de 1980. Les rapports entre les Etats qui seront parties à la nouvelle Convention sans l'être à celle de 1980, mais en l'étant à des conventions ayant un objet similaire, ne sont pas envisagés ici, mais seulement à l'article 52 (v. *infra*).

*Article 51 (remplacement des Conventions de 1902 et de 1961)*

169 Cet article, issu d'une proposition de la délégation suisse (Doc. trav. No 55), énonce en termes simples le remplacement dans les rapports entre Etats contractants des anciennes Conventions du 12 juin 1902 et 5 octobre 1961 par la présente Convention<sup>79</sup>, sous la réserve que ce remplacement ne doit pas faire obstacle à la reconnaissance des mesures prises antérieurement en application de la Convention du 5 octobre 1961. En d'autres termes, des mesures prises conformément à l'article 4 de la Convention du 5 octobre 1961 par les autorités de l'Etat contractant dont l'enfant avait la nationalité devront toujours être considérées dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant comme ayant été prises par des autorités compétentes, même si entre-temps les deux Etats concernés sont devenus parties à la nouvelle Convention. Il reste toutefois que la transition d'une Convention à l'autre donnera lieu à des difficultés que ce texte ne résout pas, mais sur lesquelles un document du Bureau Permanent (Doc. trav. No 15) avait opportunément attiré l'attention<sup>80</sup>. Si par exemple la résidence habituelle d'un enfant change de l'Etat A à l'Etat B, tous deux anciennement parties à la Convention de 1961 mais devenus à l'époque du changement parties à la nouvelle Convention, celle-ci devrait logiquement s'appliquer dans leurs rapports mutuels. Mais si l'enfant a la nationalité d'un Etat C, partie à la Convention de 1961 mais non à la nouvelle, la Convention de 1961 continuera à lier les Etats A et B à l'Etat C qui pourra, en revendiquant la compétence de ses autorités ou le respect du rapport d'autorité *ex lege*

77 V. Conv. Mariage 14 mars 1978, article 20; Conv. Enlèvement d'enfants 25 octobre 1980, article 32; Conv. Adoption 29 mai 1993, article 37.

78 Conv. Aliments, loi applicable 2 octobre 1973, article 16; Conv. Successions 1er août 1989, article 20; comp. Conv. Régimes matrimoniaux 14 mars 1978, article 19.

79 V., pour des dispositions comparables, Conv. Mineurs 5 octobre 1961, article 18; Conv. Aliments exécution 2 octobre 1973, article 29; Conv. Aliments loi applicable 2 octobre 1973, article 18; Conv. Vente 22 décembre 1986, article 28.

80 Ces difficultés pourront durer longtemps, puisqu'on ne peut exclure que la Convention de 1961 soit encore ratifiée par de nouveaux Etats. La Commission n'a pas retenu l'idée d'exclure la possibilité de nouvelles ratifications.



résultant de sa loi, bloquer l'application de la nouvelle Convention dans les rapports entre les Etats A et B. La seule issue serait peut-être pour ces Etats de dénoncer la Convention de 1961, ce que l'article 51 préférerait cependant éviter en organisant une période de transition.

*Article 52 (conflits avec d'autres conventions, clause de déconnexion)*

170 Cet article est le fruit de très longues et difficiles discussions qui se sont déroulées au cours de la Session diplomatique. La difficulté venait de ce que les Etats membres de l'Union européenne, qui sont aussi membres de la Conférence de La Haye, voulaient, comme il a été indiqué *supra* à propos de l'article 10, que leur soit laissée la possibilité de négocier entre eux une convention qui contiendrait des règles sur la compétence des autorités et la reconnaissance des décisions en matière de protection des enfants, notamment en cas de divorce<sup>81</sup>. Mais d'un autre côté, les autres Etats membres souhaitaient éviter que la liberté reconnue à certains Etats contractants de conclure entre eux et avec des Etats tiers une convention séparée n'ait pour résultat d'affaiblir la Convention de La Haye et notamment les obligations que les Etats contractants et parties à la convention séparée auraient contractées envers eux du fait de la Convention de La Haye. Le texte finalement adopté fait droit aux demandes des Etats européens tout en apaisant les craintes des autres Etats membres de la Conférence.

*Paragraphe premier*

171 Ce paragraphe concerne uniquement les accords antérieurs. Il est conforme aux clauses usuelles de compatibilité qu'on trouve dans de nombreuses conventions, sauf pour le dernier membre de phrase. La nouvelle Convention réserve l'application des accords antérieurs conclus par des Etats contractants, sauf si les Etats parties à de tels accords font une déclaration en sens contraire.

*Paragraphe 2*

172 Ce paragraphe 2 a directement en vue la Convention en cours de négociation entre les Etats membres de l'Union européenne, mais il est rédigé en termes généraux et peut évidemment intéresser d'autres Etats parties à la nouvelle Convention et qui voudraient conclure des accords régionaux, par exemple.

Les accords mentionnés par ce paragraphe sont ceux qui concernent „les enfants habituellement résidents dans l'un des Etats parties à de tels accords“. Les Etats européens n'ont revendiqué la possibilité de conclure entre eux un accord concernant notamment la protection des mineurs que pour les enfants ayant leur résidence habituelle sur le territoire de l'un d'entre eux. La précision figurant au texte signifie que ces Etats ont en tout cas la possibilité de conclure des accords séparés pour lesdits enfants. Mais elle ne paraît pas pouvoir être interprétée comme une limitation du pouvoir des Etats contractants de conclure des accords avec des Etats tiers. On ne comprendrait pas que cette précision interdise à des Etats contractants de conclure avec des Etats tiers des accords qui concerneraient, par exemple, les enfants ayant la nationalité des Etats parties à ces accords séparés, quel que soit le lieu de la résidence habituelle de ces enfants. D'ailleurs le paragraphe 3 ne fait plus mention de cette limitation.

*Paragraphe 3*

173 Ce paragraphe indique que les accords séparés à conclure par un ou plusieurs Etats contractants „n'affectent pas, dans les rapports de ces Etats avec les autres Etats contractants, l'application des dispositions de la présente Convention“. En d'autres termes, la liberté de conclure des accords séparés est entière, mais les Etats contractants parties à de tels accords séparés ne peuvent en aucun cas prendre argument de ces accords pour se délier de leurs obligations envers les autres Etats contractants non parties aux accords séparés.

174 Il faut reconnaître qu'une certaine ambiguïté – qui n'est peut-être pas totalement involontaire – subsiste quant aux rapports entre les paragraphes 2 et 3 de cet article 52. L'ambiguïté vient précisément de ce que la mention de la résidence habituelle des enfants sur le territoire d'un Etat partie à l'accord séparé ne figure qu'au paragraphe 2. Dès lors deux interprétations du paragraphe 3 sont possibles. La première considérerait que les restrictions contenues à ce paragraphe ne concernent que les accords qui y sont mentionnés, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas limités aux enfants ayant leur résidence

<sup>81</sup> Cf. la négociation en cours de la Convention dite Bruxelles II.

habituelle sur le territoire de l'un des Etats parties à ces accords. La seconde, qui paraît plus exacte au rapporteur et la plus conforme à la lettre du texte, serait de comprendre le paragraphe 3 comme applicable à tous les accords séparés, même à ceux limités aux enfants ayant leur résidence habituelle sur le territoire des Etats parties à ces accords.

175 Sous réserve de cette ambiguïté, la portée du paragraphe 3 peut être illustrée à l'aide de quelques exemples. S'il existe, en vertu de la Convention de La Haye, un chef de compétence au profit de l'autorité d'un Etat partie à ladite Convention mais non à l'accord séparé, les Etats contractants qui sont aussi parties à l'accord séparé doivent reconnaître que les mesures prises par ladite autorité sur la base de ce chef de compétence l'ont été par une autorité compétente, même si l'accord séparé excluait un tel chef de compétence. Réciproquement, les Etats contractants non parties à l'accord séparé ne seront pas tenus de reconnaître les mesures prises dans les autres Etats contractants parties à de tels accords sur la base d'un chef de compétence prévu par l'accord séparé mais non par la Convention de La Haye. De plus, les Etats contractants parties à l'accord séparé doivent respecter les obligations de coopération que la Convention de La Haye met à leur charge.

#### *Paragraphe 4*

176 Ce paragraphe assimile aux accords séparés les lois uniformes reposant sur l'existence entre les Etats concernés de liens spéciaux. Cette disposition intéresse particulièrement les Etats scandinaves.

#### *Article 53 (application de la Convention dans le temps)*

177 Cet article pose deux règles de droit transitoire concernant la compétence des autorités et la reconnaissance des mesures. Il résulte logiquement du paragraphe premier que les règles de compétence ne s'appliqueront dans un Etat qu'à compter de l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat. Par conséquent, les mesures prises dans un Etat contractant avant l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat, en application des règles de compétence antérieurement en vigueur, ne seront pas invalidées du fait de l'entrée en vigueur de la Convention, même si les autorités qui les ont prises ne sont plus compétentes selon la Convention. Le sort des instances pendantes sans qu'une mesure ait encore été prise à la date d'entrée en vigueur de la Convention doit être réglé par le droit national de chaque Etat contractant.

178 Le paragraphe 2 limite l'application dans le temps du chapitre IV (reconnaissance et exécution) aux mesures prises après l'entrée en vigueur de la Convention à la fois dans l'Etat d'origine des mesures et dans l'Etat requis. Bien entendu l'Etat requis peut toujours reconnaître les décisions prises antérieurement, mais ce sera en vertu de son droit national et non de la Convention.

179 L'article 53 ne pose pas de règle transitoire concernant les règles de conflit de lois de la Convention. Toutefois, la règle de conflit de l'article 15 (loi applicable aux mesures de protection) suivra la disposition de droit transitoire du paragraphe premier. En effet, pour que la règle de l'article 15 s'applique dans un Etat contractant, il faut que les autorités de cet Etat soient compétentes selon la Convention, ce qui est réglé, du point de vue du droit transitoire, par le paragraphe premier de l'article 53.

En revanche, la lacune est complète concernant le droit transitoire de la règle de conflit sur la loi applicable à la responsabilité parentale *ex lege* (art. 16). Lorsque le problème se posera dans un Etat contractant après l'entrée en vigueur de la Convention à son égard, les autorités de cet Etat appliqueront la règle de conflit de l'article 16, mais cela ne suffira pas à régler tous les problèmes. La substitution d'une règle de conflit à une autre, par exemple de la loi de la résidence habituelle à la loi nationale, pourra provoquer par exemple un changement de titulaire de la responsabilité parentale. Les problèmes de droit transitoire résultant de ce changement relèveront, dans le silence de la Convention, du droit national de chacun des Etats contractants. On peut supposer que ne sera pas remise en question dans un Etat contractant la validité des actes passés avant l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat par le titulaire de la responsabilité parentale selon la loi désignée par l'ancienne règle de conflit. Mais on ne peut conjecturer la réponse qui sera donnée par le droit national de chaque Etat contractant à la question de savoir si le nouveau titulaire de la responsabilité parentale selon la loi désignée par la nouvelle règle de conflit prendra la place du précédent ou si, par analogie avec la solution du conflit mobile donnée par l'article 16, ce nouveau titulaire s'ajoutera au précédent, jusqu'à ce que l'éventuel

conflit entre les deux soit réglé par une mesure prise par les autorités de la résidence habituelle de l'enfant.

*Article 54 (langue des communications)*

180 Cet article règle les problèmes de langue dans laquelle doivent être rédigées ou traduites les communications entre autorités. Il est la reproduction exacte de l'article 24 de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. La communication est adressée dans sa langue originale et accompagnée d'une traduction dans la langue officielle de l'Etat de l'autorité destinataire, ou à défaut en anglais ou en français. Une faculté de réserve est prévue à l'encontre de l'utilisation, soit de l'anglais, soit du français.

*Article 55 (réserve concernant les biens)*

181 La réserve prévue à cet article a été demandée par la délégation britannique et appuyée en particulier par les délégations de l'Australie et du Canada. La crainte a été exprimée par ces délégations de ne pouvoir convaincre leurs Etats respectifs de ratifier la Convention si n'était pas réservée la compétence de leurs autorités pour prendre les mesures de protection des biens ou de certains biens, spécialement immobiliers, de l'enfant sis sur leur territoire, ainsi que la possibilité de ne pas reconnaître une responsabilité parentale ou une mesure qui serait incompatible avec une mesure prise par leurs autorités par rapport à ces biens. On est ici aux frontières du droit des biens et de celui de la protection des mineurs et les exigences de la *lex situs* sont particulièrement fortes. Il a au surplus été observé que dans certains Etats fédéraux et notamment en Australie, le droit des biens est de la compétence des Etats fédérés et que l'Etat fédéral doit obtenir l'accord de ceux-ci pour ratifier la Convention.

*Article 56 (suivi de la Convention)*

182 Cet article reprend l'article 42 de la Convention du 29 mai 1993 sur l'adoption. Il n'y a qu'intérêt à ce que la Conférence organise périodiquement des réunions pour examiner le fonctionnement pratique de la Convention et, le cas échéant, fasse des suggestions pour l'améliorer. La Conférence a souvent provoqué des réunions de ce genre pour d'autres conventions qui ne l'avaient pas prévu formellement, mais l'insertion d'une disposition expresse aura valeur d'obligation pour la Conférence.

## **Chapitre VII – Clauses finales**

*Articles 57 à 63*

183 Ces articles, préparés par le Bureau Permanent (Doc. trav. No 112) et adoptés sans longue discussion sont repris des conventions précédentes, particulièrement de la Convention du 29 mai 1993 sur l'adoption. Ils traitent de la signature, ratification, acceptation ou approbation (art. 57), de l'adhésion (art. 58), de la possibilité pour les Etats comportant plusieurs unités territoriales régies par des systèmes de droit différents de déclarer auxquelles de ces unités s'appliquera la Convention (art. 59), du régime des réserves et de leur retrait (art. 60), de l'entrée en vigueur de la Convention (art. 61), de la dénonciation (art. 62) et enfin des notifications que le dépositaire de la Convention devra faire aux Etats membres de la Conférence et à ceux qui auront adhéré à la Convention (art. 63).

Les différences non liées au fond entre ces clauses et les clauses correspondantes de la Convention sur l'adoption sont minimales. Selon l'article 57, la Convention n'est ouverte qu'à la signature des Etats membres de la Conférence et non à celles des Etats qui ont participé à la Dix-huitième session. A la différence de ce qui s'était passé pour l'adoption, ces autres Etats avaient été invités à la Dix-huitième session seulement comme observateurs. Ils ont activement participé aux discussions, mais sans voix délibérative et ils pourront adhérer à la Convention en suivant la procédure prévue à l'article 58.

La différence entre les deux situations se manifeste surtout quant à la date possible de l'adhésion et à celle de sa prise d'effet. L'adhésion n'est en effet possible qu'après l'entrée en vigueur de la Convention (art. 58) et la période de trois mois à l'expiration de laquelle la Convention entre en vigueur pour les Etats ratifiant la Convention ou y adhérant après son entrée en vigueur ne commence à courir, pour chaque Etat adhérent, qu'à l'expiration du délai de six mois donné aux Etats contractants pour élever une objection à l'adhésion (v. art. 61, paragraphe 2, *litt. b*, qui manque dans la Convention sur l'adoption).

L'article 62 enfin prévoit, à la différence de la Convention sur l'adoption, que la dénonciation de la Convention peut se limiter à certaines unités territoriales auxquelles s'applique la Convention.

Paris, 15 janvier 1997.

\*

## **EXPLANATORY REPORT BY PAUL LAGARDE**

*(translation)*

### **CONTENTS OF THE REPORT**

#### **General framework, principal orientations and structure of the Convention**

#### **Article by article commentary on the Convention**

Title of the Convention

Preamble

#### **Chapter I – Scope of the Convention**

Article 1 (objects of the Convention)

Paragraph 1

Sub-paragraph a

Sub-paragraphs b and c

Sub-paragraphs d and e

Paragraph 2

Article 2 (children to whom the Convention applies)

Article 3 (enumeration of the measures of protection)

Sub-paragraph a

Sub-paragraph b

Sub-paragraph c

Sub-paragraph d

Sub-paragraph e

Sub-paragraph f

Sub-paragraph g

Article 4 (matters excluded from the scope of the Convention)

Sub-paragraph a

Sub-paragraph b

Sub-paragraph c

Sub-paragraph d

Sub-paragraph e

Sub-paragraph f

Sub-paragraph g

Sub-paragraph h

Sub-paragraph i

Sub-paragraph j

#### **Chapter II – Jurisdiction**

Article 5 (jurisdiction of the authorities of the child's habitual residence)

Paragraph 1

Paragraph 2

Article 6 (children who are refugees, displaced or without habitual residence)

Paragraph 1

Paragraph 2

Article 7 (wrongful removal or retention of the child)

Paragraph 1

Paragraph 2

Paragraph 3

Articles 8 and 9 (jurisdiction transferred to an appropriate forum or requested by one)

Article 8 (transfer of jurisdiction to an appropriate forum)

Paragraph 1

Paragraph 2

Paragraphs 3 and 4

Article 9 (jurisdiction requested by an appropriate forum)

Article 10 (the divorce court)

Paragraph 1

Paragraph 2

Articles 11 and 12 (concurrent jurisdiction of the authorities of the State of the child's presence or of the location of his or her property)

Article 11 (jurisdiction in case of urgency)

Paragraph 1

Paragraph 2

Paragraph 3

Article 12 (provisional measures of territorial effect)

Paragraph 1

Paragraph 2

Paragraph 3

Article 13 (conflicts of concurrent jurisdiction)

Paragraph 1

Paragraph 2

Article 14 (maintenance in force of the measures in case of a change of circumstances)

Final remarks

### **Chapter III – Applicable law**

Article 15 (law applicable to measures of protection)

Paragraph 1

Paragraph 2

Paragraph 3

Articles 16-18 (parental responsibility derived from the law)

Article 16 (attribution or extinction of parental responsibility)

Paragraph 1

Paragraph 2

Paragraphs 3 and 4

Article 17 (exercise of parental responsibility)

Article 18 (termination or modification of parental responsibility)

Article 19 (protection of third parties)

Article 20 (universal character of the conflicts rules)

Article 21 (renvoi and conflicts between choice of law systems)

Article 22 (public policy)

#### **Chapter IV – Recognition and enforcement**

Article 23 (recognition and grounds for refusal of recognition)

Paragraph 1

Paragraph 2

Sub-paragraph a

Sub-paragraph b

Sub-paragraph c

Sub-paragraph d

Sub-paragraph e

Sub-paragraph f

Article 24 (preventive action for recognition or non-recognition)

Article 25 (findings of jurisdictional facts)

Article 26 (declaration of enforceability)

Article 27 (prohibition of review on the merits)

Article 28 (enforcement)

#### **Chapter V – Co-operation**

Article 29 (creation of a Central Authority)

Article 30 (general obligation of co-operation)

Article 31 (communications, mediation, localisation)

Article 32 (request for a report or for measures)

Article 33 (transborder placements)

Article 34 (furnishing of concrete information on a specific child)

Paragraph 1

Paragraph 2

Article 35 (assistance in the implementation of measures; access rights)

Paragraph 1

Paragraphs 2-4 (attribution of access rights)

Article 36 (child in serious danger)

Article 37 (information creating a risk for the child)

Article 38 (costs)

Article 39 (agreements between Contracting States)

#### **Chapter VI – General provisions**

Article 40 (international certificate)

Article 41 (protection of personal data)

Article 42 (confidentiality of information)

Article 43 (dispensation from legalisation)

Article 44 (designation of the authorities)

Article 45 (recipients of communications and declarations)

Articles 46-49 (federal clauses)

Article 46 (non-application of the Convention to internal conflicts)

Article 47 (inter-territorial conflicts, general rules)

Article 48 (inter-territorial conflicts, special rules on the applicable law)

Article 49 (inter-personal conflicts, applicable law)

Articles 50-52 (conflicts of conventions)

Article 50 (primacy of the Child Abduction Convention)

Article 51 (replacement of the 1902 and 1961 Conventions)

Article 52 (conflicts with other conventions, deconnection clause)

Paragraph 1

Paragraph 2

Paragraph 3

Paragraph 4

Article 53 (temporal application of the Convention)

Article 54 (language of communications)

Article 55 (reservation concerning property)

Article 56 (monitoring of the Convention)

### **Chapter VII – Final clauses**

Articles 57-63

\*

1 This Convention originated in the Decision taken on 29 May 1993 by the States represented at the Seventeenth Session of the Hague Conference on Private International Law.

*„to include in the Agenda of the Eighteenth Session the revision of the Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors, and a possible extension of the new convention’s scope to the protection of incapacitated adults.“*<sup>1</sup>

In carrying out this Decision, the Permanent Bureau of the Conference established a Special Commission which held three meetings, from 26 May to 3 June 1994, then from 6-17 February 1995, finally from 11-22 September 1995. This Special Commission drew up a preliminary draft text which, with the Report which accompanied it,<sup>2</sup> served as a basis for the discussions held at the Conference’s Eighteenth Session which took place at The Hague from 30 September-19 October 1996.

The Conference’s Eighteenth Session entrusted the drafting of the Convention to its Second Commission which held twenty-six sittings. Participating in the negotiations, in addition to the delegates of the thirty-five Member States of the Conference represented at the Eighteenth Session, were observers from fifteen other States as well as from eight intergovernmental organisations and nine non-governmental organisations.

The Commission designated as its Chairman Mr K.J. Pirrung, Expert of Germany, as Vice-Chairs Mr W.R. Duncan, Expert of Ireland, and Ms G.F. DeHart, Expert of the United States, all of whom had already carried out these functions in the Special Commission. It also confirmed in the post of Reporter Mr Paul Lagarde, Expert of France. During the session a Drafting Committee was constituted under the chairmanship of Mr W.R. Duncan<sup>3</sup> and a group charged with examining the federal clauses placed under the chairmanship of Mrs Alegría Borrás, Expert of Spain.<sup>4</sup> The work of the Second Commission was greatly facilitated by the substantial preliminary documents<sup>5</sup> and remarks of Mr Adair Dyer, Deputy Secretary General, who was responsible for the scientific work of the Secretariat.

1 *Final Act of the Seventeenth Session*, Part B, 1.

2 The preliminary draft and the Report of Paul Lagarde constituted Preliminary Document No 7 of March 1996 for the attention of the Eighteenth Session.

3 This Committee was made up, in addition to its chairman, by the Reporter and the members of the Permanent Bureau, as well as the following Experts: Ms G.F. DeHart (United States) and L. Lussier (Canada), Messrs A. Bucher (Switzerland) and E.M. Clive (United Kingdom).

4 This Committee also had representatives from the delegations of Australia, Canada, Germany, Mexico and the United States.

5 Prel. Doc. No 1: *Report on the revision of the 1961 Hague Convention on protection of minors – Part One* (April 1994); Prel. Doc. No 2: *Checklist of provisions which might be included in the revised Convention concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors (as regards protection of the minor’s person)*, (April 1994); Prel. Doc. No 3: *Report on the revision of the 1961 Hague Convention on protection of minors – Part Two* (May 1994); Prel. Doc. No 5: *The principal issues raised by the inclusion within the scope of the revised Convention of measures directed to the protection of children’s property* (January 1995).

2 The present Report deals with the *draft Convention on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children* which was adopted unanimously by the Member States present at the Plenary Session of 18 October 1996. This text was opened for signature by the States immediately after the signature of the Final Act of the Eighteenth Session, on 19 October 1996, and was signed that same day by Morocco. It is therefore now a Convention, which bears the date of its signature.

### General framework, principal orientations and structure of the Convention

3 The protection of childhood in danger has always been at the heart of the concerns of the Hague Conference on private international law. Without going back to the Convention of 1902 on guardianship of minors<sup>6</sup>, there should be recalled from the first period which followed the end of the Second World War the Conventions on maintenance obligations in respect of children of 24 October 1956 and 15 April 1958, renewed and broadened by those of 2 October 1973, the *Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors*, and the *Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions*. In the recent period, the Conference continued this protective work with success: the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* had already received the ratification or accession of nearly fifty States and the *Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, already ratified by a dozen States, and signed by some fifteen more, had entered into force 1 May 1995. In the meantime, the entry into force in 187 States (as of June 1996) of the *New York Convention of 26 January 1990 on the Rights of the Child* made necessary the revision of numerous national statutes and international conventions, the solutions of which were not in harmony with the new principles.

The revision of the 1961 *Convention on the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors* fits into this general context. It also has more specific causes having to do with the relatively limited success of this Convention, as well as the imperfections revealed by more than twenty years of application.

4 In spite of the recent ratifications or accessions of Spain (1987), Poland (1993) and Italy (1995), the 1961 Convention is in force only among eleven States,<sup>7</sup> all located, with the exception of Poland and Turkey, in continental Western Europe.

Thus limited geographically, the Convention had given rise, at least in the States which had been Contracting States the longest, to an abundant case law,<sup>8</sup> which is the sign of great frequency of application of the Convention and thus of the real need to which it responds but also of certain difficulties of implementation or interpretation. Recent writings, often mentioned in the course of the Special Commission's discussions, pointed out certain deficiencies of the Convention and offered proposals for reform<sup>9</sup> certain of which attracted the Commission's attention.

5 One of the principal difficulties to which the 1961 Convention had given rise came from the fact that it organised competing jurisdiction over the protection of minors on the part of the authorities of the child's habitual residence and his or her national authorities (Art. 1 and 4), as well as that of the authorities of the State where the child is present or his or her property is located (Art. 8) and gave, in case of conflict, predominance to the national authorities (Art. 4, paragraph 4). This solution revealed two series of inconveniences. On one hand, the national authorities sometimes have taken decisions which were difficult to accept on the part of the authorities of the child's habitual residence, who are by hypothesis closer to the child and frequently better able to assess his or her situation and needs; on

6 Which appears no longer to be in force and effect except in relations between Belgium and Germany (see Staudinger/Kropholler (1996) Vorbem. 12-13 zu Art. 24 EGBGB) and perhaps also Romania (see Rigaux-Fallon, *Droit international privé*, Tome II, 1993, note 1145).

7 The three States mentioned in the text plus Austria, France, Germany, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Switzerland and Turkey.

8 See the numerous decisions digested in the five volumes which have appeared of the Collection edited by Ms Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, published by the Asser Institute in The Hague.

9 See J. Kropholler, „Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens“, *RabelsZ* 58 (1994) 1-19; S. Boelck, *Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen vom 1961*, Tübingen, 1994, as well as the review of this book by P. Lagarde, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995, at p. 230.



the other hand, in the hypothesis that the minor has dual nationalities, which is very frequent, the conflict between the authorities of the two States of which the child has the nationality brought on the paralysis of the Convention.<sup>10</sup> Another difficulty came from the uncertain meaning of Article 3 on the relationship subjecting the child to authority by operation of law (conflicts rule or rule of recognition?) and of the problematical articulation between the national law applicable to this relationship and the law of the habitual residence applicable in principle to measures of protection.<sup>11</sup> To these criticisms were added the poor functioning of the co-operation between authorities envisioned in the Convention and the absence of a provision on enforcement in a Contracting State of measures of protection taken in another.

6 The Commission tried to take these objections into account. The new Convention, more filled out than that of 1961, is also more orderly and, it is to be hoped, more readable. It consists of the seven following chapters: Scope of the Convention; Jurisdiction; Applicable Law; Recognition and Enforcement; Co-operation; General Provisions; Final Clauses.

The first chapter (Art. 1-4) defines the objects of the Convention and the children to whom it applies, then gives an illustrative but rather complete enumeration of the measures of protection which fall within the scope of the Convention and specifies the matters which are excluded from the Convention's scope.

Chapter II on jurisdiction is very novel in relation to the 1961 Convention. The general idea is that the Contracting States accept considerable limitation on the jurisdiction of their authorities. The new Convention was intended to eliminate in principle all competition between the authorities of different States in taking measures of protection for the person or the property of the child. The competent authorities are those of the State of the child's habitual residence (Art. 5), subject to significant specifications added for cases when there is no habitual residence (Art. 6) or in case of wrongful removal of the child (Art. 7). If in certain cases the authorities of other States may be led to intervene in the protection of the child (Art. 8 and 9), it is always, except for the temporary case of urgency or that of measures with strictly territorial effect (Art. 11 and 12), with the agreement or on the request of the authorities of the State of the child's habitual residence. This is the case in particular of the authorities of the State of the child's nationality whose jurisdiction, as is moreover the case for any other State with which the child has a close connection, may no longer be exercised without the consent of the authorities of the State of the child's habitual residence. Thus, the risks arising from dual nationality of the child are eliminated. It is, however, otherwise for the case of divorce of the child's parents. The Convention indeed accepts, unlike the Special Commission's preliminary draft, a competing jurisdiction of the divorce court under rather strict conditions to take measures of protection of the person or the property of the child or children (Art. 10).

Chapter III on the applicable law follows, while making it more flexible, the principle of the 1961 Convention according to which every authority taking a measure of protection applies its own internal law (Art. 15). It is likewise in this chapter that the provisions on the relationship of authority existing by operation of law are to be found (Art. 16-18). The Convention clarifies and effectuates this idea by speaking of attribution or extinction of parental responsibility by operation of law. Above all, it subjects such responsibility to the law of the child's habitual residence (and no longer to his or her national law), thus unifying the law applicable to parental responsibility and measures of protection. This chapter tries finally to resolve the consequences of the removal of the child on the law applicable to parental responsibility (the mobile conflict).

10 See in France, Court of Cassation, 1st Civil Chamber, 16 Dec. 1986, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1987, p. 401, note by Lagarde; cf. P. Lagarde, „La protection du mineur double national, talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961“, in: *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano*, 1989, p. 529.

11 The articulation becomes problematic where, for example, according to the minor's national law, he or she does not have or does not have any longer such an *ex lege* relationship and, therefore, requires measures of protection but, according to the law of the habitual residence, an *ex lege* relationship subsists and thus means that there is no point in taking measures of protection. See on this point the early criticisms by Y. Lequette expressed again in „Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales“, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Tome 246 (1994-II), p. 11 *et seq.* and p. 82 *et seq.* See also G.A.L. Droz, „La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961“, *Journ. dr. internat.*, 1973, pp. 603 and 619 *et seq.*

Chapter IV (Art. 23-28) supplies a detailed set of rules which were lacking in the 1961 Convention for the recognition and enforcement in a Contracting State of measures of protection taken in another Contracting State. It distinguishes clearly among recognition, the declaration of enforceability or registration for purposes of enforcement, and the actual enforcement. The most original provisions are in Article 23, which enumerates – limitatively – the grounds for non-recognition, and Article 24, which authorises the filing of a request for the recognition or the non-recognition of a measure of protection.

Chapter V establishes a mechanism for co-operation between Contracting States which likewise was lacking in the 1961 Convention. This mechanism is based, following the example of numerous other Hague Conventions, on the creation in each Contracting State of a Central Authority (Art. 29), the obligations and powers of which are set out in Articles 30-38.

Chapter VI (Art. 40-56) is comprised of several general provisions intended to facilitate the implementation (Art. 40) and the monitoring (Art. 56) of the Convention as well as to protect the confidentiality of data and information assembled in accordance with it (Art. 41 and 42). It also deals with the application of the Convention in respect of States with non-unified legal systems (Art. 46-49), its application in time (Art. 53), conflicts of conventions (Art. 50-52) and the reservations which are permitted (Art. 55).

Chapter VII (Art. 57-63) reproduces the usual final clauses of the Hague Conventions.

### Article by article commentary on the Convention

#### *Title of the Convention*

7 The title „*Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*“ repeats the titles of the four principal chapters of the Convention and does not lend itself to any confusion. Certain delegations would have preferred a shorter and more elegant title, such as that which had been retained by the Special Commission „*convention on the protection of children*“, but this expression already appeared in the Convention of 29 May 1993 on adoption and it would have been ambiguous in that it might have left the impression that the Convention dealt with questions of substantive law.

#### *Preamble*

8 The Preamble, which is relatively long for a Hague Convention,<sup>12</sup> achieves a compromise between the delegations which wanted to have a short Preamble, indicating simply the object of the Convention and placing this Convention in the wake of the *United Nations Convention of 20 November 1989 on the Rights of the Child*, and those delegations which wanted to set out explicitly in the Preamble certain broad principles appearing in the latter Convention, with the risk of creating a misunderstanding about the very object of the Convention being drawn up, which is a Convention of private international law and not of substantive law.

The first three paragraphs of the Preamble follow the first tendency and recall the scope and objects of the Convention. The fourth paragraph echoes the second tendency by referring to the best interests of the child as a primary consideration, which idea has been mentioned several times elsewhere in the body of the Convention. The fifth paragraph places the Convention in the continuity of the prior work of the Hague Conference, recalling the Convention of 5 October 1961, which it had become necessary to revise, and the final paragraph refers to the *United Nations Convention on the Rights of the Child* mentioned above.

### Chapter I – *Scope of the Convention*

#### *Article 1 (objects of the Convention)*<sup>13</sup>

##### *Paragraph 1*

9 This paragraph describes the objects of the Convention and constitutes a sort of table of contents for it.

<sup>12</sup> See, however, the Preamble of the *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*.

<sup>13</sup> The headings in italics appearing following each article commented upon have been added by the Reporter in order to increase the readability of his Report but they do not appear in the text of the Convention.

#### Sub-paragraph a

10 The Convention determines the State whose authorities have jurisdiction, but not the competent authorities themselves, who may be judicial or administrative and may sit at one place or another in the territory of the said State. In terms of conflicts of jurisdiction, it could be said that the Convention sets international jurisdiction, but not internal jurisdiction.

The Convention sets it out from the first paragraph that it is concerned with the protection of the person and „*the property*“ of the child. The decision to deal with the child’s property was taken by the Special Commission after it had heard the explanations of Madame Revillard, Jurist at the CRIDON of Lyon, who was consulted as an expert of the Permanent Bureau. She had shown, with the support of numerous cases drawn from the notarial practice, the utility of having precise rules concerning the designation and the powers of the child’s legal representative to administer the child’s property located in a foreign State, in particular where it is necessary to carry out the settlement of an estate which has passed to the child.

The Eighteenth Session confirmed this decision but it had to take into account the possible desire of the State on the territory of which property of a child is situated to reserve to its authorities jurisdiction for the taking of measures of protection of all or a part of this property. A reservation along these lines therefore was provided in Article 55, which also allows this State to „reserve the right not to recognise any parental responsibility or measure in so far as it is incompatible with any measure taken by its authorities in relation to that property“.

11 On the other hand, the preliminary draft contains no provision dealing with the protection of *incapacitated adults*. The Swiss delegation presented on this subject two documents which showed that, on the formal level, the problem might be dealt with either by adding in a general convention on the protection of the person a chapter specific to adults, or under the form of a separate convention, duplicating the Convention on the protection of children, with the necessary adaptations. The Eighteenth Session thought that the question of the protection of adults called for an examination in depth and decided to include it in the agenda of a Special Commission of a diplomatic character.<sup>14</sup>

#### Sub-paragraphs b and c

12 These two sub-paragraphs foreshadow the provisions of Chapter III on the applicable law. In mentioning already in Article 1 the determination of the law applicable to parental responsibility, the Convention indicates that the rule dealing with it (Art. 16) will be a rule of conflict of laws and not a simple rule of recognition.

#### Sub-paragraphs d and e

13 These two sub-paragraphs are explicit and suffice to themselves. They foreshadow Chapters IV (recognition and enforcement) and V (co-operation) of the Convention.

#### Paragraph 2

14 The expression „parental responsibility“ which draws its inspiration from the *Convention on the Rights of the Child* (Art. 18) has been substituted for „relationship subjecting the infant to authority“ which appeared in (the English translation of) the 1961 Convention.

Already employed by the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*,<sup>15</sup> this concept of parental responsibility seemed not to be precise enough for certain delegations. Thus paragraph 2 of Article 1 tries to elaborate on this concept of parental responsibility, which the discussions had shown not to be understood in the same way by all of the delegations. The definition given is broad. It covers at the same time responsibility concerning the person of the child, responsibility concerning his or her property and, generally, the legal representation of the child, whatever be the name which is given to the legal institution in question: parental responsibility, parental authority, paternal authority, as well as guardianship, curatorship, legal administration, *tutelle*, *curatelle*. The rights and responsibilities to which reference is made are those which belong to the father and mother under the law with a view to raising their children and

<sup>14</sup> *Final Act of the Eighteenth Session*, Part B 2.

<sup>15</sup> See Article 26, paragraph 1 *b*.

ensuring their development,<sup>16</sup> whether the question involved is custody, education, determination of the residence or the supervision of the child's person and in particular his or her relationships. The term „powers“ has to do more specifically with representation of the child. This responsibility is exercised normally by the parents but it may be exercised in whole or in part by third persons under conditions set by the national legislation in case of death, incapacity, unsuitability or unfitness of the parents or in case of the abandonment of the child by his or her parents.

*Article 2 (children to whom the Convention applies)*

15 This article defines the children to whom the Convention applies. Rather than declaring itself applicable to „minors“, which would have necessitated the drafting of a special conflicts rule to determine which law or laws would be applicable to the definition of this term,<sup>17</sup> Article 2 retains the term „children“, specifying directly that „the Convention applies to children from the moment of their birth until they reach the age of 18 years“. The point of departure then is the birth of the child and not its conception. Certain delegations, in particular the Association of Latin Notaries, would have preferred that the Convention apply also to a child who has been conceived, at least where the protection of its property is in issue. This debate came up again in the course of the Diplomatic Session with the proposal of one delegation to delete the phrase „from the moment of their birth“ with a view to allowing the States which wanted to, to apply the Convention to children which had been merely conceived. This proposal was rejected by a very strong majority (21 against 5 and one abstention). In thus declaring itself applicable to children only from the moment of their birth, the Convention above all would avoid taking a position on the ethical problem underlying the legitimacy of voluntary interruption of pregnancy and on the international legal status of the embryo. Each State remains free to take, according to its general law, measures of protection for an infant which has been conceived and the other States remain free to recognise such measures. The Convention thus has adopted on this sensitive question a modest position, leaving the Contracting States free to apply their own concepts, but refusing to impose on them the obligation to recognise the concepts of others.

16 The Convention applies until the child has reached the age of 18 years. This does not mean that the Convention sets at 18 years by substantive rule the age of majority in all of the Contracting States. The text simply means that the Convention's rules for jurisdiction, conflict of laws, etc. apply to children up to that age, even in cases where before that age they have acquired capacity under their personal law, whether it be that the age of majority is fixed by that law below 18 years, which seems to be exceptional,<sup>18</sup> or, more likely, because the child has been emancipated, particularly by reason of marriage.

If the authority which has jurisdiction under the Convention determines that, according to the law which under its private international law governs capacity, the child is an adult or emancipated, the authority will judge whether a measure of protection is nonetheless appropriate. This is a question of substantive law which does not depend directly on the provisions of the Convention.<sup>19</sup> Likewise, if the law governing capacity allows the child to carry out certain acts without the intervention of his or her legal representative, such as consulting a doctor or buying contraceptive products, it will be for the authority before which the issue has been raised to apply this law within the limits of its public policy. The Convention does not indicate which are the measures to be taken in these situations. It limits itself to designating the authority which has jurisdiction to take them and to fixing the conditions for recognition and enforcement of these measures by the other Contracting States. These examples show in any case that the Convention will apply with a certain flexibility to „big children“, even the more so since they have the right to be heard in any judicial or administrative proceeding concerning them (Art. 12, paragraph 2, CRC, and Art. 23, paragraph 2 *b*, of the Convention, see below).

The Convention ceases to apply after the child has reached the age of 18 years. It may be, however, that he or she will still have need for protection after that age, either because the child has not yet reached the age of majority under the law governing his or her capacity or because his or her health requires a measure of protection. In the absence of a convention on the protection of adults, it will be for each State to take care of this protection through its own national law.

<sup>16</sup> See *Convention on the Rights of the Child*, Article 18.

<sup>17</sup> Cf. Article 12 of the 1961 Convention.

<sup>18</sup> The *Convention on the Rights of the Child* envisages this possibility in its first article.

<sup>19</sup> See below No 30 under Article 4 *d*.

Of course, the confidentiality imposed by Articles 41 and 42 of the Convention as to the data and information gathered in application of the Convention must continue to be ensured after the child has reached the age of 18 years.

17 Unlike the 1961 Convention which by its Article 13 is declared applicable to all minors having their habitual residence in one of the Contracting States, the new Convention does not include a disposition limiting geographically the children to whom it will apply. After long discussions, it became evident that the geographical scope of the Convention varied with each of its provisions. When a rule of the Convention gives jurisdiction to the authority of the habitual residence of a child it applies to all the children having their habitual residence in a Contracting State. When a rule of the Convention gives jurisdiction to the authorities of the residence of a child, it applies to all the children having their residence in a Contracting State. When a rule of the Convention sets out a rule of conflict of laws as concerns parental responsibility, it sets out a universal conflicts rule, as in all of the recent Hague Conventions dealing with conflicts of laws applicable to children, whatever might be their nationality and wherever might be their residence.

*Article 3 (enumeration of the measures of protection)*

18 The 1961 Convention employs the term „measure of protection“ without defining it. The delegations of the States which were not Parties to this Convention wanted, if not a definition, at least an enumeration of the issues on which these measures might bear. Since the measures vary with each legal system, the enumeration given in this article could only be in terms of examples. None the less, it tries to cover a very broad scope and certain of these elements may overlap, which makes little difference since the set of rules to which they are all subjected is the same.

*Sub-paragraph a*

19 In specifying that the measures may bear on the attribution, exercise, termination or restriction of parental responsibility as well as its delegation, the text seems to have covered all of the situations which may affect this responsibility.

*Sub-paragraph b*

20 Rights of custody and rights of access to children are frequently at issue between parents whose relationship breaks up. Sub-paragraph *b*, in order to make explicit these expressions which are not always understood in the same way in all legal systems, reproduces the formulations found in Article 5 of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. The concept even of „right“ of the parents in custody and access matters was contested in the new context of parental responsibility instituted by the *Convention on the Rights of the Child*. The term has however been retained both for reasons of convenience and in order to take into account the still numerous legal systems which continue to conceive of parental responsibility as a linkage based on authority.

Certain English-speaking delegations, in particular that of the United Kingdom, pointed out that the terms „custody“ and „access“ were replaced in their legislation by different expressions: „residence order“ for „custody“, „contact“ or yet „visitation“ for „access“. The Convention cannot claim to employ expressions which suit the linguistic particularities of all the States represented. What counts is the meaning which the Contracting States have wanted to give to the words employed and all the delegations were in agreement in understanding that the terms „access“ or „*droit de visite*“ encompass the contacts at a distance which a parent is authorised to maintain with his or her child by correspondence, telephone or telefax.

*Sub-paragraph c*

21 The measures of protection may bear on guardianship, curatorship or other analogous institutions. These are systems of protection (representation in the case of guardianship, assistance in the case of curatorship) which are established in favour of children generally when their parents are deceased or are no longer authorised to represent the child.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> See, for example, Article 390 of the French Civil Code, § 1773 of the BGB.

*Sub-paragraph d*

22 The terms employed are very broad. The „person or body having charge of the child’s person or property, representing or assisting the child“ may be a guardian or a person to whom parental responsibility has been delegated as is provided for in the preceding paragraphs, but equally a guardian *ad litem* designated to represent the child in litigation involving a conflict of interest with the legal representative, a school or a person running a vacation resort who is called upon to take medical decisions in the absence of the legal representative, etc.

*Sub-paragraph e*

23 The measures of placement of a child in a foster family or in institutional care are somewhat the prototypes of measures of protection and are obviously covered by the Convention, unless expressly excluded, as is placement with a view to adoption or placement following a criminal offense committed by the child (Art. 4 *b* and *i*, see below).

Sub-paragraph *e* mentions in particular „the provision of care by *kafala* or an analogous institution“. The Moroccan delegation had furnished to the Special Commission a detailed note on the institution of Islamic law known as the *kafala*<sup>21</sup> and a new document (Work. Doc. No 10) was produced during the Diplomatic Session describing the procedure for *kafala* established by the Moroccan law of 10 September 1993. From this it appeared that a child in need of protection may be entrusted either by a decision of the guardianship judge or by an administrative commission to a public or social institution or to a Muslim family which will care for the child’s person (shelter, maintenance, education) and, if needed, for the property of the child and who, if necessary, would receive delegation of guardianship over the child. The *kafala* is not an adoption, which would be forbidden by Islamic law, and it produces no effect on the parent-child relationship. The child who benefits from it does not become a member of the family of the *kafil* and this is the reason why *kafala* is not covered by the Convention of 29 May 1993 on intercountry adoption. But it is indisputably a measure of protection, which for this reason must fall within the scope of application of a convention on the protection of children.

*Sub-paragraph f*

24 This sub-paragraph was introduced at the request of the Australian delegation in order to cover the hypothesis under which a child has been left in the custody of one or both of his or her parents or of any other person but, subject to the supervision of a public authority, the conditions of which may have been fixed by a „measure“ within the meaning of the Convention.

*Sub-paragraph g*

25 The measures of protection may bear on „the administration, conservation or disposal of the child’s property“. This very broad formulation encompasses all the operations concerned with the minor’s property, including acquisitions, considered as investments or as assignments disposing of the property transferred in consideration of the acquisition.

*Article 4 (matters excluded from the scope of the Convention)*

26 This article enumerates certain matters or questions which are excluded from the Convention’s scope. This enumeration is exhaustive. Any rule or measure directed to the protection of the person or the property of a child which is not excluded by Article 4 enters within the scope of application of the Convention.<sup>22</sup> Conversely, as indicated above, the enumeration of the measures of protection set out in Article 3 (which includes the expression „in particular“) is not exhaustive. Thus the combination of Articles 3 and 4 offers no risk of leaving gaps in coverage.

21 The *kafala* is also mentioned in the *Convention on the Rights of the Child* as replacement protection (Art. 20, paragraph 3). The Moroccan delegation pointed out that the transcription of the Arabic term should be spelled without a final *h*.

22 It is also necessary to verify that the matter concerns specifically the protection of the child. This is not the case, for example, with the nationality or the name of the child or yet with the granting to a child of money damages in application of the rules of civil liability. Certain delegations had proposed for these questions an express exclusion, either general (Work. Doc. No 52 at Art. 4), or matter-by-matter (Work. Doc. No 59), but without success because these exclusions went without saying so. In addition, an express exclusion might have raised problems of interpretation. For example, would exclusion of civil liability have covered the civil liability incurred by the guardian towards the minor for misappropriation of the minor’s property?

The exclusions set out in Article 4 have justifications which are different, one from the other. For the parent-child relationship, as an example, it cannot be said that its establishment or the contesting of it is in itself protective of the child. The same is true for the child's name, as well as for inheritance or even emancipation. In addition, the rules of the Convention, in particular the failure to distinguish in principle between the forum and the right, would not be suitable. For adoption and for maintenance (support) obligations the need is above all to avoid overlap between international conventions. For the other exclusions, which touch on public law, it did not seem possible to impose on the Contracting States, in matters which touch on essential interests (criminal law, immigration), a treaty restraint on their jurisdiction.

*Sub-paragraph a*

27 The exclusion concerns only the establishment and the contesting of a parent-child relationship, for which there is no decisive reason to renounce, in favour of the authorities of the child's habitual residence, the general jurisdictional rule based most often on the domicile of the defendant.

The exclusion extends to the question of whether the parties to the parent-child relationship must obtain the consent of their legal representative, since this is a question of the parent-child relationship. Thus it is for the personal law, determined by the private international law of the authority asked, to decide, and not for the Convention to say whether the minor who wishes to recognise a child born out of wedlock should be or should not be so authorised by his or her legal representative, whether the child which is recognised must consent to such recognition and must be represented for this purpose if below a certain age, whether a guardian *ad litem* must be designated to represent or assist the child in a lawsuit concerning the parent-child relationship, or yet whether the underage mother of a child must herself be represented in connection with any declarations of recognition or consent or any lawsuits concerning her child's status.

But, in all these situations, the question as to who is the legal representative of the person concerned and as to whether, for example, the designation of that person results by operation of law or requires the intervention of an authority, falls under the Convention.

*Sub-paragraph b*

28 The exclusion of adoption, which was the subject of the recent Convention of 29 May 1993, was a matter of course. It was formulated in a very broad way and, in order to avoid any misunderstanding, the text specifies that it extends to cancellation and revocation of adoption, even though the revocation would be decided for the purpose of protecting the child.

The exclusion extends also to measures which prepare the adoption, and particularly to a placement with a view to adoption. The Special Commission, sensitive to the fact that the placement is in itself a measure of protection which often will subsist even in the case where the adoption were not to be granted, provided that this measure ought at least to be recognised in the other Contracting States if it had been taken by an authority which had jurisdiction under Chapter II of the Convention, which in most cases would be the State of the child's habitual residence. The solution, which had its logic, ran the risk, however, of being difficult to apply, and the complete exclusion of measures preparatory to adoption was retained by the Conference out of concern for clarity and simplicity.

*Sub-paragraph c*

29 The exclusion of the name and forenames of the child seems to go without saying since these matters are not concerned with the protection of the child. Their express inclusion in the list of exclusions was decided upon for the purpose of clarification in order to avoid problems of characterisation due to the increasing complexity of certain legislations dealing with names.

*Sub-paragraph d*

30 Emancipation is the institution which is intended to free a minor from parental authority, thus to remove the child from the protection which has been exercised on behalf of him or her, either at the request of the parents or by operation of law as an effect of marriage. It is, therefore, in a certain way the converse of a measure of protection and its exclusion from the scope of the Convention may be justified by this fact. To emancipation may be assimilated, even though not mentioned expressly in the text, the declaration of majority by which an underage mother is declared by judgment to be an adult in order that she may herself exercise parental responsibility in respect of her child.

The Commission declined on the other hand a proposal which would have excluded capacity expressly from the scope of the Convention. It did not wish in that way to submit to the Convention's rules the determination of the capacity of a person under the age of 18 years. If, for example, the court of a Contracting State is called upon to decide, in ruling on the validity of a contract entered into without authorisation by a person under 18 years of age, on the capacity of this minor, it will decide this question of capacity without reference to the Convention.<sup>23</sup> But capacity may enter indirectly into the scope of the Convention in that it may be posed as a question preliminary to a principal question which enters within the scope of the Convention as a question of legal representation or of the taking of a measure of protection. This preliminary question of capacity will be decided upon under the rules of private international law of the State of the authority which has taken jurisdiction, but the decision taken by this authority on the principal question, which enters by hypothesis into the scope of the Convention, will benefit from the Convention's rules, in particular from the set of rules which it provides on recognition and enforcement.

*Sub-paragraph e*

31 The two Hague Conventions of 2 October 1973, which replace bit by bit those of 24 October 1956 and 15 April 1958, govern the law applicable to maintenance (support) obligations as well as the recognition and enforcement of decisions in respect of them. In addition, the Brussels and Lugano Conventions govern, among States of the European Union and the European Free Trade Association, the assumption of jurisdiction in respect of maintenance obligations and also recognition and enforcement. The new Convention would therefore have been pointless as to these matters. The exclusion of maintenance obligations was therefore necessary.

*Sub-paragraph f*

32 The exclusion of trusts is understandable in view of the concern that the Convention not encroach on systems of property law and, more generally, on the categories of property rights.<sup>24</sup> It was, moreover, pointed out that the creation of a trust involving a child's property is not necessarily a measure of protection of that child and that the questions of private international law concerning trusts have already been dealt with in a specific Convention.<sup>25</sup> Concretely, the exclusion of trusts will have as a consequence, for example, that in the case where the trustee were to die and where the trust instrument had not provided for a replacement, the nomination by a judicial authority of another trustee could not be considered as being a measure of protection falling within the scope of the Convention.

The exclusion of successions, decided upon following a proposal by the delegations of the United Kingdom and Canada, raised more difficulties, due themselves, moreover, to the difficulty, which had appeared at the time of negotiation of the *Hague Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons*, of determining the scope of the law applicable to succession.

Certain delegations would have liked to limit the exclusion to the administration of successions in accordance with a proposal made by the International Union of Latin Notaries (Work. Doc. No 41). Such an exclusion was most understandable. Indeed, in the case where the succession would be subject to the law of a State transferring the succession to a personal representative who is charged with paying the debts and remitting the balance to the heirs, but where the habitual residence of the minor heir would be situated in a State whose law provides that the succession is administered by the heir himself or herself, represented in case of incapacity by his or her legal representative, the non-exclusion of the administration of the succession would lead unfailingly to a conflict between the personal representative of the estate and the legal representative of the child heir.

By very weak majority (12 votes against 11 and 7 abstentions) the Commission decided to go further and to exclude from the Convention successions in their entirety and not simply their administration. This means, for example, that if the law governing the succession decides that a minor heir may accept a succession only by means of certain measures of protection, by reason of the dangers that an obligation to pay the debt might cause him to undergo, the Convention will not apply to these measures of protection. At the very most, it might be admitted, following the example which has been indicated

<sup>23</sup> See above No 16, under Article 2, and below No 101, under Article 16, paragraph 1.

<sup>24</sup> For the same reasons, the optional reservation was provided for in Article 55 below, No 181.

<sup>25</sup> *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*.



above in connection with the parent-child relationship, that if the law governing the succession provides for the intervention of the legal representative of the child heir, this representative would be determined through application of the Convention's rules.

*Sub-paragraph g*

33 The exclusion of social security is explained by the fact that the benefits are paid by bodies whose determination depends on precise connecting factors taking into account the place of work or the habitual residence of the persons having social insurance, which do not necessarily correspond to the habitual residence of the children, who are simple claimants. The rules of the Convention therefore would have been poorly adapted to this situation.

*Sub-paragraph h*

34 It is not the entirety constituted by education and health which is excluded from the Convention, but only, in this entirety, the public measures of a general nature, such as those which require school attendance or vaccination. The placement of a specific child in a specific school or the decision to have him or her undergo a surgical operation, for example, are decisions falling within the scope of the Convention.

*Sub-paragraph i*

35 The Convention should deal with the protection of childhood and not with the criminal law of childhood. The dividing line is however difficult to draw. The Convention renounced trying to establish a distinction between measures of a repressive nature and measures of an educational nature. Such a distinction would have given rise to difficult problems of characterisation. In addition, in case of conduct on the part of the child which is objectively reprehensible from a penal point of view (for example, murder, rape, assault with a deadly weapon), it would have been undesirable for the State of the place where the violation occurred to be able to exercise its power of repression under its general rules, but not to be able, if it thought it more appropriate, to take a measure of placement in a specialised institution, because it lacked jurisdiction under the Convention to take measures of protection for the child. The exclusion from the scope of the Convention of „measures taken as a result of criminal offenses committed by children“ expresses the wish of the Special Commission not to place any limitation on the jurisdiction of the Contracting States to react by the measures which they deem appropriate, whether they be punitive or educational, to the criminal violations committed by children.

The expression „as a result of penal offenses committed by children“ does not imply that in the particular case the child may legally be subject to criminal prosecution. It may be that the child's young age will shelter him or her from such prosecution. It is necessary and sufficient in order for the exclusion to apply that the act of this child be an act which is criminal under the penal law when it is committed by any person whatever. On the other hand, behaviour which is deviant, but which is not made criminal under the penal law, such as running away, refusal to attend school or even belonging to a gang, reveal a state of crisis within the child and ought incontestably to be covered by the Convention. The Commission did not adopt a Japanese proposal (Work. Doc. No 31) which would have enlarged the exclusion to „juvenile delinquency“, understood as behaviour at the limit of but short of criminal delinquency.

*Sub-paragraph j*

36 This last sub-paragraph of Article 4 excludes from the Convention „decisions on the right of asylum and on immigration“ since these are decisions which derive from the sovereign power of States. Only decisions on these matters are excluded: in other words, the granting of asylum or of a residence permit. The protection and representation of children who are applying for asylum or for a residence permit fall, to the contrary, within the scope of the Convention.

## **Chapter II – Jurisdiction**

37 As has already been indicated above, the Convention, drawing the lessons from the difficulties of application of the 1961 Convention, is intended to centralise jurisdiction in the authorities of the State of the child's habitual residence and avoid all competition of authorities having concurrent jurisdiction (Art. 5), except for adapting the jurisdiction of the habitual residence to situations have changed

(Art. 5, paragraph 2, and Art. 7 and 14), or for the lack of habitual residence (Art. 6). The jurisdiction of authorities other than those of the State of the habitual residence would have, in principle, to have been requested or authorised by the authorities of this State, where it appears that these other authorities would be in a better position to assess the best interests of the child in a particular case (Art. 8 and 9). And if, in certain cases of urgency or of the need for provisional measures with a local effect, a local jurisdiction may be exercised autonomously, its exercise remains limited by the measures taken or to be taken by the normally competent authority (Art. 11 and 12). The only real exception to the principle of the concentration of jurisdiction is constituted by the jurisdiction of the divorce court which, under rather strict conditions, may be called upon to take measures of protection of the child (Art. 10), and this led the Commission to provide a means of solution for possible conflicts of jurisdiction (Art. 13).

*Article 5 (jurisdiction of the authorities of the child's habitual residence)*

38 This article in its first paragraph entrusts to the authorities of the Contracting State of the habitual residence of the child the principal jurisdiction to take measures of protection of his or her person and property, and it sets out in its second paragraph that, subject to Article 7 (wrongful removal or retention of the child), in case of a change of the child's habitual residence to another Contracting State, the jurisdiction passes to the authorities of the State of the new habitual residence. The question of the survival of measures taken in the first State is dealt with in Article 14 (see below).

39 Article 5 is based on the supposition that the child has his or her habitual residence in a Contracting State. In the contrary case, Article 5 is not applicable and the authorities of the Contracting States have jurisdiction under the Convention only on the basis of provisions other than this one (Art. 11 and 12). But nothing prevents these authorities from finding themselves to have jurisdiction, outside of the Convention, on the basis of the rules of private international law of the State to which they belong.

*Paragraph 1*

40 This paragraph repeats word for word the text of Article 1 of the Convention of 5 October 1961. The jurisdiction in principle of the authorities of the Contracting State of the child's habitual residence was in fact accepted unanimously.

The discussion bore only on the desirability of inserting into the text of the Convention, a provision defining, for its purposes, the concept of habitual residence. A positive definition had been proposed by the International Union of Latin Notaries (Work. Doc. No 41), but it went against the Conference's tradition and received no support. It would have indeed risked disturbing the interpretation of numerous other conventions utilising the same concept. The Commission discussed at greater length a United States proposal (Work. Doc. No 6) defining situations which would have to be considered as not implying a change of habitual residence. The proposal was rejected in so far as it was intended to change the text of the Convention, but the discussions showed that certain elements of it received approval by the Commission. Thus it was accepted that the temporary absence of the child from the place of his or her habitual residence for reasons of vacation, of school attendance or of the exercise of access rights, for example, did not modify in principle the child's habitual residence. These considerations are equally valid for the interpretation of paragraph 2 of Article 5.

*Paragraph 2*

41 The Commission also admitted unanimously the principle according to which, except for wrongful removal, the change of the child's habitual residence to another Contracting State has as its effect to give jurisdiction henceforth to the authorities of this other State. The change of habitual residence implies both the loss of the former habitual residence and the acquisition of a new habitual residence. It may be that a certain lapse of time exists between these two elements, but the acquisition of this new habitual residence may also be instantaneous in the simple hypothesis of a move of a family from one country to another. This is then a question of fact which is for the authorities called upon to make a decision to assess, and this is where the Commission rejected the idea of quantifying the period of time which would be necessary for the acquisition of a new habitual residence. It is only in the hypotheses of wrongful removal (Art. 7) or of displacement due to disturbances occurring in the State of the child's habitual residence (Art. 6) that specific rules appear to be necessary.

The change of habitual residence deprives the authorities of the former habitual residence of their jurisdiction to take measures of protection for the child. The Commission rejected a proposal of the United States delegation (Work. Doc. No 25) according to which the authorities of the former habitual residence of the child who had taken, before the departure of the child, a measure concerning custody or access, would retain exclusive jurisdiction on these points after the child's departure for a period of two years, if at least one of the parents continued to reside in that State and to maintain a persisting relation with the child. This proposal was based on the fear of seeing the authorities of the new habitual residence, supposedly more favourable to the other parent, immediately put back in issue the measures which had just been taken by the authorities of the preceding habitual residence. This proposal would have brought about a division of jurisdictions which would have been difficult in practice between the authorities of the first residence, for custody and access, and the authorities of the new residence for the other aspects of parental responsibility. It seemed that the concerns at the root of this proposal might find a solution in the mechanisms of co-operation provided by Chapter V of the Convention.<sup>26</sup>

42 Where the change of habitual residence of the child from one State to another occurs at a time when the authorities of the first habitual residence are seised of a request for a measure of protection, the question arises as to whether these authorities retain their competence to take this measure (*perpetuatio fori*) or whether the change of habitual residence deprives them *ipso facto* of this jurisdiction and obliges them to decline its exercise. The Commission rejected by a strong majority<sup>27</sup> a proposal<sup>28</sup> by the Australian, Irish, British and United States delegations favourable to the *perpetuatio fori*. Certain delegations explained their negative vote by their hostility to the very principle of *perpetuatio fori* in this field and wanted jurisdiction to change automatically in case of a change of habitual residence, while other delegations thought that it would be more simple for the Convention not to say anything on this subject thereby abandoning to the procedural law the decision on *perpetuatio fori*. The first opinion appeared to be the more exact in the case of a change of habitual residence from one Contracting State to another Contracting State. Indeed it is not acceptable that in such a situation, which is located entirely within the interior of the scope of application of the Convention, the determination of jurisdiction be left to the law of each of the Contracting States. Moreover this solution is one which currently prevails for the interpretation of the Convention of 5 October 1961.<sup>29</sup> On the other hand, in the case of a change of habitual residence from a Contracting State to a non-Contracting State, Article 5 ceases to be applicable from the time of the change of residence and nothing stands in the way of retention of jurisdiction, under the national law of procedure, by the authority of the Contracting State of the first habitual residence which has been seised of the matter, although the other Contracting States are not bound by the Convention to recognise the measures which may be taken by this authority.<sup>30</sup>

43 This change of jurisdiction of the authorities in case of a change of the child's habitual residence runs the risk that the authority which has newly acquired jurisdiction might very quickly take a measure which will annihilate that which was taken just before by the authority which previously had jurisdiction.<sup>31</sup> Certainly, the measure taken in the State of the former habitual residence ought to be recognised in the State of the new habitual residence (Art. 23, see below), and remain in force there so long it has not been modified or replaced (Art. 14, see below), but this retention in force would be illusory if the

26 The Commission also rejected a proposal by International Social Service (Work. Doc. No 21), presented at the time of discussion of Article 14 (art. 10 of the preliminary draft) which was intended, in the case of a change of habitual residence or, more generally, in case of a change of circumstances, to permit the authorities having jurisdiction before this change to put an end to the measures of protection if they thought that to be necessary.

27 19 votes against 7 and 4 abstentions.

28 Work. Doc. No 128 and discussion in Minutes No 22, (*supra*, p. 451–452). The *perpetuatio fori* had been, to the contrary, expressly mentioned in Article 7 of the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*.

29 See very clearly in this sense Staudinger/Kropholler (1994) Vorbem. 146–149 zu Art. 19 EGBGB, as well as the decisions digested by Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tome 3, pp. 95 ff.; see also, at least implicitly, Droz, „La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961“, *Journ. dr. internat.*, 1973, page 603, No 39; Bucher, *Droit international privé suisse*, Volume II, 1992, No 869.

30 In this sense, see again Staudinger/Kropholler (1994) Vorbem. 150 zu Art. 19 EGBGB; Sumampouw, *op. et loc. cit.*

31 The same risk, aggravated, may also be produced in case of divorce. The authority of the habitual residence of the child may indeed be seised immediately after the end of the divorce proceeding, with a request seeking to overturn the measure taken by the divorce court.

measure were too easily modified or replaced. A joint proposal by the German and Dutch delegations (Work. Doc. No 93) would have made it clear that „the change of habitual residence is not in itself a change of circumstances justifying a modification of the measures of protection taken by a Contracting State“. The proposal was not adopted, for the Commission did not want to bind the hands of the authority having jurisdiction, which should retain a full power of assessment. Moreover, the risk feared by the authors of the proposal also exists in the internal laws.

*Article 6 (children who are refugees, displaced or without habitual residence)*

*Paragraph 1*

44 This paragraph concerns „refugee children and children who, due to disturbances occurring in their country, are internationally displaced“. This phrase reproduces the terms of a Recommendation adopted by a Special Commission of the Hague Conference on 21 October 1994 concerning the application to these children of the Convention of 29 May 1993 on intercountry adoption. The category of children here contemplated is limited to those who have left their countries because of conditions which were arising there, and who often are not accompanied and, in any case, are temporarily or definitively deprived of their parents. It does not concern the other children who have been internationally displaced, such as runaway or abandoned children, for whom other provisions of the Convention should permit a solution to be found (see below, Art. 31 c).

The children contemplated by this paragraph often have need, even without a situation of urgency, for their protection to be organised in a lasting manner. They may indeed, for example, be led to apply for asylum or be the subject of a request for adoption. It is therefore necessary to designate a legal representative and the normal jurisdiction attributed by the Convention to the authorities of the State of their habitual residence is here inoperative, since these children have by hypothesis broken all links with the State of their previous habitual residence, and the precariousness of their stay in the State where they have provisionally found refuge does not allow it to be considered that they have acquired a habitual residence there. The Commission rejected the solution consisting of submitting these decisions to the jurisdiction provided for cases of urgency, or even broadening the jurisdiction based on urgency to cover these circumstances. It considered that such a solution would have weakened the Convention by creating an incitement to utilise urgency jurisdiction in all circumstances. The Commission preferred, almost unanimously, to attribute in these situations to the authorities of the State on the territory of which these children are present the general jurisdiction normally attributed to the authorities of the State of the child's habitual residence.

*Paragraph 2*

45 This paragraph extends the solution of paragraph 1 (general jurisdiction of the court where the refugee or displaced child is present) „to children whose habitual residence cannot be established“. The court of the place where the child is present here plays the role of a jurisdiction of necessity. This jurisdiction will have to cease whenever it has been established that the child has a habitual residence somewhere. If this habitual residence is on the territory of a Contracting State, the authorities of this State will henceforth have jurisdiction. If it is situated in a non-Contracting State, the authorities of the State on the territory of which this child is present will no longer have anything more than the limited jurisdiction given to them by Articles 11 and 12 (see below). The text does not specify whether the court of the Contracting State, on the territory of which the child who has no habitual residence is present, is to retain the jurisdiction attributed to it by Article 6, paragraph 2, where measures of protection for the child have been taken in a non-Contracting State, for example in the State of the child's nationality. It seems reasonable to think that the Convention does not limit the jurisdiction of a court based on presence, but rather leaves it free to determine according to its law whether it should recognise and give effect to the measures taken in this third State.

*Article 7 (wrongful removal or retention of the child)*

46 The Special Commission had not been able to reach agreement on a text determining jurisdiction in the case of a wrongful removal or retention of the child within the meaning of Article 3 of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. The Diplomatic Conference succeeded in doing so after long discussions.

The underlying idea is that the person who makes a wrongful removal should not be able to take advantage of this act in order to modify for his or her benefit the jurisdiction of the authorities called

upon to take measures of protection for the person, or even the property, of the child. But, on the other hand, the wrongful removal, if it persists, is a fact that cannot be ignored to such a point as to deprive the authorities of the new State, which has become that of the new habitual residence of the child, of this jurisdiction over protection.

The difficulty consists therefore in determining the temporal threshold from which jurisdiction would pass from the authorities of the State from which the child has been wrongfully removed, to those of the country to which he or she has been taken or in which he or she has been retained.

This difficulty is partly resolved, at least as concerns rights of custody, by Article 16 of the Hague Convention of 25 October 1980 mentioned above, under the terms of which, after having been informed of the wrongful removal or retention of the child „the judicial or administrative authorities of the Contracting State to which the child has been removed or in which it has been retained shall not decide on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under this Convention or unless an application under this Convention is not lodged within a reasonable time following receipt of the notice“. A provision of the Convention confirming the primacy of the 1980 Convention would have, for questions of custody rights, dealt with the problem, but only in the relations between Contracting States of the future Convention and States Parties to the Convention of 25 October 1980 (see, in this sense, Art. 50 below). A specific general provision was nonetheless necessary in order to resolve this question in a uniform way in respect of all the Contracting States, whether or not they are Parties to the Convention of 25 October 1980. Article 7 goes in this direction.

#### *Paragraph 1*

47 The first paragraph maintains the jurisdiction of the authorities of the Contracting State in which the child had his or her habitual residence immediately before the wrongful removal or retention, until the time when the child has acquired a habitual residence in another State and certain other conditions are fulfilled. In maintaining this jurisdiction, the text does not presume that the child has retained, more or less fictitiously, his or her habitual residence in the State from which he or she was wrongfully removed; it accepts, to the contrary, the possibility of a loss of habitual residence in that State, but it is intended to avoid that, during any period of hiatus between the loss of the old and the acquisition of the new habitual residence, jurisdiction might pass to the authorities of the State on the territory of which the child might be simply present in accordance with Article 6, paragraph 2 (see above). In this period of instability for the child, it is indeed desirable to avoid too frequent changes of jurisdiction.

Moreover, it does not suffice, in order for the authorities of the State of the former habitual residence of the child to lose their jurisdiction, that the child has acquired a habitual residence in another State. Other conditions must yet be fulfilled, which the Convention presents in an alternative manner, following as closely as possible the substance of the conditions posed by the Convention of 25 October 1980.

48 *a* The first branch of the alternative is that „each person, institution or other body having rights of custody has acquiesced in the removal or retention“ (Art. 7, paragraph 1 *a*). If this is the case, and if, as indicated above, the child has acquired a habitual residence in another State, the authorities of the State of the former habitual residence lose the jurisdiction which they had under Article 5.

This circumstance is one of those set out in Article 13 of the Convention of 25 October 1980, in order to authorise the requested State not to order the return of the child and at the same time allowing it to rule as to custody rights on the merits (Art. 16, mentioned above, of the same Convention). It is, however, notable that in the new Convention it is acquiescence in the wrongful removal which triggers, if it is added to the other conditions required, the disappearance of the jurisdiction of the authorities of the child's former habitual residence, rather than the decision of the authorities of the State to which the child has been removed to refuse return. The Commission followed on this point the comments of the United States delegation, and it wanted to avoid jurisdiction to take measures of protection for the child being able to depend, to any extent at all, on a decision of the authorities of the State to which the child has been removed, even if this decision were founded on the grave risk that the return of the child expose him or her to physical or psychological danger (Art. 13 *b*, Convention of October 1980).

The drafting adopted („each person ...“) implies that, in the hypothesis of joint or alternate custody, all of the holders of custody rights must have acquiesced in the removal or in the retention. These

custody rights are those which have been attributed „under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention“ (Art. 7, paragraph 2 *a*).

Certain delegations contended during the discussions, without meeting any opposition, that only lawful acquiescence should be taken into consideration, and not that sort of acquiescence which would provide cover for child trafficking to which unworthy custodians might have consented.

49 *b* In the absence of acquiescence in the wrongful removal or retention, the second branch of the alternative which could bring about the loss of jurisdiction on the part of the authorities of the child's former habitual residence is constituted by the conjunction of the three following conditions: *i*) residence of the child in the State of his or her new habitual residence for a period of at least one year after the holder of rights of custody has or should have knowledge of the whereabouts of the child; *ii*) the lack of any request for return, presented during this period and still pending; *iii*) the child being settled in his or her new environment (Art. 7, paragraph 1 *b*).

These conditions bring to mind those which are posed by Article 12 of the Convention of 25 October 1980. This text permits the requested authority not to order the return of the child where the proceedings for return have only been commenced after the expiration of a period of one year and it is demonstrated that the child is settled in its new environment. The discordance arises from the fact that, in the Convention of 25 October 1980, the period of one year starts with the removal or retention, while in the new Convention, as indicated above, this point of departure is later. Therefore, one cannot eliminate the hypothesis in which the authorities of the State to which the child has been removed or in which the child has been retained are not bound to order the return of the child – which might make one think that the child's habitual residence has been transferred to that State and that its authorities have acquired jurisdiction, in any case under Article 5 of the 1961 Convention, to take measures of protection and decide in particular on custody and rights of access – while this jurisdiction over protection would still belong, under the new Convention, to the authorities of the State in which the child had his or her habitual residence immediately before the wrongful removal or retention. If, in this hypothesis, the authorities of this latter State, which have jurisdiction under Article 7 of the new Convention, decide to change the custody rights, it seems that the authorities of the State to which the child has been wrongfully removed will have to recognise and enforce this decision in accordance with Articles 23 *et seq.* of the new Convention. But if this State is not a Party to the new Convention and is a Party only to that of 25 October 1980 (or even to the Convention of 5 October 1961), it will not be bound to recognise this decision; and it may, it seems, consider itself alone to have jurisdiction.

#### *Paragraph 2*

50 This paragraph reproduces word for word the definition of wrongful removal or retention given by the Convention of 25 October 1980. It suffices here to make reference to the very complete explanations set out in the Report of Professor Elisa Pérez-Vera on that Convention (paragraphs Nos 64-74).

#### *Paragraph 3*

51 The maintenance, so long as the conditions set out in paragraph 1 are not fulfilled, of jurisdiction on the part of the authorities of the State in which the child had his or her habitual residence immediately before the wrongful removal or retention should not hide the fact that the authorities of the State to which the child has been removed or in which the child is retained are henceforth the closest to the child. For this reason, paragraph 3 of Article 7 recognises their jurisdiction to take the urgent measures necessary for the protection of the person or the property of the child in accordance with Article 11 (see below). This jurisdiction however does not extend to the provisional measures with territorial effect attributed by Article 12 to the authorities of the State where the child is present.

#### *Articles 8 and 9 (jurisdiction transferred to an appropriate forum or requested by one)*

52 These Articles introduce into the Convention a reversible mechanism for *forum non conveniens* and *forum conveniens*, where it appears that the child's best interest is that his or her protection be ensured by authorities other than those of the State of the habitual residence. The two articles are parallel. Article 8 allows the authorities of the habitual residence of the child to decline jurisdiction in favour of the authorities of another State, where they are satisfied that such authorities will exercise the jurisdiction entrusted to them. Article 9 allows the authorities of a State other than that of the habitual residence of the child to request that the competent authority of the State of the child's habitual

residence abandon its jurisdiction, so that the authorities of this other State may take the measures of protection which they consider necessary.

*Article 8 (transfer of jurisdiction to an appropriate forum)*

*Paragraph 1*

53 Jurisdiction in principle belongs to the authorities of the habitual residence or, in the cases mentioned in Article 6, to those of the State on the territory of which the child is present. As an exception to this jurisdiction in principle, the Convention envisages the possibility for the authority which normally has jurisdiction to transfer jurisdiction to the authority of another Contracting State if it thinks that the latter „would be better placed in the particular case to assess the best interests of the child“. This might be the case if a child habitually resides with his or her parents in a Contracting State other than that of the child's nationality and both parents are killed in an accident. The child will be very likely to return to the State of nationality where the other members of his or her family reside, and the authorities of the habitual residence may think that the best interests of the child are for his or her protection to be organised by the authorities of the country of nationality.

This assessment of the best interests of the child is left to the judgment of the authority normally having jurisdiction, which should therefore show proof of discernment. It was observed in the course of the discussions that it would be particularly inopportune, for example, that the authority of the State where the child is present, normally having jurisdiction by virtue of Article 6 to take measures of protection for a refugee child, propose to the child's national State that it deal with the protection of such a child.

This possibility of transfer of jurisdiction is provided in the Convention only for the benefit of the authority of another Contracting State. The Commission rejected diverse proposals<sup>32</sup> which would have authorised transfer to the authority of a non-Contracting State if such were in the best interests of the child. The reason for this refusal is that the measures taken by the authority of the third State benefiting from the transfer of jurisdiction could not, for lack of reciprocity, be recognised in application of the Convention in the Contracting States, and that a serious gap in the protection would result since there would no longer be, as a result of the transfer, any authority which would normally have jurisdiction within the meaning of the Convention.

54 When it thinks that it is in the child's best interests to transfer jurisdiction to the authority of another State, the authority normally having jurisdiction has two possibilities: either to contact the authority that it considers to be the most appropriate and ask it to accept its jurisdiction in order to take the measures it considers to be necessary, or instead to suspend consideration of the case and invite the parties to introduce such a request before the other authority.

These two possibilities are placed on an equal footing and the choice between them is left to the judgment of the authority which normally has jurisdiction. No distinction is made in this connection based on whether the authorities having jurisdiction over child protection are judicial or administrative authorities. Undoubtedly, the procedure for direct communication between authorities (first branch of the option) may be rather easily implemented by an administrative authority, while suspending consideration of the case (second branch of the option) may seem more suitable for a judicial authority. The Special Commission, followed by the Commission, however, rejected the suggestion that the procedure be linked to the nature of the authority in question, after having observed that the division of powers between administrative authorities and judicial authorities varies from one legislation to another. It will therefore be up to each Contracting State in ratifying the Convention to provide in its legislation, if that does not already exist (or if it is not, in its system, an automatic consequence of the Convention's entry into force), the possibility for its authorities to address an authority in another State. By providing that this request may be submitted with the assistance of the Central Authority of the State of the authority addressed, Article 31 *a* should help in overcoming this difficulty.

*Paragraph 2*

55 This paragraph enumerates the States whose authorities may be addressed under the conditions set out in the preceding paragraph, in other words at the request or with the permission of the authority normally having jurisdiction under Article 5 or 6.

<sup>32</sup> Work. Docs. Nos 4 and 63 emanating respectively from the United States and from the Netherlands.

The text mentions first of all „a State of which the child has the nationality“. The jurisdiction of the authorities of the State of the child's nationality, who had, at least theoretically, primacy in the 1961 Convention, is in the new Convention no more than the first one named of the subsidiary jurisdictions which may benefit from a voluntary declining of jurisdiction by the authority normally having jurisdiction. The drafting of the text indicates clearly that, in the hypothesis in which the child has more than one nationality, the subsidiary jurisdiction may be attributed to the authorities of one or another of his or her national States.

The text mentions then „a State in which property of the child is located“.<sup>33</sup> This jurisdiction will be appropriate where what is involved is the taking of a measure of protection dealing with this property. The example was given of the granting of an authorisation to sell immovable property located in a State other than that of the child's habitual residence. But the language of the text does not limit the subsidiary jurisdiction of the court where the property is located to measures concerning the property (*cf.* Art. 11, paragraph 1, below).

The third State whose subsidiary jurisdiction is mentioned is that „whose authorities have taken jurisdiction over a request for divorce<sup>34</sup> or legal separation of the child's parents, or for annulment of their marriage“. Certainly, the divorce court, whose jurisdiction could in the 1961 Convention be reserved by the States (Art. 15), has been given primary concurrent jurisdiction in Article 10 (see below). The subsidiary jurisdiction provided in Article 8 is however not without value, at least in the case where the conditions posed by Article 10 for the exercise of this jurisdiction on a primary basis are not fulfilled and where it appears, however, that the divorce court would be the most appropriate forum.

Paragraph 2 mentions, finally, „a State with which the child has a substantial connection“. This formulation, the flexibility of which goes very well with the underlying theory of *forum non conveniens* which inspires Article 8, encompasses and exceeds the three preceding cases mentioned, which are only illustrations. It will permit, according to the case and always as a function of the child's best interests, the possible jurisdiction, for example of the authorities of the State of the former habitual residence of the child, or of the State in which members of the child's family live who are willing to look after him or her.

#### *Paragraphs 3 and 4*

56 The exchange of views between the authorities concerned, provided for by paragraph 3, will often be necessary so that the requested authority may in its turn assess whether it is better placed than the authority of the State of the child's habitual residence to exercise jurisdiction over protection in the best interests of the child. This exchange of views will take place within the framework of the mechanisms for co-operation between Contracting States provided for in Chapter V of the new Convention (see below).

It is the assessment of the child's best interests by the requested authority that will govern the decision which it will take to accept or to decline the jurisdiction which it is being asked to exercise. These best interests thus call for a dual examination, on the part of the authority whose jurisdiction is initially invoked and on the part of the requested authority. If the requested authority does not reply within a reasonable period of time to the request which has been addressed to it, it will be, since the text does not speak to this situation, for the authority whose jurisdiction was initially invoked to draw the consequences and to exercise its jurisdiction fully.

The best interests of the child ought to be assessed in the concrete situation, „in the particular case“, as the text says, in other words at the moment when a certain need for protection is being felt, and for the purpose of responding to this need. The text should not therefore be understood as instituting a definitive transfer of jurisdiction to the requested authority. The transfer is limited to what is necessary „in the particular case“ which has been the occasion for it. Nothing, indeed, allows it to be affirmed in advance that under future circumstances the authority which has jurisdiction under Article 5 or 6 might not be better placed to decide in the best interests of the child.

<sup>33</sup> On the meaning of the expression „property of the child“, see below under Article 11, paragraph 1.

<sup>34</sup> The Commission did not accept a proposal of the delegation of the Netherlands (Work. Doc. No 69) which would have assimilated to divorce within the meaning of this article the dissolution of an agreement for a civil partnership uniting, in certain Scandinavian legislation, homosexual couples. The delegations of the Scandinavian States had pointed out that, in their countries, the rule adopted was to refuse joint guardianship in favour of the couple over the children of one of the partners.



*Article 9 (jurisdiction requested by an appropriate forum)*

57 Article 9 allows the authorities of the States mentioned in Article 8, paragraph 2, these being the authorities whom the authorities who have jurisdiction under Article 5 or 6 may ask to exercise protective jurisdiction, to take themselves the initiative of asking or having it be asked that such jurisdiction be granted.

The procedure provided is exactly symmetrical to that provided in Article 8. The requesting authority, whose jurisdiction may have been invoked by a party, should normally decline jurisdiction since its jurisdiction is not provided for in Article 5 or 6. If, however, it thinks that in the particular case it is better placed to assess the best interests of the child, it will have, as does the authority normally having jurisdiction in the preceding case, two possibilities: either to address itself to the authority of the State of the child's habitual residence, directly or with the assistance of the Central Authority of the said State, and ask it for permission to exercise jurisdiction in order to take the measures which it considers to be necessary, or else stay the proceedings and invite the parties to bring such a request before that authority.

58 Under Article 9, the request for the transfer of jurisdiction is to be addressed to the authorities of the State of the child's habitual residence, which corresponds to the jurisdiction in principle set out in Article 5. Article 9 does not provide that, in the situations mentioned in Article 6, the request is to be addressed to the authorities of the State on the territory of which the child is present. This dissymmetry with Article 8 appears to be due to an oversight. The enlargement of Article 8 to the situations envisaged in Article 6, which was due to a proposal of the German delegation (Work. Doc. No 62) had been overlooked during the discussion of Article 9. *The Reporter is of the opinion that on this point Article 9 should be aligned on Article 8.* If the authorities of the State of the child's nationality are entitled to ask those of the State of the habitual residence to authorise them to exercise protective jurisdiction, for even stronger reasons they ought to be able to ask the same of the authorities of the State to which, due to disturbances occurring in the country of the child's habitual residence, the child has been provisionally removed. The treatment which follows, and which refers, in accordance with the precise words of the text, to the State of the child's habitual residence, ought to be read in favour of this remark.

59 The text was drafted in the supposition that the authorities of the State of the child's habitual residence have not had their jurisdiction invoked, nor have they been informed about the need for protection of the child concerned. Nothing precludes, however, the procedure of Article 9 from being utilised in a case in which the competent authority of the State of the child's habitual residence has already received a request. This authority might have been able, or might still be able to have recourse to the procedure provided for in Article 8. Having received a request based on Article 9, it will have at its disposal additional elements of information, and the possibility should be left for it to decide on jurisdiction in the best interests of the child. The customary mechanisms for *lis pendens* do not apply in such a situation, since the jurisdiction of the authorities of the State other than that of the child's habitual residence is subordinated to the agreement of the competent authority of the State of the habitual residence.

Like Article 8, Article 9 provides for the possibility of an exchange of views between the authorities concerned.

60 The situation should normally be resolved, as in the case of Article 8, by a positive or negative decision of the requested authority. Reversing the solution adopted by the Special Commission, the Commission adopted a proposal by the United States subjecting the exercise of jurisdiction by the authority originating the request to the express condition that the authority of the Contracting State of the habitual residence has accepted the request. In other words, silence on the part of the authority of the Contracting State of the habitual residence is taken as rejection of the request. The authority which originated the request may only take the urgent or provisional measures mentioned in Articles 11 and 12, if it fulfils the jurisdictional requirements set out in such articles. This new solution is fully justified by the fear that the contrary solution might have given rise to competing requests coming from the authorities of different Contracting States who would be led to take, in the face of silence on the part of the authority of the habitual residence, measures which would be mutually incompatible.

*Article 10 (the divorce court)*

61 The Convention of 5 October 1961 had provided the possibility for a Contracting State to make a reservation maintaining the jurisdiction of its authorities called upon to decide on an application for divorce, legal separation or annulment of the marriage of the parents of a minor, in order to take measures of protection for the minor's person or property (Art. 15). The withdrawal of this reservation by the majority of the States which had taken it<sup>35</sup> has had the consequence that the divorce court no longer has the jurisdiction to take measures of protection for the child, unless it coincides with one of the fora provided for in the Convention of 5 October 1961. The Special Commission had accepted this result and had envisaged jurisdiction on the part of the divorce court to take measures of protection for the child only on a subsidiary basis, within the limited framework of Articles 8 and 9 (see above). At the time of the Diplomatic Conference, the Member States of the European Union, which were engaged in the negotiation of a convention called „Brussels II“ intended to extend the Brussels Convention of 27 September 1968 to „matrimonial causes“ and providing in particular for attribution of jurisdiction to the divorce court under certain conditions to decide on the exercise of parental authority, were afraid of too great a disparity on this point between the two conventions which were being drawn up. They therefore requested and obtained the insertion in the new Hague Convention of an article giving the divorce court jurisdiction to take measures of protection for the person and the property of the minor. This is the purpose of Article 10, to which is added, in Article 52, a so-called „disconnection“ clause authorising one or more Contracting States to conclude agreements on matters dealt with by the Convention, in respect of children having their habitual residence in one of the States Parties to these separate agreements (see below).

*Paragraph 1*

62 This paragraph provides for concurrent jurisdiction of the court of divorce, legal separation or annulment of the marriage,<sup>36</sup> in order to take, if certain conditions set out in sub-paragraphs *a* and *b* are fulfilled, measures of protection for the person or the property of the child. This jurisdiction is not in any way imposed on the divorce court. It is simply recognised by the Convention, where it already exists in the internal law of the State in which the divorce is requested. But it extends, if the law of such State so provides, to all measures of protection for the person and property of the child and not only to measures concerning the exercise of parental responsibility.

63 1) This jurisdiction is concurrent and not exclusive. The Member States of the European Union would have preferred an exclusive jurisdiction, which would have had for them the advantage of avoiding precisely the concurrent exercise of jurisdiction by several authorities of different Contracting States and therefore of better responding to the stated objects of the new Convention. But numerous other delegations, especially from the common law countries, were opposed to a solution which would have deprived the authorities of the State of the child's habitual residence, during the long years for which a divorce proceeding may be pending, of their protective jurisdiction.

The compromise was found in the acceptance of concurrent jurisdiction, as the first words of the article indicate: „without prejudice to Articles 5 to 9“. The jurisdiction of the divorce court does not therefore exclude that of the authorities of the State of the current habitual residence (Art. 5) or of the former habitual residence (Art. 7) or of the mere presence of the child, in the situations described in Article 6. This jurisdiction also does not exclude the mechanisms for transfer of jurisdiction provided in Articles 8 and 9. For example, Article 10 does not prevent the authorities of the habitual residence transferring protective jurisdiction to those of the State of the child's nationality or accepting a request for transfer presented by those authorities.

This concurrence of several authorities having jurisdiction to take measures of protection for children creates a problem which is related to that of *lis pendens*. Since this problem may arise in other situations besides divorce, it was dealt with in the Convention in a provision of a general nature, which appears at Article 13 (see below).

64 2) The jurisdiction of the divorce court to take measures of protection for the child is granted to it only if this court has certain links of proximity with the child as set out in sub-paragraphs *a* and *b* of paragraph 1, the conditions of which are cumulative.

<sup>35</sup> Except Luxembourg, Poland and Turkey, which have kept the reservation in effect.

<sup>36</sup> Hereafter, for sake of brevity, the reference will be made only to the divorce court.

The first condition (sub-paragraph *a*) is that at least one of the child's parents habitually resides in the country where the divorce is requested. This habitual residence must have existed at the time of commencement of the proceedings, but it is not required that it continue throughout the divorce proceeding.

This sub-paragraph also requires that one of the parents have parental responsibility in respect of the child, but not necessarily the parent who has habitual residence in the State of the divorce. The Commission thought that the divorce court of two parents, both of whom have been deprived of parental responsibility, would have no basis on which to exercise protective jurisdiction in respect of the child.

65 The second series of conditions (subparagraph *b*) is that the protective jurisdiction of the divorce court has been accepted by both parents and is in the best interests of the child. The text does not require the agreement of the parents on the measures to be taken, but only on jurisdiction. It adds that this jurisdiction should also have been accepted by any other person having parental responsibility in respect of the child. As sub-paragraph *a* had already required that one of these parents have this parental responsibility, it is necessary, in order to give meaning to this condition set out in sub-paragraph *b*, to imagine a situation in which parental responsibility would be divided between one of the parents and a third person. The conformity of this jurisdiction to the best interests of the child is to be judged sovereignly by the court which is seised of the request for divorce.

Where one or more of these conditions is not fulfilled, the divorce court does not have jurisdiction to take measures of protection for the child, unless it benefits from a transfer of jurisdiction in application of Articles 8 and 9. Thus, the court of the common nationality of the parents which, in numerous States, has jurisdiction to grant a divorce and which, in the Convention of 5 October 1961, had primary jurisdiction to take measures of protection in that it was also, except for very rare situations, the court of the child's nationality, loses in the new Convention this primary jurisdiction, if it does not meet the conditions set out in sub-paragraphs *a* and *b* of Article 10, paragraph 1.

#### *Paragraph 2*

66 The paragraph sets the temporal limits beyond which the jurisdiction of a divorce court to take measures of protection for the child ceases. This jurisdiction ceases when the divorce proceedings come to an end, whether because they have resulted in a decision which has become final, granting or refusing the request for divorce, or because they have come to an end for another reason, such as withdrawal or lapsing of the request, or yet the death of a party. It is the procedural law of the State whose authority is seised with the request for divorce which is applicable to the question of whether the proceedings have ended or whether the decision has become final.

This rule means that, once the proceedings have ended and the divorce has been pronounced, for example, it will no longer be possible to return before the divorce court to ask it to modify the measures for protection of the children which it had taken when it was still seised with the request for divorce. Only the authority which would normally have jurisdiction in application of Articles 5 to 9 of the Convention will thenceforth be able to decide.<sup>37</sup> But the measures taken by the divorce court while it still had jurisdiction will continue to produce their effects under the conditions set out in Article 14 (see below).

#### *Articles 11 and 12 (concurrent jurisdiction of the authorities of the State of the child's presence or of the location of his or her property)*

67 These two articles attribute to the authorities of each Contracting State on the territory of which the child, or property belonging to the child, is present jurisdiction which is limited but concurrent to take, either measures necessitated by an urgent situation, or provisional measures with territorial effect.

The scope of application of these two articles as to the children concerned is broader than that of Articles 5 to 10, for it includes all the children present or having property in a Contracting State, even if their habitual residence is in a non-Contracting State. This circumstance made necessary, for each of these two articles, the adoption of a provision taking into consideration the decisions taken by the authorities of a non-Contracting State.

<sup>37</sup> On the risk of a hasty replacement of the measures taken by the divorce court, see above, No 43, under Article 5, paragraph 2.

*Article 11 (jurisdiction in case of urgency)*

*Paragraph 1*

68 This text, which is almost a reproduction of Article 9, paragraph 1, of the 1961 Convention, attributes to the authorities of each Contracting State on the territory of which the child or property belonging to him or her is present, jurisdiction to take, in cases of urgency, the necessary measures of protection.

Just as the 1961 Convention did not define the notion of urgency, neither does the new Convention.<sup>38</sup> It might be said that a situation of urgency within the meaning of Article 11 is present where the situation, if remedial action were only sought through the normal channels of Articles 5 to 10, might bring about irreparable harm for the child. The situation of urgency therefore justifies a derogation from the normal rule and ought for this reason to be construed rather strictly.

The jurisdiction provided in Article 11 is, as an exception to the principle on which the Convention is based, a jurisdiction which is concurrent with that of the authorities of the State of the child's habitual residence. Its justification is precisely the existence of a case of urgency. If this jurisdiction had not been provided, the delays which would be caused by the obligation to bring a request before the authorities of the State of the child's habitual residence might compromise the protection or the interests of the child. This concurrent jurisdiction will have occasion to be exercised, for example, if it is necessary to ensure the representation of a child who is away from his or her habitual residence and who must undergo an urgent surgical operation, or yet if it is necessary to make a rapid sale of perishable goods belonging to the child.

69 The States whose authorities may be mobilised on the basis of urgency are the States on the territory of which the child or property belonging to him or her is present. As concerns the authority of the State where the child is present, this extends by hypothesis to children other than refugee or displaced children within the meaning of Article 6, paragraph 1, or children without a habitual residence within the meaning of Article 6, paragraph 2. For these children, indeed, in the absence of a State of habitual residence which is established or accessible, the authorities where the child is present have general jurisdiction. Here, to the contrary, the jurisdiction based on presence has a scope limited to situations of urgency.

The authorities of the State on the territory of which property of the child is present have, in cases of urgency, jurisdiction which is not limited to the protection of this property. The Special Commission rejected a proposal by the Slovak Republic which would have compartmentalised, in a certain way, the two bases for taking jurisdiction in case of urgency. It is possible though to conceive that the urgency requires the sale in one country of property of the child, in order to furnish to him or her in the country where he or she is present, the resources which are immediately necessary.

70 At the request of one delegation, the Special Commission, which was not disavowed by the Commission, on this point, had expressed the opinion, even though this did not appear in the text, that the court of the place where property of the child is situated would also have jurisdiction in case of urgency, even if the child's ownership of this property was being contested. Following a similar line of thinking the word „property“ should be understood to include an element of the child's patrimony (*Vermögen* in German), whatever might be the child's rights in this piece of property and even if it were not to be a right of ownership in the strict sense (*Eigentum*).

The Commission deliberately abstained from setting out what measures might be taken on the basis of urgency in application of Article 11. This is indeed a functional concept, the urgency dictating in each situation the necessary measures.

*Paragraph 2*

71 The jurisdiction of authorities based on urgency, even though it is concurrent with the jurisdiction of the authorities normally having jurisdiction, should remain subordinate to the latter. Also paragraph 2 of Article 11 provides, in a drafting close to that of the 1961 Convention and as limited as that was (but with a different paragraph 1) for the cases in which the children concerned have their habitual

---

<sup>38</sup> A proposal in this direction by the Israeli delegation (Work. Doc. No 73) did not receive the support of any other delegation.

residence in a Contracting State, that the measures taken in application of the first paragraph „shall lapse as soon as the authorities which have jurisdiction under Articles 5 to 10 have taken the measures required by the situation“. At that moment, the situation is under the control of the authorities which normally have jurisdiction, and there is no longer any reason to maintain the jurisdiction of the authorities of the State of the child's presence nor the measures that they have taken in urgent circumstances.

72 This provision presupposes that the measures taken on the basis of urgency are recognised in all the Contracting States.<sup>39</sup> For example, a decision by which the court of the State where the child is present withdraws from the father the right to determine the child's place of residence, because of the urgency created by risks of sexual abuse to which the child would be exposed, should be recognised in the other Contracting States until the authority which normally has jurisdiction under Articles 5 to 10<sup>40</sup> has ruled on the question of parental responsibility.<sup>41</sup>

The text did not wish to impose on the authority basing its jurisdiction on urgency the obligation to inform the authorities of the State of the child's habitual residence about the measure taken, for fear of overburdening the operation of the Convention and furnishing a pretext for refusal of recognition of such measure in the other Contracting States, in the case where this information would not have been given.

The corresponding paragraph of Article 9 of the 1961 Convention sets it out that the measures taken lapse after action has been taken by the authorities which normally have jurisdiction, but „subject to the continued effectiveness of action completed thereunder“. The Convention did not retain this phrase which seemed to say something which was obvious. It is obvious indeed that one cannot go back on a surgical operation or a sale of property which has already taken place.

### *Paragraph 3*

73 This paragraph, which does not correspond with any provision in the 1961 Convention, also governs the question of the survival of measures taken by the court acting under urgency jurisdiction, but in the hypothesis in which the children concerned do not have their habitual residence in a Contracting State. If the authorities of the non-Contracting State of the habitual residence of the child, or as the case may be of another State whose jurisdiction may be recognised, have taken the measures required by the situation, there is no reason to maintain the measures taken by the court acting under urgency jurisdiction.

The rational basis for this conclusion is the same as in the situation envisaged in paragraph 2, with the difficulty specific to this situation that the authority which would normally have jurisdiction is that of a non-Contracting State, to which by hypothesis the Convention has not been able to attribute jurisdiction, and of which the decisions are not necessarily recognised in the Contracting States. Certain delegations<sup>42</sup> had proposed to provide in the Convention for recognition by operation of law in the Contracting States of measures taken by a non-Contracting State which had a basis for jurisdiction corresponding to the bases for jurisdiction set out in Articles 5 to 10 of the Convention. This idea, which was very novel, of an international obligation for recognition without reciprocity would go counter to the constitutional requirements of several States and was not retained by the Commission. The recognition in the Contracting States of the measures taken by a non-Contracting State may only depend on the national law of each of the Contracting States concerned, in such a way that the cessation of the effects of measures taken by the court acting under the urgency jurisdiction will not occur in a uniform and simultaneous manner in the different Contracting States. For this reason paragraph 3 sets out that the measures taken by the court acting under the urgency jurisdiction „shall lapse in each

<sup>39</sup> This solution is moreover set out further along, in Article 23.

<sup>40</sup> These being, according to the situation, the authority of the State of the child's habitual residence, that which has benefited from a transfer of jurisdiction as provided in Articles 8 and 9, or the divorce court.

<sup>41</sup> For example, adapted from that given by Staudinger/Kropholler (1994), Vorbem. 478 zu Art. 19 EGBGB and drawn from BayObLG 23.9.1976, *IPRspr.* 1976 No 69.

<sup>42</sup> See the proposals of the delegations of the United States (Work. Doc. No 4) and Switzerland (Work. Doc. No 71), which indeed are quite different one from the other.

Contracting State, as soon as measures required by the situation, and taken by the authorities of another State are recognised in the Contracting State in question“.<sup>43</sup>

*Article 12 (provisional measures of territorial effect)*

*Paragraph 1*

74 Independently of the cases of urgency, Article 12 attributes also to the authorities of each Contracting State, on the territory of which the child or property belonging to him or her is present, concurrent jurisdiction „to take measures of a provisional character for the protection of the person or property of the child which have a territorial effect limited to the State in question“.<sup>44</sup>

This text arose from a proposal of the delegation of the United Kingdom accepted by the Special Commission and inspired by the concern for ensuring the protection of children present in a foreign country for a stay of limited duration (vacation, short periods of schooling, harvest, etc.). Without there being, strictly speaking, urgency, it might be desirable, it was said, to help the family receiving this child, which is perhaps a little overburdened, by placing the child for the duration of his or her stay in a shelter or in another family, but under the supervision of the local social authorities. If such a measure were to prove to be desirable, the authorities of the place where the child is present would be the best placed to take it. At the Diplomatic Session, the desirability of keeping this article was discussed, since certain delegations feared that it might be utilised by the authorities of the State where the child is present, in order to take measures characterised as being provisional, but which might touch on questions as important as the attribution of the custody of the child, which would thus have devolved in a separate fashion on the territory of this State. This fear was finally judged to be excessive because of the limitations set out in the text, and the retention of this text was decided on a by a weak majority.<sup>45</sup>

75 A first limitation concerns the case of wrongful removal. The exception of Article 7, mentioned at the beginning of this paragraph, is a reminder that the authorities of the State to which the child has been wrongfully removed, or in which the child has been wrongfully retained, may only, so long as the authorities of the State in which the child had his or her habitual residence immediately before the removal or retention retain their primary jurisdiction, take urgent measures, but not provisional measures which do not take on this quality of urgency (see above, under Art. 7, paragraph 3).

A second limitation comes from the provisional nature and the territorially limited efficacy of the measures which can be taken. In addition, and it is a third limitation, these measures must not be incompatible with those already taken by the authorities having jurisdiction under Articles 5 to 10. There is therefore no reason to fear that the authorities having jurisdiction under Article 12 might organise on the territory of their State a sort of separate protection of the child, since they must respect all the measures already taken by the authorities which normally have jurisdiction. This limitation differentiates Article 12 from Article 11. It is only in the situations of urgency that the court of the place where the child is present may set aside the measures taken previously by the authorities which normally have jurisdiction.

*Paragraph 2*

76 In terms very close to those of the second paragraph of Article 11, and for the same case of a child having his or her habitual residence in a Contracting State, this paragraph provides that the provisional measures thus taken shall lapse as soon as the authorities which have jurisdiction under Articles 5 to 10 „have taken a decision in respect of the measures of protection which may be required by the situation“. This last part of the sentence differs from that utilised in Article 11. It may be that,

---

43 An apparent difference of drafting between the English and French texts of this paragraph 3 may have caused certain English-speaking delegations to believe that the measure taken in urgency would cease to have effect as soon as the measure taken in a non-Contracting State was recognised in the Contracting State having taken the urgent measure. In reality the letter and the spirit of the text indicate that the urgent measure, which is recognised in application of Article 23 in all the Contracting States, ceases to have effect in a separate manner in each of the States as soon as recognition is given in each one of these States (and not only in the State whose authority has taken the urgent measure) to the decisions taken by a non-Contracting State.

44 The comments offered above (under Art. 11, paragraph 1) on the subject of the concept of „property“ are equally valid for Article 12.

45 13 votes against 11 and 9 abstentions.

after having examined the situation, the authorities which normally have jurisdiction may consider that no measure need be taken. In such a case, the provisional measures taken in application of Article 12 no longer have any reason for continuing.

*Paragraph 3*

77 This paragraph corresponds to paragraph 3 of Article 11, with the difference that the provisional measures lapse as soon as measures taken in a non-Contracting State are recognised in the Contracting State which has taken the provisional measures. There is no need indeed to envisage here recognition in other Contracting States of the measures taken in a non-Contracting State, since the provisional measures have their efficacy limited to the territory of the State where they have been taken.

*Article 13 (conflicts of concurrent jurisdiction)*

*Paragraph 1*

78 This article, which resulted from a joint proposal by the delegations of Germany and Italy,<sup>46</sup> tries to deal with the conflicts which may arise from the existence in the Convention of concurrent jurisdictions. The most visible hypothesis is that of divorce. The jurisdiction of the divorce court to take measures of protection for the child, provided for in Article 10, does not exclude, as was indicated above, the concurrent jurisdiction of the authorities of the State of the child's habitual residence, or of the authorities of any other State to which those of the State of the habitual residence may have transferred jurisdiction. It should be avoided therefore that requests for measures be posed at the same time before these different courts and result in contradictory decisions. It may be imagined, even though this should be less frequent, that conflicts of the same type might arise between the authorities whose jurisdiction is provided for in Articles 5-10.<sup>47</sup> The text does not include in these possible conflicts those which might bring into competition with each other the normal jurisdiction over protection (Art. 5, for example) and the jurisdiction of urgency (Art. 11). For this reason, if there is truly urgency, the authority having jurisdiction under Article 11 may, and even ought to decide on the measure requested, even though a similar demand might be pending before the court which normally has jurisdiction.

79 Article 13 offers a general rule for the types of conflicts which it envisages. This rule is formulated in terms which are close to those utilised for issues of *lis pendens*. The authority having jurisdiction under Articles 5-10 should abstain from deciding on the request for measures with which it has been seised if corresponding measures have been requested from the authorities of another Contracting State which then had jurisdiction under the same Articles 5-10, such measures then being still under examination. For example, if a divorce proceeding is under way and the divorce court has been asked to decide on the custody of the child, the authority of the State of the habitual residence of the child to which the same request might be presented by one of the parents ought to abstain from deciding on this request. But if, in the same situation, the authority of the State of the habitual residence is asked to take a measure of protection of certain property of the child, this authority may decide after having determined that no similar request had been made to the divorce court.

If the authority initially seised had already taken the measure which was requested of it, the situation would be no longer a situation of *lis pendens* but of the authority in a Contracting State of the measure taken in another Contracting State. This question is dealt with in Articles 14-23 (see below).

*Paragraph 2*

80 Another way of putting an end to conflicts of jurisdiction consists for the authority which has been first seised to transfer the jurisdiction to the authority which was subsequently seised. It will do so if it thinks that this latter authority is better placed to determine the best interests of the child. Paragraph 2 of Article 13 indicates in this sense that the preceding paragraph does not apply – therefore that the authority subsequently seised does not have to abstain from deciding – in the case in which the authority initially seised with the request for measures has renounced its jurisdiction. This possibility gives to the solution of the conflict a greater flexibility than that which is authorised by the technique of *lis pendens*. This latter system works in favour of the authority which was first seised, while para-

<sup>46</sup> Work. Doc. No 110.

<sup>47</sup> For example, in case of wrongful removal between the authorities of the former and the new habitual residence (Art. 7).

graph 2 of Article 13 allows precedence to be given to the most appropriate forum, even if it has been seised subsequently.

This renunciation is reminiscent of the transfers of jurisdiction provided for in Articles 8 and 9, but it is distinct from them. Articles 8 and 9 provide for transfer of jurisdiction to authorities which do not themselves have jurisdiction to take measures of protection of the child. Their basis for jurisdiction resides solely in this transfer. To the contrary, in the situation envisaged by Article 13, the authority seised secondmost has, by hypothesis, jurisdiction under Articles 5-10. The renunciation, putting an end to the situation of *lis pendens*, restores the power to decide on the request for measures but does not have to attribute jurisdictional powers which are possessed already. The renunciation which is brought into question here may therefore result from a unilateral decision of the authority initially seised, without its having to follow the procedure set out in Articles 8 and 9.

*Article 14 (maintenance in force of the measures in case of a change of circumstances)*

81 This text reproduces in substance Article 5, first paragraph, of the 1961 Convention. It ensures the maintenance in force of measures taken by the competent authority, even when the basis for jurisdiction on the part of this authority has subsequently disappeared as a result of a change of circumstances, so long as the authorities which have jurisdiction following this change have not modified, replaced or terminated them.

This maintenance in force is necessary in order to ensure a certain permanence of the protection of the minor. If, for example, a guardian has been designated by the authorities of the first habitual residence of the child, it is necessary that this guardian may continue to exercise his or her functions, in the case where the child has come to reside habitually in another State. Certainly, in accordance with Article 5, paragraph 2, the authorities of this new State have jurisdiction henceforth in order to take measures for protection of the child but, so long as they have not acted, the measures taken before the change of residence should remain in force in order to ensure the continuity of the protection.

The same thing is true if the law of the new habitual residence attributes, by operation of law, parental responsibility to a person other than the one to whom this responsibility had been attributed by a measure of protection taken by the competent authority of the State of the former habitual residence. Legal security requires that a measure be taken in the State of the new habitual residence in order to terminate the functions of the person designated by the measure taken before the change of habitual residence.

The principle set out in Article 23, paragraph 1 (see below), of recognition by operation of law in all the Contracting States of measures taken by the authorities of one of them, would not suffice to reach this result. Article 23 certainly ensures recognition for measures which are in force, but the problem resolved by Article 14, which is commented on here, is precisely knowing whether the measures remain in force after the change of circumstances.<sup>48</sup>

Article 14 applies only to measures taken in application of Articles 5-10. The fate of the measures taken in application of Articles 11 and 12 is governed by the provisions of paragraphs 2 and 3 of each of these articles (see above).

82 The „change of circumstances“ contemplated will be, in the case of Articles 5 and 6 respectively, the change of the State of the child’s habitual residence, or only of the child’s residence. The measures taken will remain in force in accordance with Article 14, but their conditions of application will be governed from the time of the change by the law of the State of the new habitual residence, in accordance with Article 15, paragraph 3 (see below). In the case of Article 7, the change of circumstances results from the text itself, when jurisdiction passes from the authorities of the State in which the child had his habitual residence immediately before the removal or retention to those of the State in which he or she has acquired a new habitual residence. In the case, which should remain exceptional, of Articles 8 and 9, the „change of circumstances“ will be the change of nationality of the child, of the location of the property, or of the close connection on which was based the attribution of jurisdiction to the authority which took the measure. Finally, in the case of Article 10, the change of circumstances will arise from the termination of the divorce proceedings (Art. 10, paragraph 2).

---

<sup>48</sup> On the risk of a hasty change of these measures, see above, No 43, under Article 5, paragraph 2.



83 The maintenance in force of the measures taken is ensured only „according to their terms“. This specification takes into account the fact that the competent authority of the State of the habitual residence may have taken measures applicable only as long as the child resided in that State. For example, it may have provided that any change of residence would have to be the subject of a declaration to the public authorities of the new residence. Such an obligation cannot have extraterritorial effect and will not survive the change of habitual residence to another State. Likewise, if a child has been placed by the same authority under the surveillance of an administrative body charged with youth protection, it is clear that this measure cannot survive a change of the child's habitual residence to another State since the national administrative body charged with protection can exercise its powers only on the territory of the State to which it belongs.

#### *Final remarks*

84 The rules of jurisdiction contained in Chapter II, which have been analysed above, form a complete and closed system which applies as an integral whole in Contracting States when the child has his or her habitual residence on the territory of one of them. In particular, a Contracting State is not authorised to exercise jurisdiction over one of these children if such jurisdiction is not provided for in the Convention. The same solution prevails in the situations described in Article 6, where the child has his or her residence in a Contracting State. In the other situations the mere presence of the child gives rise to the application of Articles 11 and 12, but these articles do not exclude the broader bases for jurisdiction that the Contracting States might attribute to their authorities in application of their national law; only, in this case, the other Contracting States are not at all bound to recognise these broadened bases for jurisdiction which fall outside of the scope of the Convention. The same thing is true, for even stronger reasons, for the children who do not have their habitual residence in a Contracting State, and who are not even present in one. The Commission refused to insert in the text of the Convention a proposal by the Drafting Committee<sup>49</sup> which, inspired by Article 4 of the Brussels and Lugano Conventions, would have provided that, where the child does not have his or her habitual residence in a Contracting State, jurisdiction is, in each Contracting State, governed by the law of that State. This proposal was considered as expressing the correct interpretation of Chapter II of the Convention, but it was not retained for fear that it might itself be interpreted, following the example of the corresponding text of the Brussels and Lugano Conventions, as obligating the other Contracting States to recognise the measures so taken in application of the rules of national jurisdiction – sometimes exorbitant rules – of the Contracting States.

### **Chapter III – *Applicable law***

85 This chapter brings together, out of concern for clarification, the entirety of the rules of conflict of laws which, in the 1961 Convention, were spread out in the midst of the rules governing conflicts of authorities. These rules of conflict of laws concern successively measures of protection, parental responsibility existing by operation of law and the protection of third persons. They are complemented by several general provisions dealing with the universal character of these provisions, with renvoi and with conflicts of systems for choice of law as well as with the exception for public policy.

#### *Article 15 (law applicable to measures of protection)*

##### *Paragraph 1*

86 The new Convention maintains the principle posed by the 1961 Convention according to which „in exercising their jurisdiction under the provisions of Chapter II, the authorities of the Contracting States shall apply their internal law“.<sup>50</sup>

The principal argument which can be made in support of this rule is that it facilitates the task of the authority which has taken jurisdiction since it will thus apply the law which it knows best. In addition, since jurisdiction is attributed as a general rule to the authority closest to the child (authority of the State of the habitual residence in the case of Articles 5-7, the most appropriate forum in the case of Articles 8 and 9, forum of the child's presence for urgent measures or those with strictly territorial effect

49 Article 10*bis* of Work. Doc. No 124, itself inspired by a proposal of the Dutch delegation (Work. Doc. No 50).

50 The term „law“ refers to the internal law of the State concerned (Art. 21, paragraph 1), subject to the rule on the conflict of systems set out in Article 21, paragraph 2, see below.

in the case of Articles 11 and 12), the measures will be carried out primarily in the State of the authority which has taken them. To require the authority exercising jurisdiction in all circumstances that it apply the law of the State of the child's habitual residence, as had been proposed in vain before the Special Commission, would have uselessly complicated the protection of the child. Indeed, in the case for example where this law would require the creation of a trust of which the child would be the beneficiary, the authority exercising jurisdiction would certainly have difficulty in implementing this measure if its own law did not have trusts and if the property of the child was located on the territory of its State.

87 The same proposal was renewed during the Diplomatic Session but limited to the divorce court (Work. Doc. No 76) which, it is true, is not in the case provided for in Article 10, that of the State in which the child has his or her habitual residence. The proposal was also rejected by a strong majority because of the complications which could be foreseen from its application, in particular in the case of children having their habitual residences in different States.

The Special Commission, then the Commission, also rejected proposals (Work. Doc. No 78) which would have imposed on the authority exercising jurisdiction respect for certain substantive rules mentioned in the *Convention on the Rights of the Child*, such as the consent of the child as in respect of measures concerning him or her, or the taking into account of the social background of the child as well as the ethnic, cultural and religious origins of his or her parents. It preferred to set out here only a rule of conflict of laws. It considered moreover that these elements were combined with others in the concept of the best interests of the child and that placing emphasis on them specially might lead to misunderstandings.

88 The application to measures of protection of the internal law of the authority exercising jurisdiction is general and applies whatever may be the basis for jurisdiction on the part of this authority. The re-ordering of bases for jurisdiction in favour of the authorities of the State of the child's habitual residence will have as a consequence application of the law of this State distinctly more frequently than under the 1961 Convention, which leaves a rather large scope to the national authorities and thus to the child's national law. This will be even more so because the formulation of the rule („the authorities ... shall apply“) makes it appear that the rule is mandatory. However, in order to compensate for the greater rigidity of the jurisdictional rules, the Convention gives more flexibility to the determination of the law applicable to the measure of protection. This appears in paragraph 2.

#### *Paragraph 2*

89 This paragraph constitutes a clause making an exception based not on the principle of proximity (the closest connection), but on the best interests of the child. The example most often mentioned is that of authorisation requested from the authorities of the habitual residence to sell property of the minor situated abroad. It is certainly preferable that the authority exercising jurisdiction may in this case apply the law of the situs of the property and grant the authorisation provided under this law, applicable *in rem* even if the law of the authority exercising jurisdiction requires no authorisation in such a case. It might even be indicated to apply to the protection of foreign children their national law, if it appeared that these children would be returning in a short time to their country of origin. At least it would be desirable to take this law into consideration, as this paragraph 2 also provides, in order not to take a measure of protection which could not be enforced in that country.

But this clause making an exception should not be utilised too easily. The case was mentioned of a child having habitual residence in State A who has to undergo a surgical operation in State B, where there is a specialised hospital of very great reputation. The hospital in question will ask for an authorisation before going forward with the operation. This authorisation should be requested from the authorities of State A, State of the habitual residence of the child, because in the absence of urgency, the authorities of State B are not competent. The authorities of State A will have to apply their own law in accordance with Article 15, paragraph 1, and it does not seem that paragraph 2 of the same article should permit the application of the law of State B, unless this is a law which is mandatory on the territory of State B and which is thus intended to be applicable, whatever may be the law designated by the conflicts rule.

*Paragraph 3*

90 The change of the child's habitual residence which, as has been seen, will result in a change of authorities having jurisdiction to take measures of protection after this change (Art. 5, paragraph 2), but which leaves subsisting the measures already taken (Art. 14), affects however the conditions of application of these latter measures. Likewise, the parental responsibility resulting by operation of law from the law of the former habitual residence of the child subsists after the change, but is exercised henceforth in accordance with the law of the new habitual residence (Art. 17, see below), and the measure taken before the change subsists after the change but the way it is „exercised“ is governed from the time when the change occurs by the law of the State of the new habitual residence.

91 Doubts have been expressed about the possibility of distinguishing the existence of the measure taken normally, except where paragraph 2 applies, according to the law of the former habitual residence, and its manner of application, which derives from the law of the new habitual residence. Indeed, the risk exists of denaturing or at least weakening the measure in the case where the law of the new residence would relax too much the conditions for its application. If, for example, a guardian was designated for the child in the country of his former habitual residence, with the obligation to ask the judge for authorisation to carry out certain acts, it would seem that, according to paragraph 3 of Article 15, this guardian could carry out these acts all alone if the law of the new habitual residence permitted him or her to do so. The requirement or non-requirement of an authorisation is indeed a question of „the application“ of the measure within the meaning of paragraph 3. The hypothetical case was also raised of a measure of protection intended to last up to the age of 18 in the State of the former habitual residence, but which would cease at 16 years in the State of the new habitual residence (as well as the inverse of this hypothesis), and it was asked whether the duration of the measure could be considered as having to do with the existence or the conditions of application of the measure. It seemed that no general formulation would allow all of the extremely diverse situations to be taken into account and that all of these problems could only be resolved case-by-case by way of adaptation and, if this route were to turn out to be impracticable, by new measures to be taken by the authorities of the State of the new habitual residence.

92 The Commission adopted a proposal by the United States (Work. Doc. No 4) limiting the application of paragraph 3 to the case in which the State of the new habitual residence is another Contracting State, with the thought that this text would be called upon to be applied only by the State of the new habitual residence and that it was not appropriate to impose obligations on non-Contracting States. If, however, the child changes his or her habitual residence to a non-Contracting State and the question of the application of the measures is posed in a Contracting State, this latter State would have to resolve it by applying its own system of private international law. It would be reasonable, for identical considerations, to apply the same rule as that provided for the case of a change of habitual residence to a Contracting State.

*Articles 16-18 (parental responsibility derived from the law)*

93 These articles were the occasion for significant discussions and decisions of principle which should be outlined before a paragraph-by-paragraph commentary is undertaken. These questions of principle are linked to the difficulties of interpretation and application of Article 3 of the 1961 Convention, under the terms of which „a relationship subjecting the minor to authority, which arises directly from the internal law of the State of the minor's nationality, shall be recognised in all the Contracting States“.

This text had clearly in view the attribution of parental authority by operation of law, without the intervention of any public authority, whether judicial or administrative. But the courts of the Contracting States were divided on the question of whether it laid down a rule of conflict of laws or simply, as might be thought from a literal reading of it, a rule of recognition. In the first interpretation the text was applicable (and therefore also the national law of the child) to determine, for example, independently of any measure of protection, whether the authorisation necessary to carry out an act on behalf of the child had to be given by the father or by the mother of the child, or by the two jointly. In the second interpretation, the text only applied if a measure of protection were requested from the authority having jurisdiction, which then had to verify in the national law of the child whether a relationship of authority existed by operation of law and, if so, how the measure requested might be adapted. And, at this stage, other divergences appeared. According to some experts the existence of such a relationship

would totally prevent the authorities of the habitual residence intervening. According to others, it would allow them to exercise their jurisdiction only in the cases where the national law of the minor authorised the taking of measures of protection. According to a third opinion, finally, the existence of this relationship of authority did not prevent in any way the authorities of the habitual residence from taking the measures of protection which appeared to them to be necessary.<sup>51</sup>

Another difficulty of application of Article 3 of the 1961 Convention came from the linkage of the relationship of authority by operation of law to the national law of the minor. Outside of the risk of blockage, already pointed out, in case of dual nationality of the child, the difference of linkage for the relationship of authority by operation of law and for the measure of protection sometimes provoked situations which were apparently insoluble. From this arose the temptation of certain authors, in order to short-circuit these difficulties, to favour falling back in the new Convention on measures of protection alone and elimination of any provision on the relationship by operation of law.<sup>52</sup>

94 Faced with these difficulties, the Commission, in the wake of the Special Commission, took very important decisions on principle. First of all, it took a position in favour of the maintenance in the new Convention of a provision on parental responsibility existing by operation of law. It was sensitive to the comment that such responsibility sufficed to insure the protection of the child, in the majority of situations and particularly as concerns the administration of their property. It would therefore have been regrettable not to provide a uniform conflicts rule on this point. In addition, any authority called on to take a measure of protection needs to know the legal framework into which this measure will be inserted.

95 The Commission in second place opted clearly for a rule of conflict of laws in preference to a simple rule of recognition. This option enlarges therefore the scope of the unification brought by the treaty. It offers also for the Contracting States the advantage of simplification in avoiding for them the difficult co-existence in their legal orders of two different connecting factors for parental responsibility by operation of law, one of treaty origin for the recognition of this responsibility where a measure of protection is contemplated, the other resulting from their national law for the law applicable to this responsibility apart from any measure of protection.

96 The Commission in the third place abandoned the linkage to the national law in favour of the law of the child's habitual residence. The law applicable to the measure of protection will thus coincide most of the time with the law applicable to the relationship arising by operation of law, which is a significant simplification.

But this latter choice raised a new difficulty, concerning the fate of this relationship arising by operation of law in case of a change of the child's State of habitual residence. The Commission tried to reconcile the need for continuity of the protection, which pushed towards survival of this relationship after the change of habitual residence, and the need for security of third persons and for rapidity, which militated to the contrary for the immediate substitution of the law of the new habitual residence for that of the former.

97 In terms of form, the provisions concerning the law applicable to parental responsibility have been divided up for purposes of greater readability into three articles. Article 16 concerns the attribution and extinction of parental responsibility, as well as the mobile conflict resulting from the change of the child's habitual residence; Article 17 deals with the exercise of parental responsibility, and Article 18 with the withdrawal or the modification of the conditions for exercise of parental responsibility.

*Article 16 (attribution or extinction of parental responsibility)*

*Paragraph 1*

98 This paragraph lays down for parental responsibility a rule of conflict of laws designating the law of the State of the child's habitual residence. The drafting adopted offers some specifics as to the purpose of this conflicts rule.

<sup>51</sup> On these points, see S. Boelck, work mentioned above, note 9.

<sup>52</sup> See Kropholler, article cited above, *RebelsZ*, 1994.1, 6.

The text no longer speaks of a relationship subjecting the child to authority, but rather of parental responsibility, in accordance with the new terminology (see above, No 14, at Art. 1, paragraph 2). It is not limited to the attribution of this responsibility but extends also to its extinction. Above all, in comparison with Article 3 of the 1961 Convention, it tries to make the expression „which arises directly from the ... law ...“ more clear, replacing it by „*without intervention of a judicial or administrative authority*“. The threshold which causes the situation considered to pass from the scope of Article 16 to that of Articles 5 and following is precisely the intervention of an authority. This refers only to the active intervention of the authority, the intervention by which it effectively takes the decision for attribution or extinction of parental responsibility. The case had been mentioned during the Special Commission meeting of certain legal systems, in particular in the Scandinavian countries, according to which the joint parental responsibility of parents who are not married, which results from the law, must be the subject of a registration or a notification to certain authorities, for example tax authorities. The authority which registers or which thus receives notice does not intervene in order to take any kind of decision, and it should be clear that these situations fall under Article 16.

99 The text indicates that it is the „law“ of the State of the habitual residence which is applicable. What this means is dealt with in Article 21 concerning renvoi and the conflict of systems of conflict of laws (see below). This law may be that of a Contracting State or it may be that of a non-Contracting State (see below, Art. 20).

100 In order to attribute parental responsibility or to declare it extinguished, the applicable law generally relies on certain facts, such as a marriage, a recognition, or a death. The preliminary draft adopted by the Special Commission specified that the habitual residence to be taken into consideration in order to determine the applicable law was that of the child at the time of the event on which the attribution or extinction of parental responsibility was based. The Diplomatic Session eliminated this specification as to time. Consequently, it is for the law of the State of the child's habitual residence to decide whether or not it will take into consideration events which occurred before the child had his or her habitual residence in that State.

101 This conflicts rule of the treaty, which gives legislative jurisdiction to the law of the State of the child's habitual residence to govern *parental responsibility*, will have to combine with the conflicts rule applicable to personal status in each Contracting State (*cf.* above, No 30, at Art. 4 *d*).

Drawing a line between the categories „parental responsibility“ and „personal status“ should not pose any serious difficulties, at least in theory. If it is certain, for example, that parental responsibility covers the questions of representation of the child and not the questions of capacity, it remains none the less true that, since the Convention declares itself applicable to all the children of an age less than eighteen years (Art. 2, see above, No 16), it will be the treaty's provisions which apply to the protection of children, even if they have capacity according to the law applicable to their personal status. The Netherlands delegation gave the example of a child who is a minor under his or her personal law, but has the capacity under that same law to carry out certain operations in daily life without authorisation. One might hesitate as to whether to include this partial capacity in the category „capacity“, for which the Convention does not set out any conflicts rule or in the category „protection of children“. The reply might be that what is involved is to assess after the fact the validity of an instrument executed by the minor alone; therefore the question is whether the minor had the capacity to execute such an instrument, which question is to be decided by the authority exercising jurisdiction in application of its own private international law. If, on the other hand, an authorisation is requested in order to transfer this act to the authority of a Contracting State, this authority will determine under its own law whether such a measure of protection should be taken, but it will take into consideration for this purpose, as is permitted by Article 15, paragraph 2, the law governing under its own private international law, the capacity of this minor.

102 The text adopted gives no solution to questions of personal status which are preliminary to the existence of parental responsibility by operation of law. For example, if the law of the habitual residence applicable under Article 16, paragraph 1, subordinates attribution by operation of law of parental responsibility to the validity of the recognition of the child, it is not unreasonable to think that this validity has to be assessed in accordance with the law designated by the conflicts rule of the State of the child's habitual residence, rather than by the conflicts rule of the forum, but the text does not impose this

solution and the Commission preferred to leave it to the Contracting States to resolve this problem themselves.

#### *Paragraph 2*

103 This paragraph extends the solution of paragraph 1 to parental responsibility derived from an agreement or a unilateral act. The „agreement“ here mentioned, which is also referred to at the end of Article 3 of the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*,<sup>53</sup> is for example that which the parents may have concluded between them concerning custody or access. The „unilateral act“ may be a will or an expression of last intentions, by which the last parent of the child designates a guardian for the child. If the attribution or the extinction of parental responsibility by an agreement or unilateral act must be approved or reviewed by a judicial or administrative authority, it should be characterised as a measure of protection and thus emanate from the authorities whose jurisdiction is determined in Chapter II of the preliminary draft. Paragraph 2 of Article 16 will find its utility in the case where, under the law of the State of the child's habitual residence, this act or agreement takes effect „without intervention of a judicial or administrative authority“.<sup>54</sup> If paragraph 2 did not exist, an attribution (or extinction) resulting from this act or agreement would be outside of the Convention, for it does not arise „by operation of law“ within the meaning of paragraph 1. The interest of paragraph 2 is to submit it to the same law as is the attribution (or extinction) by operation of law.

104 Paragraph 2 specifies that the date to be taken into consideration in order to determine the habitual residence is that at which the act or agreement takes effect, which may be later than that of the conclusion of the agreement or of the drafting of the will. In the examples presented, this date will normally be, for an agreement concluded with a view to divorce, that of the effective date of the divorce and, for a will, that of the death of the testator. It might seem surprising that paragraph 2 contains a reference to the temporal element, while this reference has been eliminated from paragraph 1. The difference is justified by the consideration that in paragraph 2 parental responsibility is attributed in view of a specific act situated in time.

#### *Paragraphs 3 and 4*

105 These two paragraphs are intended to govern the very delicate problem of the effect of the change of habitual residence of the child on parental responsibility. They are the result of the coming together of two opinions which at the beginning were very much divided, and neither of which took into account the totality of the elements of the problem.

The first opinion was that of mutability. Once parental responsibility is linked to the law of the habitual residence, it was said, it should be admitted that, for each change in the State of the habitual residence, there is a corresponding change of the law applicable to the attribution or to the extinction by operation of law of parental responsibility. The advantages claimed by the partisans of this solution were those of simplicity and security. There would be simplicity for the authorities exercising jurisdiction – normally those of the child's new habitual residence – who would apply their own law to the verification of the existence of parental responsibility arising by operation of law. There would be simplicity also, and security for the third parties who might deal with the legal representative of the child, since they would not have to seek out the State or States of the one or more prior habitual residences of the child, nor the provisions set out in the law of these States. There would be simplicity yet for the family in case of the existence of several children. The systematic application of the law of the State of the new habitual residence has the advantage of causing the same single law to govern the attribution of parental responsibility in respect of all of the children, in any case when all the children have their habitual residence in the same State.

<sup>53</sup> See the Report on this Convention by Ms Elisa Pérez-Vera, *Actes et documents de la Quatorzième session*, Tome III, p. 447, No 70: „the agreements in question may be simple private transactions between the parties, concerning the custody of their children“. The 1980 Convention envisages agreements „having legal effect under the law of that State“, which means, in the context of that Convention, under the law of the habitual residence of the child before his or her removal. The text here examined does not mention this condition of „having legal effect“ under the law of the habitual residence of the child, but this is because it sets forth a rule of conflict of laws and not of recognition.

<sup>54</sup> As is the case for the first paragraph, a purely passive intervention by an authority which is limited to registering the agreement or the unilateral act, without exercising any control over its substance, ought not be considered as an intervention in the sense of paragraph 2 which applies therefore, without any possible doubt, to such an agreement or unilateral act.

The second opinion was that of continuity of the protection. The responsibility attributed by operation of law by the law of the State of the habitual residence of the child should subsist, in this opinion, in spite of the change in the child's habitual residence. The advantage is to avoid a break in the continuity of protection in the case, for example, where the law of the State of the new residence does not attribute any parental responsibility by operation of law and subordinates such attribution to the intervention of a measure taken by public authority. The thesis of continuity would permit the holder of parental responsibility under the law of the former habitual residence to continue, in the State of the new habitual residence, to care for the child and represent him or her in the ordinary transactions of life, in particular in relation to banks, without the losses of time and money which would have been caused by a proceeding seeking appointment, instituted before the authorities of this new State.

106 The Special Commission, aided by a contribution of the Italian delegation, had succeeded in bringing out the most appropriate solutions in the different cases which might be presented, and its preliminary draft was retained as to its essentials by the Diplomatic Session.

In the hypothesis where the law of the former habitual residence had no provision for parental responsibility arising by operation of law and the law of the new habitual residence did make provision for such responsibility, it seemed obvious that only the second law should be applied. The Commission, considering that this solution went without saying, did not think that it was useful to formalise it in a text, but it results implicitly from the first paragraph.

In the hypothesis where the law of the former habitual residence provided for parental responsibility by operation of law and the law of the new habitual residence makes no such provision, the consideration for continuity of protection is at its strongest, and paragraph 3 of Article 16 indicates that „Parental responsibility which exists under the law of the State of the child's habitual residence subsists after a change of that habitual residence to another State“.

107 The third hypothesis is that in which both laws provide for parental responsibility by operation of law, but are in conflict on which person or persons will be the holder or holders of such responsibility. Paragraph 3 of Article 16 is also applicable to this situation, in that it leaves parental responsibility resulting from the law of the first State subsisting, but it must then be read with paragraph 4. This text in a certain way hooks on to the train of the first State the additional railway car of the second State. Indeed, without going back on the solution of paragraph 3, it decides in substance that the internal law of the second State will apply if it attributes by operation of law parental responsibility to a person to whom the law of the first State, applicable under paragraphs 1 and 2, had not attributed it. If, for example, the law of the first State attributed by operation of law parental responsibility to the child's unwed mother and the law of the second State attributed by operation of law this responsibility to the father and to the mother, or even only to the father, the law of the second State would be applicable, in that it adds a holder of the parental responsibility to the one who already exercised it in application of the law of the first State. In the reverse case, if for example the law of the first State attributed parental responsibility jointly to the father and the mother, and the law of the second State attributes it only to the mother, the law of the second State would remain without any effect on the rights of the father who, under paragraph 3, would retain the parental responsibility which had been attributed to him by the first law.

108 In a certain way, paragraph 4 contains a rule of substantive law by imposing the co-existence of supposedly different persons to whom parental responsibility has been attributed, in application of the laws of the former and then of the new habitual residence. It would have been conceivable, as had been proposed by the Scandinavian and British delegations (Work. Doc. No 36), to settle upon a conflicts rule leaving it to the law of the State of the new habitual residence to decide on this possible co-existence. This proposal was, however, rejected with the observation that the legislation of the Contracting States very likely would not contain any rule on such a specific question, which would arise only for the application of this article of the Convention.

This co-existence of several holders of parental responsibility vested with such responsibility in application of different laws will only be able to function if there is agreement between these persons. In case of disagreement between them, the conflict can be determined by a measure which one or the other of them will request from the competent authority of the State of the new habitual residence (*cf.* Art. 5, paragraph 2).

*Article 17 (exercise of parental responsibility)*

109 This article introduces a distinction, close to that adopted in paragraph 3 of Article 15, between the attribution governed by Article 16 and the exercise of the parental responsibility, subjected to the law of the State of the child's current residence. The distinction evidently takes on its importance in case of a change of the child's habitual residence, since the exercise of parental responsibility obeys the principle of mutability. Thus the holder of parental responsibility under the law of the State of the preceding habitual residence retains this responsibility, but from the time of the change of the child's habitual residence he or she exercises it under the conditions provided by the internal law of the second State. If, for example, this law provides that certain acts which, under the law of the first State, the holder of parental responsibility could carry out alone can only be accomplished with the authorisation of an authority, this authorisation will have to be requested.

*Article 18 (termination or modification of parental responsibility)*

110 This article sets out that the „parental responsibility referred to in the preceding paragraphs may be terminated, or the conditions of its exercise modified, by measures taken under this Convention“. This text puts an end to the problem of interpretation already pointed out (see above) concerning Article 3 of the 1961 Convention. The existence of parental responsibility by operation of law cannot, therefore, any longer be a hindrance to measures of protection which turn out to be necessary. This Article 18 may, moreover, be utilised following a change in the habitual residence of the child, if the competent authorities think that the cumulative application to parental responsibility by operation of law of the laws of the successive habitual residences will lead to a paralysis of the child's protection.

*Article 19 (protection of third parties)*

111 From the point where the Convention opted, in case of a change in the child's habitual residence, for the principle of continuity of the parental responsibility attributed by operation of law by the law of the State of the preceding habitual residence, it caused third parties acting in the State of the new habitual residence to run the risk of committing an error about the person or the powers of the child's legal representative. Dealing in good faith with the person who, under local law, would have had the capacity of legal representative of the child, the third party may not know that the legal representative of the child who is actually empowered is the person to whom this capacity had been attributed, by operation of law, by the law of the State of the preceding habitual residence, or who had been regularly appointed by a measure taken by the authorities of another State acting within the framework of their jurisdiction.

Article 19, the spirit of which recalls that of the celebrated French case *Lizardi*<sup>55</sup> and that of Article 11 of the *Rome Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations*, adopts the theory of apparent agency for the benefit of a third party in good faith who has dealt with „another person who would be entitled to act as the child's legal representative under the law of the State where the transaction was concluded“. The third party is protected „unless the third party knew or should have known that the parental responsibility was governed by [the law designated by the provisions of the present chapter]“. It is therefore good faith, reinforced by a duty of diligence which is required of the third party.

112 The protection consists of the fact that the „validity of a transaction ... cannot be contested, and the third party cannot be held liable“ for the sole reason that the transaction was concluded with a person erroneously considered to be, in the circumstances indicated, the child's legal representative. Thus the banker who, holding funds belonging to the child, has paid them over to the apparent representative of the child will not be bound to pay the equivalent amount again to the child's actual representative. In addition the third party who has regularly acquired from the same person property of the child may keep it.

113 The appearance of parental responsibility behind which the third person may take shelter is that which results from the „law of the State where the transaction was concluded“. Paragraph 2 specifies that the rule applies only „if the transaction was entered into between persons present on the territory

---

<sup>55</sup> Cass. Req. 16 Jan. 1861, D.P. 1861.I.193, S. 1861.I.305.



of the same State“. Greater diligence is required of the third party if he or she is dealing at a distance with a person claiming to be the legal representative of the child.

114 The rule of Article 19 applies, whatever might be the nature of the transaction entered into between the third party and the apparent representative of the child. The Commission turned back proposals (Work. Docs. Nos 81 and 141) which would have set Article 19 aside as to transactions concerned with family law, successions to estates, or rights in immovables. But nothing bars one from thinking that the diligence required on the part of the third party in order to benefit from Article 19 ought to be in proportion to the importance of the transaction which he or she is entering into, especially where it concerns rights in immovables.

*Article 20 (universal character of the conflicts rules)*

115 This article has become usual in the Hague Conventions on the conflict of laws. It does not find any application, however, as has been indicated in the hypothesis envisaged in Article 15, paragraph 3.

*Article 21 (renvoi and conflicts between choice of law systems)*

116 The first paragraph of this article, which is also traditional in the Hague Conventions on conflicts of laws, sets out the principle that renvoi is excluded.

Paragraph 2, in its first sentence, comes from a proposal of the delegation of Spain (Work. Doc. No 82) and repeats literally Article 4 of the *Hague Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons*, bringing an exception to the exclusion of renvoi in the hypothesis in which it might destroy, without adding any particular benefit, the harmony which may have been established between non-Contracting States which are in contact with the situation. If, for example, the child has his or her habitual residence in a non-Contracting State which subjects parental responsibility to the national law of the child, and that law, supposing it is that of another non-Contracting State, accepts its own application, there would only be advantage if the parental responsibility resulting from such law were to be recognised in the Contracting States. This is what the first sentence of paragraph 2 specifies. In the case in which the law of that other non-Contracting State does not accept its own application, there is no pre-existing harmony to preserve between non-Contracting States and the second sentence of paragraph 2 specifies that the applicable law is then that which is designated directly by Article 16, with renvoi being excluded. It was pointed out in the course of the discussions that Article 21 did not deal with the situation in which the law of a non-Contracting State designated by the Convention made a renvoi to the law of a Contracting State. But, since paragraph 2 commences with the adverb „however“, there is reason to derogate from the exclusion of renvoi only in the precise hypothesis mentioned in this paragraph.

*Article 22 (public policy)*

117 This article reproduces the habitual provision in the Hague Conventions on the public policy exception. It specifies, however, that the intervention of public policy should take into account the best interests of the child, which principle moreover should inspire the application of all the articles of the Convention.

#### **Chapter IV – Recognition and enforcement**

118 As was indicated (above), this chapter fills a gap in the 1961 Convention, which was satisfied to pose the principle of mutual recognition of the measures taken in the Contracting States, but referred enforcement to the internal law of the requested State or to the international conventions in force in that State. Drawing inspiration from the most recent international conventions, in particular the *Brussels and Lugano Conventions on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, the Convention distinguishes recognition (Art. 23 to 25), the declaration of enforceability, or registration for purposes of enforcement (Art. 26 and 27), and finally enforcement (Art. 28).

*Article 23 (recognition and grounds for refusal of recognition)*

*Paragraph 1*

119 This paragraph sets forth the principle of recognition by operation of law in each Contracting State of the measures taken in another Contracting State. In a double convention, based on reciprocity,

it was not possible to go further and to provide, as certain delegations would have liked to do,<sup>56</sup> the recognition by operation of law, under certain conditions, of decisions from non-Contracting States.

Recognition by operation of law means that it will not be necessary to resort to any proceeding in order to obtain such recognition, so long as the person who is relying on the measure does not take any step towards enforcement. It is the party against whom the measure is invoked, for example in the course of a legal proceeding, who must allege a ground for non-recognition set out in paragraph 2. The Convention does not exclude however a preventive procedure, limited to recognition or non-recognition of the measure (see Art. 24 below).

120 In order to be recognised, a measure must obviously be proven. This proof results normally from the written document emanating from the authority of origin and incorporating the decision taken by it. In cases of urgency, however, it may happen that the measure is taken by telephone and gives rise simply to a hand written note in the file. In order to avoid any bureaucratic diversions, the Convention avoided subordinating recognition to the production of a written document, dated and signed by the authority of origin. As a result, a telefax, for example, may serve as proof of the measure with a view to its recognition.

#### *Paragraph 2*

121 Paragraph 2 enumerates exhaustively the grounds on which recognition may be refused. It is to be noted that this paragraph 2 authorises the refusal of recognition, but does not impose it.

#### *Sub-paragraph a*

122 Recognition may be refused if the measure was taken by an authority whose jurisdiction was not founded on the provisions of Chapter II. The Convention does not exclude the recognition of measures of protection taken in a Contracting State in situations where the Convention was not applicable, but this recognition falls outside of the scope of application of the Convention, as a result of the Commission refusal to adopt a provision inspired by Article 4 of the Brussels and Lugano Conventions.<sup>57</sup> It was in this spirit that already the Special Commission had rejected a Dutch proposal which would have recognised the jurisdiction (for purposes of recognition of the resulting decision) of the authorities of the Contracting State of the nationality of a child who has his or her habitual residence in a non-Contracting State. Sub-paragraph *a* implies that the requested authority has the power to verify the jurisdiction of the authority of origin for purposes of recognition. It is however bound, in this verification, by the findings of fact on which the authority of origin based its jurisdiction (Art. 25, see below).

#### *Sub-paragraph b*

123 The refusal of recognition is possible if, except in a case of urgency, the measure was taken without the child having been provided the opportunity to be heard in violation of fundamental principles of procedure of the requested State. This ground for refusal is directly inspired by Article 12, paragraph 2, of the *United Nations Convention on the Rights of the Child*. It does not imply that the child ought to be heard in every case. It was pointed out, with good reason, that it is not always in the interest of the child to have to give an opinion, in particular if the two parents are in agreement on the measure to be taken. It is only where the failure to hear the child is contrary to the fundamental principles of procedure of the requested State that this may justify a refusal of recognition. But no distinction should be made on this point according to whether the measure is taken in the framework of a judicial procedure or an administrative procedure. This amounts to a special clause of procedural public policy. It does not apply in cases of urgency, for which the requirements of procedural due process of law ought to be interpreted more flexibly.

#### *Sub-paragraph c*

124 This is another manifestation of procedural public policy, which sanctions the violation of the defendant's right to due process of law. Recognition may be refused „on the request of any person claiming that the measure infringes his or her parental responsibility, if such measure was taken, except

<sup>56</sup> See the proposals contained in Work. Docs. Nos 71 and 86 rejected by the Commission.

<sup>57</sup> See, above, the final remarks concerning Chapter II of the Convention.

in a case of urgency, without such person being given an opportunity to be heard". If, for example, in the framework of Article 18, the competent authority withdraws parental responsibility from its legal holder without hearing him or her, that person may invoke this infringement of his or her parental responsibility in order to oppose recognition of the measure.

#### Sub-paragraph d

125 The text sets out manifest incompatibility with the public policy of the requested State as a ground for non-recognition, but it adds, as does Article 24 of the Convention of 29 May 1993 on intercountry adoption, that public policy is to be assessed, taking into account the best interests of the child.

#### Sub-paragraph e

126 This paragraph, the drafting of which is close to that of Article 27, paragraph 5, of the Conventions of Brussels and Lugano,<sup>58</sup> envisages the hypothesis of conflict between the measure to be recognised, taken in a Contracting State, and another measure, taken later in the non-Contracting State of the child's habitual residence and fulfilling the requirements for recognition in the requested State. In such a case, if the two measures are incompatible, preference will be given to the second, taken by an authority closer to the child and in a better position to assess the child's best interests.

This preference, given to the measure taken subsequently in a non-Contracting State, is limited to measures taken in the non-Contracting State of the child's habitual residence. It does not extend, for example, to measures taken by the authorities of the State of the child's nationality, which are considered, with regard to the concept of proximity, as being less appropriate than those of the State of the habitual residence for appreciation of the child's best interests.

This limitation has the consequence that a Contracting State is prevented from recognising the measure taken in a non-Contracting State other than that of the child's habitual residence, if it is incompatible with a measure previously taken in a Contracting State which had jurisdiction under Chapter II.<sup>59</sup> It would be otherwise if the Contracting State receiving a request was bound by a treaty to recognise the measure taken by the non-Contracting State. The conflict between the measures would then be a conflict between the present Convention and the treaty binding the requested Contracting State and the non-Contracting State of origin. This conflict of conventions finds its solution in Article 52 (see below).

#### Sub-paragraph f

127 This final ground for refusal of recognition results from a proposal by the Netherlands delegation (Work. Doc. No 89) which was also at the origin of Article 33, to which sub-paragraph *f* refers. Article 33 (see below) institutes a mandatory procedure of consultation where the authority of a Contracting State contemplates a measure of placement of the child, for example by *kafala*, which has to be carried out in another Contracting State. Article 23, paragraph 2, sub-paragraph *f*, avoids placing the State, in which the measure of placement is to be carried out, before a *fait accompli*, and authorises it to refuse recognition if the procedure for consultation has not been followed.

128 These grounds for non-recognition are the only ones which may be invoked by the requested State. In particular, the requested authority is not authorised to review the law applied by the authority of origin, even where the measure has been taken in contemplation of a family relationship, kinship or a marriage not recognised in the requested State. Following the example of the solutions adopted by the Conventions of 2 October 1973 on maintenance obligations, the recognition of the measure bears exclusively on the measure, and not on the preliminary question of the personal status which

<sup>58</sup> With this difference, that those Conventions give preference to the decision rendered *earlier* in a non-Contracting State and fulfilling the conditions necessary for its recognition in the requested State, since the *res judicata* status of the first decision precludes the recognition of a later decision which is incompatible with it. To the contrary, in this Convention it is the measure taken *later* in the non-Contracting State which is preferred because, in the spirit of Articles 11, paragraph 2, 12, paragraph 2, and 14, the measures taken may always be modified or replaced by the authority of the State of the child's current residence.

<sup>59</sup> In order to avoid absurd situations, the concept of incompatibility should be applied with flexibility where a rather long period of time separates the two measures which are in conflict. Even if they are formally contradictory, the two measures are not necessarily incompatible if the circumstances have changed.

serves as a support for it. In the same spirit, in the application of Article 23, the authority who decides on recognition may not proceed to any review of the merits of the measure taken (Art. 27, see below).

*Article 24 (preventive action for recognition or non-recognition)*

129 Since recognition is produced by operation of law, it is only at the time when the measure is invoked in a State that a possible dispute over the existence of a ground for non-recognition will be the subject of a ruling. This date may be too late, and any interested person may have a legitimate interest in dispelling, without waiting, any doubt which may exist about the existence of such a ground for non-recognition. A person may thus have an interest in having a decision in a given State on the recognition of a measure taken in another State in the following case: in State A, the custody of the child has been entrusted to the mother, with a prohibition against moving the habitual residence of the child to another country without the formal agreement of the father. He is willing to consent to the transfer of this residence to State B, but would not like for the mother to take advantage of this in order to transfer the child's residence again into State C. He has an interest therefore in ensuring immediately that State B will recognise the measure taken in A and will permit the mother to move the child's residence again only with the father's agreement. Conversely, a father deprived against his will of parental responsibility, which has been attributed to the mother of the child by a decision taken in A, may have an interest in having it decided that this measure will not be recognised in B, if he wishes to prevent the mother from entering into a transaction in the name of the child there, which transaction he considers to be contrary to the interests of the child.

The case law of certain Contracting States, such as France, has already accepted that a preventive action opposing recognition of a foreign judgment is admissible. Article 24 of the Convention goes further and, in order to give a satisfactory solution to the cases presented above, accepts that any interested person may ask the competent authorities of a Contracting State to rule either on the recognition or on the non-recognition of a measure taken in another Contracting State. The text limits the admissibility of the preventive action to the recognition or non-recognition of *measures*. This preventive action is not applicable to parental responsibility existing by operation of law under the law of the State of the child's habitual residence (Art. 16), for it presupposes the existence of a decision in order to function.

130 The Convention leaves it to the law of the requested State to define the procedure for this preventive action. This procedure is not necessarily aligned on the procedure for seeking an order of enforceability and the Convention does not impose, as it did for declarations of enforceability, a „simple and rapid“ procedure (Art. 26, paragraph 2). Indeed, the procedure for a declaration of enforceability, in an international convention intended to ensure a sort of free circulation of decisions, ought to be rapid and will often be uncontested in its first phase.<sup>60</sup> On the other hand, the preventive procedure tends to initiate immediately a discussion on the international regularity of the measure and, in the case of an action for a non-recognition of the measure, to paralyse its free circulation. Such a discussion should logically be contested, which would take normally more time than an accelerated procedure for a declaration of enforceability.

*Article 25 (findings of jurisdictional facts)*

131 As has already been indicated in connection with Article 23, paragraph 2 *a* (see above), the authority of the requested State is bound by the findings of fact on which the authority of origin has based its jurisdiction. If, for example, the authority of origin decided as an authority of the State of the child's habitual residence, the authority of the requested State will not be able to review the facts on which the authority of origin based its assessment of habitual residence. Likewise, where the jurisdiction is grounded upon a preliminary assessment by the authority of origin of the best interests of the child,<sup>61</sup> this assessment binds the authority of the requested State.<sup>62</sup> This rule is encountered in other

<sup>60</sup> See the procedure on applications, set in place by the Conventions of Brussels and Lugano, Articles 31 *et seq.*

<sup>61</sup> See Articles 8, paragraph 4, 9, paragraph 1, and 10, paragraph 1 *b*.

<sup>62</sup> The Commission rejected, as being self-evident and therefore not to be included in the Convention's text, a proposal of the Swiss delegation (Work. Doc. No 91) which set forth this point precisely.

conventions.<sup>63</sup> In matters of child protection, certain delegates observe that the rule runs the risk of operating in a vacuum, since the authority which takes a measure, unlike a court which hands down a decision with findings of fact, generally does not take the trouble to indicate the facts on which it bases its jurisdiction. Even if this observation may limit the practical reach of the rule, it does not suffice to condemn it in its principle, in as much as the measures for which a problem of recognition arises are often taken by a judicial authority which is accustomed to set down the findings on which its decisions are based.

*Article 26 (declaration of enforceability)*

132 This article envisages the case in which the measures taken in a Contracting State and enforceable there require enforcement in another Contracting State. If this is not the case, Article 23 – in other words recognition – suffices to permit the measure to produce its effects. For example the powers conferred on a legal representative by a measure taken in a Contracting State will permit this representative, if there is no ground for non-recognition, to enter into transactions on behalf of the child in another Contracting State, which transactions concern the protection of the child's person or property. But if the measure requires enforcement, for example a measure of constraint to obtain the handing over of the child, or the forced sale of property, the measure will have to be the subject in the second State of a declaration of enforceability or, according to the procedure applicable in certain States, of registration for the purpose of enforcement.

*Paragraph 1* of Article 26 recounts this necessity and mentions that the procedure will be initiated, in the requested State, „upon request by an interested party, ... according to the procedure provided in the law of the [requested] State“. The term „*requête*“ should not be given the precise procedural meaning that it has in French legal terminology as the introductory step of an *ex parte* proceeding, addressed directly to the court, for the text, in referring to the procedure provided in the law of the requested State, was not intended, as was the Brussels Convention, to take a position on the procedure to be adopted.

*Paragraph 2* is limited to providing that the requested State will apply „a simple and rapid procedure“ but leaves this State entirely free as to the means for achieving this and fixes no time period. This is thus a *lex imperfecta*.

*Paragraph 3* indicates, as does Article 34, paragraph 2, of the Brussels Convention, that the declaration of enforceability or registration may be refused only for one of the reasons set out in Article 23, paragraph 2.

*Article 27 (prohibition of review on the merits)*

133 The prohibition of review on the merits is a standard clause in the conventions on recognition and enforcement of decisions. It concerns recognition, as well as the declaration of enforceability or the registration.

*Article 28 (enforcement)*

134 This article poses the principle that the measures taken in a Contracting State and declared enforceable in another „shall be enforced in the latter State as if they had been taken by the authorities of that State“. This is a sort of naturalisation of the measure in the Contracting State where it is to be enforced.

The reach of this provision appears, for example, at the time of the enforcement of a decision concerning a child already endowed with a certain amount of maturity who opposes the enforcement of the measure, for example who refuses absolutely to go live with the parent designated as custodian. The Special Commission rejected a text which would in this case have authorised the requested authority to refuse enforcement of the measure. It seemed, indeed, that the problem of objections by the child arose in internal situations in the same terms as in international situations and that it was preferable to leave it to the requested authority to resolve the difficulty with all of the flexibility which its

---

<sup>63</sup> See Article 9, *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*; Article 28, paragraph 2, Brussels and Lugano Conventions.

internal law left to it for internal situations. If, for example, the internal law of the requested State permits in such a case that a judicial or administrative decision not be enforced, this rule may likewise be applied to a judicial or administrative decision taken in another Contracting State.

135 The second sentence of the article, drawn from a proposal of the Canadian delegation (Work. Doc. No 77), reinforces this solution by indicating that enforcement takes place „in accordance with the law of the requested State to the extent provided by such law, taking into consideration the best interests of the child“. For example, if the authority of the child’s habitual residence has kept the child with his family while placing the family under the supervision of the local social authorities, and if later the family settles in another Contracting State, the enforcement in the second State of the decision taken in the first will be possible only if the authorities of the second State are authorised under their law to carry out the task of supervision with which the social authorities of the first State were charged. In the negative, it would be for the authorities of the second State, if possible after consultation with the authorities of the first State, to adapt the measure taken in the first State or to modify it in accordance with Article 5, paragraph 2.

### Chapter V – Co-operation

136 The 1961 Convention had acknowledged the usefulness of a certain amount of co-operation between the authorities of the various Contracting States called upon to take measures of protection for the person or the property of children. It provided for this purpose various cases in which an authority, before taking a decision, should inform in advance the authority which normally would have jurisdiction (Art. 4 and 11, paragraph 1) or the authority which had taken measures which were still in force (Art. 5, paragraph 2), or even proceed to an exchange of views with such authority (Art. 10). This co-operation, which was rudimentary because of the absence of an organisation charged with implementing it, scarcely functioned in practice.

The Commission had to draw the lessons from this failure. It saw the benefit which could be drawn from instituting in each Contracting State, as had been provided in numerous recent conventions,<sup>64</sup> a Central Authority charged with this co-operation, but it also saw the danger of excessive bureaucracy, of which the double effect would be to paralyse the protection of the child and above all to discourage the States, which would have to bear the burden, from ratifying the future Convention. This latter danger was all the more serious in that the number of children whose protection would be insured by the future Convention was completely out of proportion with the number of children concerned with the Conventions on child abduction or on intercountry adoption.

137 The Commission opted for the institution in each Contracting State of a Central Authority which would be, in a certain way, the fixed point which could be contacted by the authorities of the other Contracting States, which could reply to their requests, but on which no obligation to take an initiative, no obligation to give information or to co-ordinate in advance the taking of measures, would in principle be imposed (Art. 29 to 32), except in one case (Art. 33). Parallel to the rule thus recognised for the Central Authority, the Special Commission provided, rather broadly, for the possibility of communications and direct requests for information between the authorities of different Contracting States called upon to take measures of protection (Art. 34 to 37), as well as the possibility for the conclusion between them of agreements in order to facilitate such co-operation (Art. 39).

The functioning of the co-operation provided for in the Convention will result in some costs. Article 38, drawn from a proposal by Canada inspired by Article 26 of the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, provides that each Central Authority will, in principle, bear its own costs.

---

<sup>64</sup> Conventions of 15 November 1965 (service of documents); 18 March 1970 (taking of evidence); 25 October 1980 (child abduction); 29 May 1993 (adoption). This mechanism has been copied by other international institutions, notably the Council of Europe, see Convention of 20 May 1980 (enforcement of decisions on custody). Cf. Droz, „Evolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye“, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 129 *et seq.*

*Article 29 (creation of a Central Authority)*

138 This article gives the Contracting States an obligation to designate a Central Authority charged with carrying out the obligations which are imposed on it by the Convention, and provides the possibility to designate several Central Authorities for those States which have non-unified systems. It is drafted on the model of Article 6 of each of the Conventions of 25 October 1980 and 29 May 1993. The suggestion to permit the creation of several Central Authorities in the States with unified systems was not adopted.

*Article 30 (general obligation of co-operation)*

139 The Central Authorities have a general mission of co-operation and information. Article 30 is the equivalent of Article 7 of each of the two Conventions mentioned above. The information to be furnished on request will bear on the legislation in force and on the services available in the State in question for the protection of minors. Certain delegates expressed the fear that the Central Authorities might be used as a general legislative consultation service by the authorities of the other States, but this danger does not seem to have become a reality in the application of the other Conventions containing the same provision.

*Article 31 (communications, mediation, localisation)*

140 Article 31 is a rather composite text which lists certain tasks that the Central Authority should fulfil, „either directly or through public authorities or other bodies“. The text, intentionally, contains no qualifying language as to these bodies. The Special Commission had rejected a proposal by International Social Service, which would have limited the possibility for the Central Authority to delegate to „designated *professional* bodies“, and the Commission also declined to adopt the suggestion to limit this possibility, as was done in the 1993 Convention on intercountry adoption (Art. 9) to „bodies duly accredited in their State“. If the condition of accreditation or professionalism or, more generally, of formal control, is understandable where adoption is concerned, on the other hand, when the protection of minors in a very general way is concerned, it is not desirable to decide in advance to do without the services of associations which have proven their utility in their area of activity, even if they have not requested accreditation and even if they do not meet the criteria of professionalism. Of course, rejection of this proposal does not exclude the possibility that the Central Authority would have recourse to bodies of such uncontested competence as that of International Social Service.

141 The first task incumbent on the Central Authority in the framework of this article is: „*a* facilitate the communications and offer the assistance provided for in Articles 8 and 9 and in this Chapter“. The second part of the phrase „and offer the assistance“ was inserted at the request of International Social Service with a view to enlarging the role of the Central Authority in the case where it has elements of information which it could then transmit at the same time as it proceeds to „facilitate the communications“.

The second task is: „*b* facilitate, by mediation, conciliation or similar means, agreed solutions for the protection of the person or property of the child in situations to which the Convention applies“. The encouragement offered for ways of amicable resolution of disputes concerning children is limited by the language in the last part of the phrase in sub-paragraph *b* to international situations, this being done out of concern not to get mixed up in the solution of situations which were internal to each respective State.

Finally, Article 31 assigns to the Central Authority the task of taking measures to: „*c* provide, on the request of a competent authority of another Contracting State, assistance in discovering the whereabouts of a child where it appears that the child may be present and in need of protection within the territory of the requested State“. This provision, inspired by a Canadian initiative called „Project Return International“ which had proven itself in North America, ought to facilitate the localisation of abducted children, runaways or, more generally, children in difficulty.

*Article 32 (request for a report or for measures)*

142 This article, inserted at the request of the Australian delegation (Work. Doc. No 30), is in a way a reduced version of Article 9. It envisages the case in which an authority, whether or not the Central Authority, of a State with which the child has a substantial connection is concerned about the fate of this child, who has his or her habitual residence or who is present in another Contracting State, and

addresses to the Central Authority of that other State a request with supporting reasons that it be furnished a report on the child's situation or that measures be taken for the protection of the person or property of the child. Article 32 authorises the requested Central Authority to reply to such a request, either directly or through public authorities or other bodies, but does not oblige it to do so.

*Article 33 (transborder placements)*

143 This article, already mentioned in connection with Article 23, paragraph 2 *f*, institutes the only procedure for obligatory consultation provided by the Convention. This arises when the authority which has jurisdiction under Articles 5 to 10 contemplates the placement of the child in a foster family or institutional care, or the provision of care by *kafala*, where such placement or provision of care is to take place in another Contracting State. This consultation gives a power to review the decision to the authority of the receiving State, and allows the authorities to determine in advance the conditions under which the child will stay in the receiving State, in particular in respect of immigration laws in force in that State, or even in the sharing of the costs involved in carrying out the placement measure.<sup>65</sup> The text sets it out that the consultation will be with the Central Authority or other competent authority of the receiving State, and that it will be demonstrated by the furnishing to that authority of a report on the child's situation and by the reasons for the proposed placement or provision of care. Paragraph 2 of Article 33 provides that the decision on the placement or provision of care may be made in the requesting State only after it has been approved by the Central Authority or other competent authority of the requested State. Failure to follow this procedure for consultation in advance is sanctioned by refusal of recognition of the placement measure (Art. 23, paragraph 2 *f*, see above).

*Article 34 (furnishing of concrete information on a specific child)*

*Paragraph 1*

144 This text authorises the competent authority of a Contracting State, when it envisages taking a measure of protection, to ask any other authority of another Contracting State which has information useful for the protection of the child to communicate it. Although the letter of the text does not set this forth expressly, it is clear that the authorities here in question are solely public authorities, which are moreover the only ones which the Convention envisages being able to take measures of protection, associations and non-governmental organisations not being so authorised.

This possibility to request information is justifiable in itself, but some precautions had been taken in order to avoid the dangers of uncontrolled collection of information. The best interests of the child should serve as a guide here, both for the requesting authority and for the requested authority. Thus, it is only „if the situation of the child so requires“ that the request for information is authorised. It is for the requesting authority to consider this condition and, in the grounds given for its request for information, to show that it is fulfilled. In the same spirit, Article 37 forbids such a request if it would place the child's person or property in danger, or constitute a serious threat to the liberty or life of a member of the child's family. The same Article 37 poses a symmetrical bar against transmission by the requested authority of information requested, if this transmission would pose the same risks for the child or for members of his or her family.

Although the text does not say so formally, it should be understood that the requested authority is never bound to furnish the information requested. It should have its own power of discretion, and the Commission refused a proposal (Work. Doc. No 99) which would have obliged it to state in writing the grounds for its decision to refuse. It is, moreover, possible that its internal law might not permit it to meet the request for information, in particular where such request would infringe upon the rules of that law concerning confidential communications with members of a profession.

*Paragraph 2*

145 Paragraph 1 leaves for any competent authority of a Contracting State the possibility to address any authority of another Contracting State, in order to request from it the information which is needed. This flexibility of operation may be advantageous but it may also burden the functioning of the desired co-operation if the requested authority cannot conveniently identify the requesting authority and cannot assess its authority to send such a request. Thus paragraph 2, following in this respect a proposal by

---

<sup>65</sup> See, below, under Article 38.



the Slovakian delegation (Work. Doc. No 14), provides the possibility for a Contracting State to make a declaration, according to which the requests made under paragraph 1 may only be routed through its Central Authority.

In the relations between States Parties to the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*, the routing of the requests made under this chapter might be able to follow the channels provided for in that Convention. This result is obvious, and the Commission felt that there was no need to make a reminder of it by including an express provision in this Convention.

*Article 35 (assistance in the implementation of measures; access rights)*

*Paragraph 1*

146 This paragraph provides for mutual assistance between the competent authorities of the Contracting States for the implementation of measures of protection. Such assistance will often be necessary, in particular in case of removal of the child or of his or her placement in an appropriate establishment, situated in a State other than that which has taken the measure of placement.

The text mentions particularly this assistance in order to secure the effective exercise of rights of access (visitation) as well as the right to maintain direct contacts on a regular basis. As concerns rights of access, this co-operation between local authorities of the Contracting States serves in a certain way to complete and reinforce the co-operation, which is not always effective, provided for the same purpose between Central Authorities of the Contracting States by Article 21 of the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. As for regular contacts, their maintenance is provided for in Article 10 of the *Convention on the Rights of the Child*, which is thus implemented by the future Convention.

*Paragraphs 2-4 (attribution of access rights)*

147 These paragraphs, the origin of which goes back to a proposal by the Permanent Bureau presented during the Special Commission, which was picked up during the Diplomatic Session by proposals of the Swiss, United States and Irish delegations (Work. Docs. Nos 43, 96 and 100), has to do with assistance in connection with the attribution of access (visitation) rights.

The hypothesis envisaged is that of a parent who requests the attribution of access rights while he or she is residing in a State other than that of the child's habitual residence. The authorities of the State of this parent's residence do not normally have jurisdiction under Articles 5 to 10 to grant access rights, but they are the ones who are in the best position to gather information about the suitability of this parent to exercise access rights. Thus, paragraph 2 permits this parent to ask those authorities to gather such information and to make a finding on the suitability of that parent to exercise access and on the conditions under which he or she might exercise it. These authorities do not have jurisdiction to grant access rights, but they may in a certain way deliver a certificate of suitability to the requesting parent, which the authority having jurisdiction under Articles 5 to 10 should take into account before ruling on access rights.

148 This authority which has jurisdiction under Articles 5 to 10 may even, according to paragraph 3, adjourn the proceeding until the procedure provided for in the preceding paragraph has been completed. This possibility to suspend the proceedings will be particularly useful in the case of a change of a child's habitual residence to another State, and a request for modification<sup>66</sup> or suppression of access rights brought before the court in the State of the new habitual residence. But these mechanisms of consultation must remain optional, in order not to overburden the procedures and make them uselessly onerous. The Commission has in this spirit refused to require the authority of the State of the child's new habitual residence, faced with a request for restriction or termination of access rights, to suspend the proceedings in order to permit the parent residing in another State to pursue the procedure provided for in paragraph 2.

<sup>66</sup> There is in paragraph 3 a light discordance between the English and French texts. Where the French text speaks of a request aimed at „modifier ou supprimer“ (modifying or suppressing) access rights, the English text employs the verbs „to restrict or terminate“. The French text, which is broader, seems to correspond better with the spirit of the provision and the intention of its authors.

149 In order to avoid any gap in the protection of the child, paragraph 4 provides that the authority which has jurisdiction under Articles 5 to 10 may take provisional measures pending the outcome of the request made under paragraph 2.

*Article 36 (child in serious danger)*

150 This article, introduced by a proposal of the delegation of Ireland, relates to the hypothesis in which the competent authorities of a Contracting State, who have taken or are going to take a measure of protection for a child exposed to serious danger (illness requiring constant treatment, drugs, unhealthy influence of a sect, for example), are informed of the child's change of residence to, or of his or her presence in another Contracting State. These authorities have then the obligation to inform the authorities of this other State of this danger and of the measures taken or under consideration. Following a proposal by the delegation of Burkina Faso (Work. Doc. No 83) this obligation to notify has been extended to the case in which the child is present in a non-Contracting State.

This provision, in order to function, presupposes obviously that the authorities of the first State are informed of the presence of the child in the second, which limits its reach in practice. But nothing prevents the authorities of the first State from resorting first, in any case where the child is in another Contracting State, to a request for localisation of the child on the basis of Article 31 *c*, and then to the provision of information in accordance with this Article 36.

*Article 37 (information creating a risk for the child)*

151 Several times, in connection with the discussion of the articles of this chapter providing for requests for information or the transmission of information relating to the child, particularly Articles 32, 34 and 36, it was pointed out that these requests or transmissions might place the person or the property of the child in danger, or constitute a serious threat to the liberty or life of a member of the child's family. Article 37 takes these remarks into account and instructs the authority who thinks that such a risk exists not to request or transmit the information.

*Article 38 (costs)*

152 The functioning of the mechanisms for co-operation has its costs, and Article 38<sup>67</sup> sets out the rule, which is already found in a somewhat different form in the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* (Art. 26), according to which the Central Authorities and the other public authorities of the Contracting States bear their own costs arising from the application of Chapter V. The expression „public authorities“ refers to the administrative authorities of the Contracting States, and not to the courts. Thus, court costs and, more generally, the costs of proceedings and particularly of lawyers are not included in this article. To the contrary, it does include, in addition obviously to the fixed costs of the functioning of the authorities, the costs of correspondence and transmissions, of seeking out diverse information and of localising a child, of the organisation of mediation or settlement agreements, as well as the costs of implementation of the measures taken in another State, in particular placement measures.<sup>68</sup>

However, this paragraph recognises that the authorities of the State retain the „possibility of imposing reasonable charges for the provision of services“ which may be, for example, locating a child, delivering information or certificates, or assisting in the return of the child. The terms employed let one think that this „imposition“ may be a request for reimbursement of costs already incurred, or a request for provision of funds even before the service is furnished, either of which request would have to be formulated with a certain amount of moderation. In addition, paragraph 2 provides the possibility for the Contracting States to enter into agreements among themselves concerning the allocation of these costs.

*Article 39 (agreements between Contracting States)*

153 This article, the equivalent of which is found in Article 39, paragraph 2, of the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*,

<sup>67</sup> Derived from a proposal from the Canadian delegation (Work. Doc. No 109, modified by Work. Doc. No 115).

<sup>68</sup> The Commission rejected a proposal by the Belgian delegation (Work. Doc. No 116) which would have charged the costs of the placement measures referred to in Article 3 *e* to the State which ordered the measure and not to the State which implemented it.

provides the possibility for Contracting States to enter into agreements among themselves facilitating the chapter on co-operation. In the spirit of the text, these would be agreements which reinforce the co-operation instituted by this chapter, for example, through making certain of its provisions mandatory.

### **Chapter VI – General provisions**

#### *Article 40 (international certificate)*

154 The utility for the practice of an international certificate, mentioning the holder of parental authority and his or her powers, was sustained by the International Union of Latin Notaries which invoked the precedent of the *Hague Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons*. Whether it is the person of the child which is involved, and even more his or her property, practitioners feel the need for security. A certificate, which would have probative force and would be recognised in all the Contracting States, would allow both costs and disputes to be avoided.

The Commission accepted this idea, but did not want to place a requirement on those Contracting States which might not wish to deliver such a certificate (paragraph 1). The certificate provided for in Article 40 thus has an optional character. The State whose authorities are competent to deliver the certificate is that of the child's habitual residence, or the State of origin of the measure of protection. It is for each State which accepts the principle of the certificate to designate the authorities to which it will attribute competence to draw it up (paragraph 3). These authorities will generally not be those which have taken the measure. The issuer of the certificate may be a physical person, for example a notary, or an institution.

The certificate is to be delivered „to the person having parental responsibility or to the person entrusted with protection of the child's person or property, at his or her request“ (paragraph 1). This person will therefore be able to produce this certificate whenever he or she wishes to deal in this capacity with a third party.

The certificate will indicate who is the holder of parental responsibility, whether this results by operation of law from the law which is applicable under Article 16, or from a measure of protection taken by a competent authority according to Chapter II. It will also indicate the powers of the person having the parental responsibility. In an appropriate case, the certificate may in a negative fashion indicate the powers which this person does not have. For example, it may mention that the legal representative of a child having his or her habitual residence in the United States does not have the power to administer the property that the child possesses in a foreign State.

155 Under paragraph 2 of Article 40, the „capacity and powers indicated in the certificate are presumed to be vested in that person, in the absence of proof to the contrary“. It will therefore be possible for any interested person to contest the correctness of the indications appearing on the certificate but, in the absence of a contest, the third party may in all security deal with the person indicated by the certificate, within the limits of the powers which are mentioned there.

#### *Article 41 (protection of personal data)*

156 This article reproduces in substance the provision appearing at Article 31 of the Convention of 29 May 1993 on adoption.<sup>69</sup> The protection of personal data, above all when it is computerised, is moreover a general objective which is common to modern States. As has been indicated under Article 2 (above), this protection should continue to be ensured after the child has reached the age of 18 years.

#### *Article 42 (confidentiality of information)*

157 This text requires the authorities to which information has been transmitted to ensure its confidentiality, in accordance with the law of their State. This provision is a result of a compromise. Certain delegations would have liked to ensure in this way the protection of informers who, it was said, would be extremely discreet if they were to be made responsible for the information furnished. Other delega-

<sup>69</sup> See, on this article, the Report of Mr Parra-Aranguren, *Proceedings of the Seventeenth Session*, Tome II, p. 632.

tions took the position, to the contrary, that measures could not be taken which would deprive one of the parents of his or her parental responsibility, or even of a right of access, on the basis of information against which this parent would not be able to offer a defence. The compromise consisted of submitting the degree of protection of the confidentiality to the law of the State of the authority to which the information has been transmitted.

*Article 43 (dispensation from legalisation)*

158 Dispensation from legalisation or from any analogous formality is provided for by other conventions,<sup>70</sup> but not by that of 29 May 1993 on adoption. Various proposals submitted to the Diplomatic Session, referring to widespread fraud in relation to certificates of civil status,<sup>71</sup> would have purely and simply deleted this article, or at least would have formulated exceptions to the principle of dispensation from legalisation. All of these proposals were rejected, which does not in any way exclude the possibility for the authority, before whom documents are produced which appear to be suspect, to ask for information in relation to them.

The dispensation from legalisation extends here to all „documents forwarded or delivered under this Convention“, *i.e.* all written information furnished, all judicial and administrative decisions, as well as certificates delivered in accordance with Article 40.

*Article 44 (designation of the authorities)*

159 This article comes from a proposal by the British delegation (Work. Doc. No 2) intended to facilitate the functioning of the articles to which it refers by permitting the requesting authority of a Contracting State to know which authority should be addressed, in the requested State, when a transfer of jurisdiction towards a more appropriate forum (Art. 8 and 9) or a placement abroad (Art. 33) is contemplated. But this designation is optional for the Contracting States which, because of the variety and the great number of the authorities whose jurisdiction might be invoked according to the situations, would not often be able to furnish complete lists.

*Article 45 (recipients of communications and declarations)*

160 This text indicates to whom the declarations of the States, made in application of the Convention, must be communicated. It shows a division of tasks between the Permanent Bureau of the Hague Conference and the depositary of the Convention.

*Articles 46-49 (federal clauses)*

161 These articles contain the so-called federal clauses, concerning the application of the Convention in respect of the States whose legal systems are not unified. These clauses have become customary in the Hague Conventions since some thirty years ago, but they are perfected from Convention to Convention, and their drafting must be adapted to the purposes of each Convention. As has been indicated in the introduction to this Report, a specific Working Group chaired by Mrs Alegría Borrás, Delegate of Spain, was charged during the Diplomatic Session with preparing draft articles (Work. Doc. No 11), which were adopted almost without change by the Commission. Article 46 concerns the situations which give rise only to conflicts which are internal to a Contracting State, while Articles 47 and 48 look to the application of the Convention in respect of States which have inter-territorial conflicts of laws, and Article 49 does the same for States which have inter-personal conflicts of laws.

*Article 46 (non-application of the Convention to internal conflicts)*

162 The Convention is intended to deal with international conflicts of authorities and laws in respect of protection of children. A Contracting State in which different systems of law apply in this area may, if it wishes to, apply the Convention's rules to resolve these conflicts, but this article sets it out that

<sup>70</sup> See, in particular, Article 23 of the Convention of 25 October 1980 (child abduction).

<sup>71</sup> See the Report of the International Commission on Civil Status (CIEC) drafted by Ms Isabelle Guyon-Renard under the title „La fraude en matière d'état civil dans les Etats membres de la CIEC“, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1996, page 541 and following.

such State is in no way bound to do so.<sup>72</sup> It should be pointed out that the conflicts internal to a Contracting State to which this article relates may be inter-territorial conflicts, equally as well as inter-personal conflicts.

*Article 47 (inter-territorial conflicts, general rules)*

163 This article, like the following article, indicates how to apply the Convention in respect of a State comprising several territorial units, to which different systems of law or sets of different rules apply. The purpose of this article is purely technical. It is a question of clarifying the manner of application of the question in respect of the Federal or semi-Federal States and not at all, as certain delegations may have feared, for example, to oblige Contracting State A, which would not recognise the sovereignty that Contracting State B purports to exercise over a certain territorial unit, to recognise the decisions which may have been taken by State B in such territorial unit. That is a problem of public international law to which the Convention is entirely foreign.

164 Article 47 gives the general rules which might apply equally to questions of jurisdiction of the authorities, applicable law and recognition of measures of protection but, so far as concerns the determination of the applicable law, its scope of application is severely curtailed by Article 48, which sets out special rules on this point.

The general idea which inspired Article 47, for which precedents are found in other Conventions,<sup>73</sup> is for the Federal or semi-Federal State to localise the spatial connecting elements retained by the Convention in the territorial unit of such State in which they are effectively localised. Thus it is with the child's habitual residence, his or her presence, the location of his or her property, or yet the close connection that the child may show with the State, or with the place of his or her removal or retention (sub-paragraphs 1, 2, 3, 6 and 7). Likewise, the reference to an authority, a law, or a procedure ought to be referred to the authority authorised to act, or to the law or the procedure in force, in the territorial unit concerned (sub-paragraphs 8 to 10). As follows, the principal difficulty concerns the reference to the State of which the child has the nationality (*cf.* Art. 8, paragraph 2, subparagraph *a*). Article 47, sub-paragraph 4, indicates that such a reference refers to „the territorial unit designated by the law of that State or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit with which the child has the closest connection“.

*Article 48 (inter-territorial conflicts, special rules on the applicable law)*

165 A brief comparative study of the recent Hague Conventions would show that very diverse systems have been utilised to determine the law of the territorial unit which is applicable, where the conflicts rule of the Convention designates the law of a State which has inter-territorial conflicts of laws. Certain Conventions proceed to a direct designation of the territorial unit, the law of which will be applicable.<sup>74</sup> Others refer principally to the internal conflicts rules of the State concerned, and subsidiarily to the law of the territorial unit with which the situation has the closest links,<sup>75</sup> or to the law of a territorial unit directly determined.<sup>76</sup> Article 48 of the present Convention retains this latter system. The territorial unit, the law of which is applicable, is that which is identified by the rules in force in the State concerned, but if there are none, then it is that which is defined in Article 47. Thus, where Article 16 designates the law of the State of the child's habitual residence to govern the attribution of parental responsibility by operation of law, and this State comprises several territorial units governed by different laws, it would be necessary first of all to research out whether there exist in the

<sup>72</sup> The same rule is found in various Hague Conventions, in particular the Agency Convention of 14 March 1978, Article 20; the Matrimonial Property Convention of 14 March 1978, Article 18; the Sales Convention of 22 December 1986, Article 20; the Child Abduction Convention of 25 October 1980, Article 33; the Successions Convention of 1 August 1989, Article 21; the Adoption Convention of 29 May 1993, Article 38.

<sup>73</sup> See Child Abduction Convention of 25 October 1980, Article 31; and above all, Adoption Convention of 29 May 1993, Article 36.

<sup>74</sup> See Agency Convention of 14 March 1978, Article 19; Matrimonial Property Convention of 14 March 1978, Article 17; Marriage Convention of 14 March 1978, Articles 18 and 19; Sales Convention of 22 December 1986, Article 19; Child Abduction Convention of 25 October 1980, Article 31 *b*; Trusts Convention of 1 July 1985, Article 23; Adoption Convention of 29 May 1993, Article 36 *b*.

<sup>75</sup> Maintenance Convention, Applicable Law, 2 October 1973, Article 16.

<sup>76</sup> See Matrimonial Property Convention of 14 March 1978, Article 16; Successions Convention of 1 August 1989, Article 19, paragraph 2.

law of this State rules leading to the identification of the territorial unit, the law of which is applicable, and, in the absence of such rules, to apply in accordance with Article 47, sub-paragraph 1, the law of the territorial unit in which the child has his or her habitual residence.

*Article 49 (inter-personal conflicts, applicable law)*

166 Unlike Articles 47 and 48, Article 49 envisages the States which have inter-personal conflicts, that is to say, those States which have various systems of law or sets of rules applicable to different categories of persons. All the Hague Conventions which deal with determination of the applicable law, where the conflicts rules that they set out designate a State of this type, defer to the internal conflicts rules of this State. Certain of them stop there, without giving any solution for the case where such rules do not exist in the State concerned.<sup>77</sup> Others fill this gap and refer, in the absence of such rules, to the law of the closest connection.<sup>78</sup> Article 49 of this Convention adopts this latter system. In the absence of rules in force in the State concerned, identifying the applicable law, the law of the system or the set of rules with which the child has the closest connection applies.

*Articles 50-52 (conflicts of conventions)*

167 These three articles have, as a point in common, the fact that they govern certain conflicts which may arise from the co-existence of this Convention with other older and specifically designated conventions (Art. 50 and 51) or undetermined conventions (Art. 52).

*Article 50 (primacy of the Child Abduction Convention)*

168 The primacy of the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* over the *Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors* was already declared in Article 34 of the 1980 Convention, and it was coherent to extend this primacy *vis-à-vis* the new Convention, which is intended to replace that of 1961. When a child has been wrongfully removed, the priority remains that of assuring his or her immediate return, and it is only after this return that the discussions may commence on the merits as to measures of protection. The discussions which preceded the adoption of Article 7 (see above) showed, from the first meetings of the Special Commission, the agreement of the States represented at the Eighteenth Session to maintain this primacy of the 1980 Convention.

Article 50, derived from a Swiss proposal (Work. Doc. No 104), expresses this clearly. The second sentence of Article 50 is intended to let the present Convention apply, however, if in a particular case its provisions were to allow, better than those of the 1980 Convention, for ensuring the child's return or organising access.

This article concerns only the relations between the States which will be Parties at the same time to the new Convention and that of 1980. The relations between the States which will be Parties to the new Convention, without being so to that of 1980, but being so to conventions having a similar purpose, are not envisaged here, but only in Article 52 (see below).

*Article 51 (replacement of the 1902 and 1961 Conventions)*

169 This article, drawn from a Swiss proposal (Work. Doc. No 55), declares in simple terms the replacement, in relations between the Contracting States, of the old Conventions of 12 June 1902 and 5 October 1961 by the present Convention,<sup>79</sup> with the reservation that this replacement is without prejudice to the recognition of measures previously taken in application of the Convention of 5 October 1961. In other terms, a measure taken in accordance with Article 4 of the Convention of 5 October 1961, by the authorities of the Contracting State of which the child has the nationality, will have to be considered always, in the State of the child's habitual residence, as having been taken by competent

<sup>77</sup> See Marriage Convention of 14 March 1978, Article 20; Child Abduction Convention of 25 October 1980, Article 32; Adoption Convention of 29 May 1993, Article 37.

<sup>78</sup> Maintenance Convention, Applicable Law, of 2 October 1973, Article 16; Successions Convention of 1 August 1989, Article 20; compare Matrimonial Property Convention of 14 March 1978, Article 19.

<sup>79</sup> See, for comparable provisions, Minors Convention 5 October 1961, Article 18; Maintenance Enforcement Convention 2 October 1973, Article 29; Maintenance, Applicable Law Convention 2 October 1973, Article 18; Sales Convention 22 December 1986, Article 28.

authorities, even if in the meantime the two States concerned have become Parties to the new Convention.

It remains, however, that the transition from one Convention to the other will give rise to difficulties which this text does not resolve, but on which a document of the Permanent Bureau (Work. Doc. No 15) had opportunely drawn attention.<sup>80</sup> If, for example, the habitual residence of a child changes from State A to State B, both formerly Parties to the 1961 Convention but having become at the time of the change Parties to the new Convention, this new Convention ought logically to apply in their mutual relations. But if the child has the nationality of State C, Party to the 1961 Convention but not to the new Convention, the 1961 Convention will continue to bind States A and B to State C, which may, by claiming the jurisdiction of its authorities or respect for parental authority by operation of its law, block the application of the new Convention in the relations between States A and B. The only way out would be, perhaps, for these States to denounce the 1961 Convention, which Article 51 would prefer however to avoid by organising a period of transition.

*Article 52 (conflicts with other conventions, deconnection clause)*

170 This article is the fruit of very long and difficult discussions which were carried out during the Diplomatic Session. The difficulty arose because the Member States of the European Union, which are also Members of the Hague Conference, wanted, as was indicated above in connection with Article 10, that the possibility be left for them to negotiate among themselves a convention which would contain rules on the jurisdiction of authorities and the recognition of decisions in child protection matters, in particular in case of divorce.<sup>81</sup> But, on the other hand, the other States Members wanted to avoid the freedom recognised to certain Contracting States, to agree among themselves and with third States upon a separate convention, from having the result of weakening the Hague Convention and in particular the obligations that the Contracting States and Parties to the separate convention would have contracted towards them under the Hague Convention. The text finally adopted meets the needs of the European States while calming the fears of the other Member States of the Conference.

*Paragraph 1*

171 This paragraph concerns only prior agreements. It is in line with the usual compatibility clauses which are found in numerous conventions, except for the last phrase. The new Convention reserves the application of prior agreements entered into by the Contracting States, unless the States Parties to such agreements make a declaration to the contrary.

*Paragraph 2*

172 This paragraph 2 looks directly to the Convention under negotiation among the Member States of the European Union, but it is drafted in general terms and may obviously interest other States Parties to the new Convention, which might wish to enter into regional agreements, for example.

The agreements mentioned in this paragraph are those which concern „children habitually resident in any of the States Parties to such agreements“. The European States wanted the possibility to enter into an agreement among themselves concerning, in particular, the protection of minors, only for those children having their habitual residence on the territory of one of them. The specification appearing in the text means that these States have, in any case, the possibility to conclude separate agreements for such children. But it does not seem that it can be interpreted as a limitation of the power of Contracting States to conclude agreements with third States. It should not be understood that this specification forbids Contracting States to conclude agreements with third States which might concern, for example, children having the nationality of States Parties to these separate agreements, whatever might be the place of the habitual residence of such children. Moreover, paragraph 3 makes no further mention of this limitation.

*Paragraph 3*

173 This paragraph indicates that the separate agreements to be concluded by one or several Contracting States „do not affect, in the relationship of such States with other Contracting States, the

<sup>80</sup> These difficulties may last for a long time since it cannot be excluded that the 1961 Convention may still be ratified by new States. The Commission did not accept the idea of excluding the possibility of new ratifications.

<sup>81</sup> Cf. the current negotiations on the Convention referred to as Brussels II.

application of the provisions of this Convention“. In other terms, the freedom to conclude separate agreements is complete, but the Contracting States which are Parties to such separate agreements may not in any case use these agreements as an argument to free themselves from their obligations towards the other Contracting States which are not Parties to the separate agreements.

174 It must be recognised that a certain ambiguity – which is perhaps not totally involuntary – subsists as to the relations between paragraphs 2 and 3 of this Article 52. The ambiguity comes precisely from the fact that the reference to the children’s habitual residence on the territory of a State Party to the separate agreement appears only in paragraph 2. From this, two interpretations of paragraph 3 are possible. The first would consider that the restrictions contained in this paragraph concern only the agreements which are mentioned there, *i.e.* those which are not limited to children having their habitual residence on the territory of one of the States Parties to these agreements. The second, which seems more exact to the Reporter, and more in accordance with the literal text, would be to understand paragraph 3 as being applicable to all the separate agreements, even to those limited to children having their habitual residence on the territory of the States Parties to these agreements.

175 Subject to this ambiguity, the reach of paragraph 3 may be illustrated with the aid of several examples. If there exists, by virtue of the Hague Convention, a basis for jurisdiction in favour of the authority of a State which is a Party to that Convention, but not to the separate agreement, the Contracting States which are also Parties to the separate agreement should recognise that the measures taken by that authority on the basis of this ground of jurisdiction have been taken by a competent authority, even if the separate agreement excluded such a ground for jurisdiction. Reciprocally, the Contracting States which are not Parties to the separate agreement will not be bound to recognise the measures taken in the other Contracting States which are Parties to such agreement on the basis of a ground for jurisdiction provided by the separate agreement but not by the Hague Convention. In addition, the Contracting States which are Parties to the separate agreement should respect the obligations of co-operation that the Hague Convention imposes upon them.

#### *Paragraph 4*

176 This paragraph assimilates to the separate agreements uniform laws based on the existence, among the States concerned, of special ties. This provision particularly is interesting for the Scandinavian States.

#### *Article 53 (temporal application of the Convention)*

177 This article poses two rules of transitional law, concerning the jurisdiction of authorities and the recognition of measures. It results logically from paragraph 1 that the rules of jurisdiction will apply in a State only from the time of the entry into force of the Convention in that State. Consequently, the measures taken in a Contracting State before the entry into force of the Convention in that State, in application of the rules of jurisdiction previously in force, will not be invalidated by the entry into force of the Convention, even if the authorities which took them no longer have jurisdiction according to the Convention. The fate of proceedings which are pending, in which a measure had not yet been taken at the date of entry into force of the Convention, is to be governed by the national law of each Contracting State.

178 Paragraph 2 limits the temporal application of Chapter IV (recognition and enforcement) to measures taken after the entry into force of the Convention, both in the State of origin of the measures and in the requested State. Naturally, the requested State may always recognise the decisions taken previously, but this would be by virtue of its national law and not of the Convention.

179 Article 53 sets out no transitional rule concerning the conflicts rules of the Convention. However, the conflicts rule of Article 15 (law applicable to measures of protection) will follow the transitional law provision of the first paragraph. In fact, for the rule of Article 15 to apply in a Contracting State, it is necessary that the authorities of that State have jurisdiction under the Convention, which is governed, from the point of view of transitional law, by paragraph 1 of Article 53.

On the other hand, the gap is complete as regards the transitional law of the conflicts rule on the law applicable to parental responsibility by operation of law (Art. 16). When the problem is posed in a Contracting State after the entry into force of the Convention in respect to it, the authorities of that



State will apply the conflicts rule of Article 16, but that will not suffice to deal with all the problems. The substitution of one conflicts rule for another, for example, of the law of the habitual residence for the national law, may bring on, for example, a change in the holder of parental responsibility. The problems of transitional law resulting from this change will be dealt with, since the Convention is silent, by the national law of each of the Contracting States. It may be supposed that the validity of transactions entered into, before the entry into force of the Convention for a Contracting State, by the holder of parental responsibility according to the law designated by the former conflicts rule, will not be brought back into question in that State. But it is not possible to guess what response will be given by the national law of each Contracting State to the question of whether the new holder of parental responsibility, under the law designated by the new conflicts rule, would take the place of the predecessor or whether, by analogy to the solution for mobile conflicts given by Article 16, this new holder will be added to the predecessor until the possible conflict between the two is dealt with by a measure taken by the authorities of the child's habitual residence.

*Article 54 (language of communications)*

180 This article deals with the problems of the language in which communications between authorities are to be drafted or translated. It is an exact reproduction of Article 24 of the *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. The communication is addressed in its original language and accompanied by a translation into the official language of the State of the authority addressed or, where that is not feasible, into English or French. A possibility for a reservation is provided against the utilisation either of English or of French.

*Article 55 (reservation concerning property)*

181 The reservation set out in this article was requested by the British delegation and supported in particular by Australia and Canada. The fear was expressed by these delegations of not being able to convince their respective States to ratify the Convention, if the jurisdiction of their authorities was not preserved in order to take the measures of protection for property, or for certain property, in particular immovables, of the child situated on their territory, as well as the possibility of not recognising a parental responsibility or a measure which might be incompatible with a measure taken by their authorities in respect to this property. Here, one is at the interface between property law and the law of protection of minors, and the needs of the law of the situs are particularly strong. It was, in addition, observed that in certain Federal States, and particularly in Australia, property law is within the legislative jurisdiction of the federative States, and the Federal State must obtain the agreement of these in order to ratify the Convention.

*Article 56 (monitoring of the Convention)*

182 This article reproduces Article 42 of the Convention of 29 May 1993 on adoption. There is only benefit to be derived from the Conference organising, periodically, meetings to examine the practical operation of the Convention and, as appropriate, making suggestions to improve it. The Conference has often initiated meetings of this type for other conventions which had not formally provided for such monitoring, but the insertion of an express provision will have the benefit of making this an obligation for the Conference.

## **Chapter VII – Final clauses**

*Articles 57-63*

183 These articles, prepared by the Permanent Bureau (Work Doc. No 112) and adopted without long discussion, are taken from previous conventions, particularly the Convention of 29 May 1993 on adoption. They deal with the signature, ratification, acceptance or approval (Art. 57), with accession (Art. 58), with the possibility for States having two or more territorial units in which different systems of law are applicable to declare the units to which the Convention will be applied (Art. 59), with the system of reservations and their withdrawal (Art. 60), with the entry into force of the Convention (Art. 61), with denunciation (Art. 62), and, finally, with the notifications that the depositary of the Convention will have to make to the Member States of the Conference and to those States which will have acceded to the Convention (Art. 63).

The differences which are not linked with the subject matter between these clauses and the corresponding clauses of the Convention on adoption are minimal.

According to Article 57, the Convention is open only to the signature of the Member States of the Conference, and not to those of the States which participated in the Eighteenth Session. Unlike what happened in respect of adoption, these other States had been invited to the Eighteenth Session only as observers. They actively participated in the discussions, but without any vote in the deliberations, and they will be able to accede to the Convention following the procedure set out in Article 58.

The difference between the two situations manifests itself above all as to the possible date of accession, and that of its taking effect. Accession is possible only after the entry into force of the Convention (Art. 58) and the period of three months, at the expiration of which the Convention enters into force for the States ratifying the Convention or acceding to it after its entry into force, begins to run for each acceding State only after the expiration of the period of six months given to the Contracting States to raise an objection to the accession (see Art. 61, paragraph 2, sub-paragraph *b*, which is lacking in the Convention on adoption).

Article 62 finally provides, unlike the Convention on adoption, that the denunciation of the Convention may be limited to certain of the territorial units to which the Convention applies.

Paris, 15 January 1997

