Université catholique de Louvain

Faculté des sciences économiques, sociales et politiques

Institut d'analyse du changement dans l'histoire et les sociétés contemporaines

Le pari de la confiance

Les juges et les médiateurs face à l'enlèvement parental international

Olivier STRUELENS

Thèse présentée en vue de
l'obtention du grade de docteur
en sciences politiques
et sociales

Année académique 2020-2021

Composition du jury de thèse :

Prof. Jean De Munck – Université catholique de Louvain (promoteur)

Prof. Diane Bernard – Université Saint-Louis Bruxelles (co-promotrice)

Prof. Yves Cartuyvels – Université Saint-Louis Bruxelles (comité d'accompagnement)

Prof. Barbara Truffin – Université Libre de Bruxelles (comité d'accompagnement)

Prof. Jacques Commaille – École Normale Supérieure de Cachan, Université Paris-Saclay

Prof. Louis Quéré – Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS), École des Hautes Études en Sciences Sociales

Cette recherche a reçu le soutien du F.N.R.S. et a été effectuée dans le cadre d'un Projet de Recherche (PDR) intitulé « Le droit face au rapt parental », en collaboration avec l'Université catholique de Louvain et Saint-Louis Bruxelles.

REMERCIEMENTS

Je voudrais en premier lieu remercier Jean De Munck, mon promoteur, de m'avoir guidé avec enthousiasme et amitié tout au long de cette thèse. Commentateur avide et passionné, ton incroyable érudition mêlée à une curiosité insatiable ont marqué en filigrane les pages qui suivent. Toujours une pensée d'avance, inclure l'ensemble de tes réflexions dans ma thèse en aurait demandé dix de plus, mais j'y vois le signe d'une rencontre intellectuelle riche, fertile, porteuse.

Ma gratitude va ensuite à Diane Bernard, ma promotrice, sans qui cette thèse n'aurait jamais vu le jour. Je tiens à te remercier pour ta franchise, ta présence et ton humanité, pour m'avoir soutenu quand je n'y croyais plus et cru en moi quand je n'y croyais pas. Je n'aurais jamais pu tenir le pari de la confiance sans celle que tu m'as témoignée. Je tiens aussi à saluer ta disponibilité, toujours là dans les moments de crises, pour te partager une idée soudaine ou un nœud de pensée, que tu m'aidais, par une maïeutique dont tu as le secret, inlassablement à soulager.

Je tiens à remercier Yves Cartuyvels, membre de mon comité d'accompagnement, dont le rôle fut nécessaire à l'alchimie collective de nos discussions. Minutieux et pragmatique, tu as œuvré comme le véritable contrepoids terrestre d'un comité qui avait parfois la tête égarée dans le ciel des idées. Ta relecture rigoureuse et ta bonne humeur lors de nos réunions ne sont pas étrangères à ma thèse telle qu'elle se présente aujourd'hui.

Mes mots courent ensuite vers Barbara Truffin, partie prenante tardive à cette aventure-ci mais à l'origine de mon épopée académique. Figure tutélaire de mon parcours, en proche ou en loin selon les saisons, tu es restée cette rare chercheuse qui allie la pensée vive au regard doux. Ta bienveillance et ton attention sont des qualités inestimables dans un milieu d'ordinaire avare en considération.

Je tiens également à remercier de tout cœur les deux membres extérieurs de mon jury de thèse de m'avoir fait l'honneur d'y prendre part. Merci donc à Jacques Commaille, qui est simplement un des plus grands penseurs de la sociologie du droit francophone actuelle, dont les remarquables réflexions ont jalonné mon parcours d'étude, puis de recherche. Merci ensuite à

Louis Quéré, brillant théoricien, dont la finesse des travaux sur la confiance force l'admiration et constituent, pour ma part, une source d'inspiration renouvelée à chaque lecture.

Merci à Amélie, ma collègue idéale, de m'avoir toujours ouvert la porte de son bureau, même en dehors des heures de consultation. Je dois bien avouer qu'il y avait deux types de journées à Louvain : celles où ton bureau s'ouvrait et celles où il restait clos. Mon cheminement de thèse aurait été plus fade sans ta présence, sans nos pauses café (trop) souvent à rallonge, nos discussions sur tout et rien, notre complicité, notre amitié. Merci aussi pour tes petites attentions, ci et là, qui changent tout.

Tant que je suis « sur site », j'en profite pour remercier les collègues du Centre, en premier lieu Antoine et Lionel, qui m'ont beaucoup apporté, chacun à leur manière. Merci à Yannicke, Sarah, Grégoire, Angela, Olivier, Julia et Camilla pour leur présence et nos échanges, parfois furtifs, toujours bienvenus. Merci surtout à Élisabeth, pour nos discussions précieuses et la relecture serrée de mon manuscrit dont tu m'as fait le privilège.

Je tiens à témoigner ma gratitude aux magistrats et aux médiateurs avec qui j'ai pu longuement échanger. Leur travail, admirable et difficile, force le respect. Leur résolution et leur engagement m'ont donné du fil à retordre pour trouver ma place dans l'écriture, entre distance critique et loyauté. Les réflexions proposées dans cette thèse leur doivent beaucoup. J'espère qu'ils s'y reconnaîtront.

Mes séjours à l'étranger appellent également à des remerciements. Je tiens à saluer Poul Kjaer, chercheur hors pair et hôte généreux pour son accueil adorable à la Copenhagen Business School. Merci aussi aux deux incroyables personnes qui m'ont accueilli à Genève, chacune à leur tour, durant mes deux séjours de terrain au Service Social International, qui se reconnaîtront dans ces lignes.

J'en viens à ma famille. À ma mère d'abord, pour sa générosité sans faille qui m'a une fois encore sauvé la mise. Merci de m'avoir transmis le souci des autres, l'envie de faire ma part et le plaisir de la rencontre. Merci surtout de m'avoir supporté (dans tous les sens du terme) et hébergé chez toi durant les dernières semaines d'écriture. Le stress parfaitement communicatif de l'ermite austère, enfoncé dans son pull et enfermé dans sa tête, qui vivait au-dessus de la tienne, te doit, je crois, quelques heures de sommeil.

Je tiens à témoigner ma gratitude à mon père pour m'avoir, dès les premiers instants, ouvert aux merveilles du monde et de la pensée. Depuis les contrées suédoises confinées, ta relecture et ton retour élogieux m'ont revigoré le moral pour la dernière ligne droite. Un *kram* scandinave pour toi, pour Béné, et pour Elsa, ma petite sœur plus si petite que ça.

Mes pensées vont ensuite vers Quentin, mon frère jumeau, qui n'aura pas eu la chance de se consacrer à l'entreprise familiale de relecture de ma thèse, et pour cause, il fallait d'abord défendre la tienne. Je tenais juste à te témoigner tout mon amour au détour de quelques mots, et te répéter que, malgré le caractère transfrontière de notre relation gémellaire, rien ne s'y perd.

Et Antoine alors, mon grand frère que je serre dans mes bras en pensée, merci pour ta présence et ton affection, merci pour ta relecture de haut vol aussi. Merci surtout de me soutenir, parfois de loin, comme tu le fais, sache que ça ne m'échappe pas.

Mes remerciements glissent vers mes colocataires, parce que faire une thèse c'est aussi respirer. C'est aussi les à-côtés simples, légers, les petits bonheurs dérobés au quotidien. La papote matinale avec Akná, les éternels réveils avec Hari, la terrasse au soleil avec Felix, les soirées karaoké avec Tzibana et Léo, les rires tonitruants avec Ana, les douceurs avec Marine. Merci à Itzana, ma fidèle et grande amie, toujours présente, pour notre si précieuse relation. Et puis les amis et les amies, mais il y en aurait trop, alors, en liste, Thom, Max, Lola, Maurice, Sarah, Petit Quent, Grand Quent, Salomé, Léa, Arthur, Octave, Nath, Nina, Camille, Laura, Mathilde, Claire, Val, puis tous les autres. À cette grande tribu que je ne lâcherai pour rien au monde, merci. Vous m'avez donné l'air nécessaire à cette traversée.

Mes derniers mots vont à Lies, bien sûr, sans qui tout cela aurait bien peu de sens et surtout de saveur. Ma magnifique Lies, je te remercie pour ton infinie patience, tes attentions et ta compréhension durant mes mois d'écriture. Ton amour m'a donné la force de m'y mettre chaque matin, sachant que de l'autre côté de la thèse, ce qui m'attendait, c'était toi.

TABLE DES MATIÈRES

Liste des figures ..... **x**

Liste des acronymes ..... **xi**

Introduction **1**

1 Un objet d'étude restreint 2

2 La confiance comme problématique transversale 3

3 Questions de recherche et hypothèses 5

4 Méthodologie 6

4.1 Une pratique abductive de l'enquête 6

4.2 Une enquête de terrain en deux phases 8

4.3 Le moment abductif de l'enquête 10

4.4 Un assemblage de méthodes diverses 12

5 Une posture de recherche qui allie interdisciplinarité et compréhension sociologique des idées juridiques 15

Première partie : Le droit des livres à l'aune de la confiance : analyse de l'enlèvement parental international **22**

Chapitre I : Le phénomène d'enlèvement parental international : cadre juridique, tendances statistiques et contexte **23**

1 Le cadre juridique de l'enlèvement parental international 24

1.1 Le cadre pénal de l'enlèvement parental international 24

1.2 Les lignes directrices du cadre civil de l'enlèvement parental international 25

1.2.1 La Convention de La Haye de 1980 26

1.2.1.1 Principes de la Convention 26

1.2.1.2 Les exceptions au retour immédiat de l'enfant 30

1.2.2 Le Règlement Bruxelles II bis 34

1.2.3 La Convention de La Haye de 1996 38

1.3 Les instruments conventionnels et réglementaires : quelles effectivité et efficacité du cadre juridique ? 38

2 Caractéristiques statistiques de l'enlèvement parental international en Belgique 41

2.1 Analyse longitudinale des cas d'enlèvements en Belgique 43

2.1.1 Incidence annuelle des enlèvements parentaux internationaux recensés en Belgique selon l'instrument mobilisé (1985-2016) 44
2.1.2 Nombre et destination des dossiers ouverts (2004-2016) 45
2.1.3 Motifs de clôture des dossiers 47
2.2 Analyse transversale des cas d'enlèvements en Belgique 48
3 Le contexte de l'enlèvement parental international : la transnationalisation du droit familial 52
3.1 De l'intérêt de la transnationalisation du droit familial 52
3.2 L'introuvable transnationalisation du droit familial : ineptie conceptuelle ou désintérêt de recherche ? 56
3.3 La transnationalisation du droit familial : un droit en réseau 62
3.4 La transnationalisation du droit familial : une privatisation et une procéduralisation de la norme 64
4 La confiance dans le contexte de la transnationalisation du droit familial 69
5 Conclusion 72

Chapitre II : La confiance : enjeux théoriques d'un concept 75
1 Dépasser les approches psychologiques, politistes et légalistes de la confiance 76
2 La confiance : caractéristiques générales 83
2.1 Familiarité, confiance tranquille et confiance décidée 83
2.2 Confiance et rapport au temps 85
2.3 Confiance tranquille et confiance décidée 90
2.4 Confiance interpersonnelle, confiance institutionnelle et dispositifs de confiance 93
3 Relecture du cadre conventionnel et réglementaire à l'aune de la confiance 102
3.1 Le moment fondateur : l'institution de la Convention de La Haye de 1980 en tant que communauté de confiance 104
3.2 Le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 : confiance par défaut, méfiance légitime et illégitime 108
3.3 L'Union européenne : une communauté de confiance à trop haute intensité ? 114
4 Conclusion 119

Deuxième partie : Le droit en action : les juges et les médiateurs face à la confiance... 121

Chapitre I : Le juge en charge d'enlèvements d'enfants : entre garant de la confiance institutionnelle et de la coparentalité 129

1 Le juge de l'État requis comme garant de la confiance institutionnelle 132
1.1 Analyser la confiance institutionnelle par ses limites 132
1.2 L'attente de réciprocité de la confiance institutionnelle 137
1.3 La confiance comme mécanisme de gestion de l'incertitude 141
1.4 La confiance : un processus structuré en trois temps 145
1.5 Des attitudes entre réflexe national et dilemme éthique 149
1.6 La modalisation du retour : concrétiser la présomption conventionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant 160
1.7 Le déracinement comme limite, l'urgence comme contrainte 162
2 Le juge de l'État requérant : un rôle hybride entre juridiction et lien familial 166
2.1 Entre sanction, diplomatie et coparentalité : l'exemple du cas polonais 170
2.2 Composer avec la sanction pénale de l'enlèvement parental 175
2.3 Résister à la tentation de la sanction civile : l'autorité parentale exclusive 177
2.4 La substance de l'intérêt supérieur de l'enfant : non-conflictualité et coparentalité comme coordonnées essentielles 181
2.5 Dé-conflictualiser coûte que coûte : le juge dominant-démuni 184
2.6 L'influence du rapport au droit et des comportements judiciaires sur l'évaluation à la coparentalité 189
2.7 Droit et confiance : des relations ambigües 192
2.8 Convertir la méfiance en confiance et se fier aux justiciables 196
3 Conclusion 202

Chapitre II : Le médiateur familial international : artisan de la confiance interpersonnelle 204

1 La médiation familiale internationale : un dispositif au service de la coparentalité 207
1.1 La parentalité comme problème public 208
1.2 La médiation comme dispositif au service de la coparentalité positive 211
1.3 La coparentalité entre norme juridique et norme implicite 214
2 La médiation familiale internationale caractérisée par son rapport au droit 217
2.1 État des lieux du développement de la médiation familiale internationale 217
2.2 Une médiation bâtie sur les limites du droit 219
2.3 Les limites de la médiation à pallier les limites du droit 222
2.4 Une médiation bâtie dans les limites du droit 229
2.4.1 Une médiation définie par le droit 230

2.4.2 Une médiation complémentaire à l'action judiciaire 234
2.4.3 Un modèle de (co)médiation binationale 236
2.5 Une médiation entre juridiction et lien familial 239
2.6 Une médiation exempte d'enjeux de confiance institutionnelle 241
3 Le parcours de médiation : de la méfiance mutuelle à la confiance interpersonnelle 243
3.1 Engager les parties en médiation, gagner la confiance des médiés 244
3.2 Désamorcer la méfiance mutuelle, se recentrer sur l'enfant 247
3.3 Défaire les identités judiciaires, reconnaître l'autre comme parent 251
3.4 Favoriser l'entame d'une relation de confiance, cadrer les conditions du dialogue 260
3.5 Sceller la parole donnée, inscrire la confiance dans le réel 265
3.6 Clore le litige, accompagner la confiance 268
3.7 Pourquoi la confiance est-elle si désirable ? 271
4 Conclusion 275

Conclusion générale : le pari conceptuel de la confiance 277
4.1 Synthèse du parcours de recherche 278
4.2 Les deux versants de la confiance et leurs rapports au droit 282
4.3 Inventaire des aspects transversaux de la confiance 284
4.4 Ouvertures 288

Bibliographie 293

Annexes 312

LISTE DES FIGURES

Figure 1. Procédures juridiques de l'enlèvement d'enfants de la Belgique vers l'étranger 37
Figure 2. Évolution des cas d'enlèvements en Belgique en fonction des instruments juridiques mobilisés (1985-2016) 44
Figure 3. Nombre de dossiers d'enlèvements ouverts et traités par l'Autorité centrale belge (cadre conventionnel) 46
Figure 4. Rôle de l'Autorité centrale belge dans les cas d'enlèvements d'enfants 46
Figure 5. Top 5 des États impliqués dans les enlèvements avec la Belgique 47
Figure 6. Motifs de clôture des dossiers de l'Autorité centrale belge (cadre conventionnel) .. 48
Figure 7. Typologie de la confiance 91
Figure 8. Rôles des juges et des médiateurs en charge d'enlèvements 126
Figure 9. Morphologie comparative des modèles de médiation familiale interne et internationale 238
Figure 10. Modèle de médiation familiale internationale en tandem 239

LISTE DES ACRONYMES

CEDH	Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLaH80	Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
HccH	Conférence de La Haye de droit international privé
IHNJ	International Hague Network of Judges
MAG	Méthode d'analyse en groupe
SPF Justice	Service public fédéral Justice
SSI	Service Social International
UE	Union européenne

La convention formelle de cette thèse voudra que l'on désigne le juge et le médiateur au masculin, non pas pour invisibiliser le travail des femmes, d'ailleurs majoritaires chez les magistrats, mais simplement pour référer à la fonction occupée.

INTRODUCTION

À l'heure où les migrations s'intensifient toujours davantage et où les couples binationaux se lient et se délient au fil de trajectoires de vie traversant les frontières étatiques, des fragments familiaux se retrouvent dispersés aux quatre coins du globe. Bien évidemment, ces trajectoires ne se déroulent pas toujours sans accroc et les déambulations transfrontières entraînent des conflits débordant à leur tour l'échelle de la nation. Parmi ces conflits, l'enlèvement parental international[1] fait figure exceptionnelle, tant en raison de l'intensité émotionnelle qu'il présente que de la technicité juridique qu'il implique.

Cependant, bien que l'enlèvement parental international puisse donner lieu à des litiges qui s'enlisent et dont la conflictualité s'avère parfois spectaculaire, nombre de cas se déroulent de manière beaucoup plus apaisée. Ce litige peut en effet être considéré comme une conséquence logique de l'accroissement des couples binationaux et de la hausse généralisée des taux de séparation. En d'autres termes, avant d'être un conflit familial violent, l'enlèvement d'enfants est un enjeu qui exprime des transformations familiales et migratoires.

C'est face à ces deux transformations consubstantielles que le droit international privé montre ses limites, et donc tout son intérêt en termes d'analyse. En effet, ce contentieux qui retient l'attention des juristes depuis près de quarante ans fait l'objet d'un encadrement juridique complexe qui représente, paradoxalement, à la fois une des plus grandes réussites du droit international privé[2] et un système de régulation souvent pointé comme défaillant[3]. Et pour cause, au cœur du contentieux affleure une tension entre la mise en ordre des compétences juridictionnelles des États (enjeu juridictionnel) et la résolution du conflit familial (enjeu interpersonnel).

Ces deux niveaux s'entremêlent et l'enlèvement d'enfants n'advient juridiquement que lorsque ces deux aspects sont présents. En effet, l'enlèvement parental international réfère au franchissement d'une frontière étatique impliquant la violation de l'autorité parentale (et du consentement) d'un des parents par l'autre parent. Si l'un des deux éléments vient à manquer,

[1] Par souci de fluidité de lecture, nous emploierons de manière interchangeable et donc équivalente « enlèvement parental international », « enlèvement d'enfants », « enlèvement parental », voire parfois « enlèvement » comme renvoyant à cette catégorie juridique.
[2] SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, Oxford, OR, Hart Publishing, 2013, p. xi.
[3] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, Oxford ; Portland, OR, Hart Publishing, 2011.

il ne s'agit plus d'enlèvement parental international en termes juridiques : c'est soit une non-représentation d'enfants (lorsque le caractère transfrontière fait défaut)[4], soit un enlèvement pur et simple (lorsque manque l'élément parental, donc de violation de l'autorité parentale). Sans entrer pour l'instant dans les détails de la définition juridique de notre objet d'étude, retenons qu'une procédure de coopération judiciaire entre États a été instaurée par la Convention de La Haye de 1980[5], matérialisée par le *mécanisme de retour immédiat*, organisant le retour de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle. C'est une procédure qui se déploie en deux temps : en premier lieu il s'agit de déterminer la juridiction compétente (en ordonnant un retour ou en refusant un retour de l'enfant), et, dans un deuxième temps, de déléguer le traitement du fond de l'affaire (attribution des droits d'hébergement et de visite) à la juridiction dont la compétence a été établie.

1 Un objet d'étude restreint

Si l'enlèvement parental international est défini par le droit, il convient de savoir comment s'en emparer en sciences sociales. Un premier pas invite à restreindre l'objet. Il s'agit de ne pas s'attaquer de front à tous les types d'enlèvements, cela reviendrait à analyser un contentieux trop important et une diversité juridique telle qu'elle en deviendrait insaisissable. En ce sens, nous dégagerons un objet d'étude réduit, d'une part, aux cas régis par les instruments conventionnels et réglementaires[6], et circonscrit, d'autre part, à certains professionnels spécialisés du litige – les juges et les médiateurs familiaux internationaux.

Première restriction donc, nous étudierons la catégorie d'enlèvement parental international *uniquement dans le cadre conventionnel et réglementaire*. Il serait en effet contre-productif de s'encombrer des cas non conventionnés dans l'optique analytique de compréhension des transformations du droit, puisque ces vides réglementaires, bien que souvent les plus

[4] En droit belge du moins, les catégorisations pénales diffèrent selon les juridictions, nous le verrons en aval (cf. *infra*, première partie, chapitre I, 1.1).

[5] Il s'agit en toutes lettres de la « Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », instrument légal international taillé sur mesure pour répondre aux phénomènes d'enlèvement parental international, nous en détaillerons les caractéristiques plus bas (cf. *infra*, première partie, chapitre I, 1.2.1)

[6] Il s'agit des cas qui sont soit soumis au régime de la « Convention de la Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », soit au « Règlement Bruxelles II bis ». Nous reviendrons en profondeur sur ces deux instruments (cf. *infra*, première partie, chapitre I, 1.2), gardons à l'esprit pour l'instant que les cas dits « conventionnés » réfèrent aux cas soumis à l'un et/ou l'autre de ces instruments juridiques, contrairement aux cas « non-conventionnés », où la diplomatie et les accords bilatéraux, lorsqu'ils existent, constituent les seules ressources pour faire face à l'enlèvement parental international.

problématiques et les plus médiatisés, laissent comme unique possibilité de résolution institutionnalisée la voie diplomatique traditionnelle. Quelle que soit l'importance politique de ces cas et les drames qu'ils peuvent représenter pour les justiciables, ils constituent néanmoins un terrain vierge de toute tentative de coopération au-delà de l'État, ce qui constitue un des intérêts analytiques majeurs de notre recherche.

La seconde restriction de l'objet d'étude – s'additionnant à celle des cas conventionnés – réside dans la *focalisation exclusive sur les juges et médiateurs familiaux internationaux* en charge du contentieux, c'est-à-dire sur deux figures du tiers institutionnel au détriment des justiciables faisant appel à ce tiers. Si nous retenons ces rôles particuliers, c'est parce qu'ils incarnent deux figures particulièrement actives de la transnationalisation du droit familial, comme nous le verrons par la suite (cf. *infra*, première partie, chapitre I, 3). La perspective des justiciables, quant à elle, sera écartée car elle ne participe pas directement à l'établissement de relations de confiance et de coopération au niveau transnational[7].

De cette double exclusion ressort donc notre objet d'étude. La présente thèse portera sur les enlèvements parentaux internationaux dans les cadres conventionnés et réglementaire depuis la perspective des juges et des médiateurs. L'intérêt de cette focale découle de notre volonté d'étudier les enjeux particuliers de confiance auxquels ces professionnels se confrontent, problématique principale qui structurera les réflexions livrées ici.

2 La confiance comme problématique transversale

La problématique au cœur de ce travail doctoral réside donc dans *la question de la confiance*. On conçoit l'étonnement initial que pourrait susciter la sélection d'une problématique qui semble *prima facie* étrangère à la question de l'enlèvement parental international, d'autant plus que cette thématique n'est pas particulièrement discutée par les acteurs professionnels du litige eux-mêmes. Pourtant, nous faisons le *pari conceptuel* que la confiance se loge au cœur des enlèvements parentaux internationaux, et, plus largement, joue un rôle fondamental dans la transnationalisation du droit familial en général. À l'inverse de la prolongation d'un sillon de recherche bien établi, telle qu'une étude juridique de l'enlèvement parental international ou une exégèse philosophique de la confiance, notre entreprise cognitive se risque à une échappée des tranchées traditionnelles du savoir et s'extrait par la même occasion du confort de l'assise

[7] Bien entendu, cela ne revient pas à évacuer totalement le vécu des justiciables, mais celui-ci sera analysé *à partir de la perspective des professionnels du droit*.

disciplinaire. En effet, le mouvement de cette thèse de doctorat consiste à tenir le pari que la confiance peut faire office d'excellent *analyseur* du phénomène juridique dans l'optique d'une approche *interdisciplinaire* du droit *en contexte*. Pour décrire ce contexte, nous développerons la notion de *transnationalisation du droit familial*, qui permet de saisir le mouvement de dépassement des frontières de l'État sans sacrifier les spécificités de la matière familiale et de la régulation de la sphère privée, parmi lesquelles l'exigence de maintien du lien parental. Et c'est *in fine* le rapport entre confiance et droit que nous clarifierons au fil des chapitres à venir. La confiance constitue en effet une problématique au confluent des deux défis constitutifs de l'enlèvement parental international : d'une part, la stabilisation des relations familiales contemporaines, particulièrement moyennant une forme de coparentalité (le versant interpersonnel de la confiance); d'autre part, le dépassement des limites de l'État, moyennant la mise en place d'une coopération judiciaire transfrontière (le versant institutionnel de la confiance).

Pour ce faire, notre réflexion sera divisée en deux grandes parties : la première se concentrera sur l'encadrement juridique de l'enlèvement parental international dans le droit des livres (*« law in the books »*), tandis que la seconde, à forte teneur empirique, se focalisera sur le droit en action (*« law in action »*)[8] à partir de l'expérience des magistrats et des médiateurs spécialisés dans la prise en charge du contentieux.

Nous entamerons cette première partie par un chapitre consacré à l'exposition du cadre juridique de l'enlèvement parental international en Belgique (chapitre I, 1), à une esquisse des tendances statistiques qui le caractérise (chapitre I, 2) ainsi qu'à l'élaboration de la notion descriptive de transnationalisation du droit familial, afin de saisir le contexte pertinent du contentieux qui nous intéresse (chapitre I, 3). Le second chapitre de cette première partie servira, dans un premier temps, à nous outiller théoriquement au moyen d'un concept de confiance complexe et nuancé (chapitre II, 2). Dans un second temps, nous spécifierons cette conceptualisation générale en proposant une relecture du cadre conventionnel et réglementaire de l'enlèvement parental international à l'aune de la notion de confiance (chapitre II, 3).

La seconde partie de cette thèse se focalisera sur les juges et les médiateurs en charge du contentieux afin de saisir les enjeux de confiance qui se posent concrètement à ces deux figures du tiers. Le premier chapitre se concentrera sur les enjeux de confiance du magistrat selon deux

[8] POUND Roscoe, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, vol. 44, nº 1, 1910, p. 12-36.

rôles distincts de la procédure judiciaire : le juge de l'État requis et le juge de l'État requérant. Dans un premier temps, nous nous attarderons sur la figure du juge de l'État requis dans le cadre conventionnel, garant par excellence de la confiance institutionnelle, devant ordonner ou non le retour de l'enfant (chapitre I, 1). Dans un second temps, nous investiguerons la place du juge de l'État requérant soumis au règlement européen, au rôle hybride, puisque devant gérer à la fois l'ordonnancement des compétences juridictionnelles et le fond de l'affaire familiale (chapitre I, 2).

Le dernier chapitre traitera du rôle du médiateur familial international dans la gestion du contentieux. Ici, nous procéderons en trois temps. En premier lieu, nous montrerons que la médiation familiale internationale constitue un dispositif au service de la coparentalité (chapitre II, 1). En second lieu, nous caractériserons la médiation familiale internationale par son rapport ambivalent au droit, pratique se bâtissant à la fois sur les limites et dans les limites du droit (chapitre II, 2). Enfin, nous terminerons ce chapitre en détaillant les étapes du parcours de médiation cherchant à convertir une méfiance mutuelle entre parties en une confiance interpersonnelle entre parents (chapitre II, 3).

Nous conclurons ce travail doctoral en esquissant une synthèse du parcours de recherche effectué, ainsi qu'un inventaire des aspects transversaux de la confiance dans les cas d'enlèvements parentaux internationaux, pour clore notre investigation en désignant de futurs horizons de recherche.

3 Questions de recherche et hypothèses

Les deux questions de recherche que nous poursuivrons au cours de cette thèse peuvent dès lors être formulées comme tel : quels sont les enjeux de confiance qui se posent aux professionnels du droit – juges et médiateurs familiaux – en charge des enlèvements parentaux internationaux ? Et, de manière plus générale, qu'est-ce que nous enseignent ces enjeux de confiance sur la transnationalisation du droit familial, et le rapport entre droit et confiance dans ce contexte ? Ces questions de recherche sont précisées par deux hypothèses conjointes qui constitueront le fil rouge de la seconde partie de cette thèse.

Premièrement, nous avançons que *les juges et les médiateurs familiaux internationaux sont confrontés dans leurs pratiques à une double dynamique potentiellement contradictoire, devant gérer simultanément enjeux juridictionnels et enjeux interpersonnels (H1).*

Deuxièmement, nous soutenons *qu'il existe une hiérarchie inversée dans l'ordre des priorités entre ces deux figures du tiers, en ce sens que les magistrats font passer au premier plan la mise en ordre des compétences juridictionnelles (s'il le faut aux dépens de la relation interpersonnelle), là où les médiateurs s'attachent avant tout à la stabilisation de la relation entre les parents, visant idéalement une coparentalité apaisée (H2).*

En somme, il s'agira, au long de cette thèse de doctorat, de *s'emparer de la catégorie juridique d'enlèvement parental international*, depuis le *point de vue des magistrats et des médiateurs* sous *l'angle analytique de la confiance* dans le contexte de la *transnationalisation du droit familial*, mais également, de manière plus ambitieuse, de sonder les *relations entretenues entre confiance et droit* dans ce contexte.

4 Méthodologie

4.1 Une pratique abductive de l'enquête

L'optique méthodologique générale retenue pour ce travail réside dans la pratique abductive de l'enquête, à même de mêler empirie et théorie, sans tomber dans les apories du redoublement du discours des acteurs du terrain, ni du tout à la théorie sans base empirique. En effet, cette démarche fondamentalement itérative et récursive[9], n'affirme pas la prééminence de l'empirie et de l'enquête de terrain sur la théorie, ni la supériorité inverse, mais tente de trouver une voie médiane ou théorie et empirie se couplent afin de produire des hypothèses de recherche de moyenne portée théorique proprement innovantes.

C'est C.S. Peirce qui propose le premier une pratique abductive de l'enquête[10], en s'inspirant des trois types de raisonnement déclinés par Aristote : la déduction, l'induction et l'abduction. La maxime abductive s'énonce en ces termes : « étant donné un fait B et la connaissance que A implique B, A est une abduction ou une explication de B »[11]. Elle est en ce sens assez proche du type de raisonnement déductif (« étant donné la prémisse A et la connaissance de ce que A implique B, il est possible de déduire la conclusion B »), mais n'en partage pas le caractère

[9] TIMMERMANS Stefan et TAVORY Iddo, « Theory Construction in Qualitative Research: From Grounded Theory to Abductive Analysis », *Sociological Theory*, vol. 30, nº 3, 2012, p. 180 ; voir également, PAPAUX Alain, *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsomption à l'abduction. L'exemple du droit international privé.*, PhD Thesis, Université de Lausanne, Faculté de droit et des sciences criminelles, 2002.
[10] PEIRCE Charles Sanders, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Thoemmes Continuum, 1994, vol.1-8.
[11] CATELLIN Sylvie, « L'abduction : Une pratique de la découverte scientifique et littéraire », *Hermès*, vol. 2, nº 39, 2004, p. 180.

prédictif, c'est-à-dire que l'abduction, à la différence de la déduction, est toujours faillible. Elle est, par essence, incertaine, tant sur la plausibilité de l'explication que sur la validité des méthodes à la source du savoir de cette explication.

L'abduction s'apparente également à l'induction, qui opère du particulier au général au moyen de la multiplication d'observation de cas potentiellement similaires. Mais, se limitant à une inférence visant à accoler des phénomènes semblables, l'induction peine à produire des explications *originales*. L'abduction, pour sa part, « infère quelque chose de différent de ce qui est observé, et souvent quelque chose qu'il nous serait impossible d'observer directement […] »[12].

Ne nous y trompons pas néanmoins : l'abduction s'insère dans des raisonnements déductifs et inductifs, la dynamique de production du savoir associe en effet ces trois types d'inférences pour arriver à une conclusion. C'est dans la fédération de ces trois éléments que prend forme la connaissance. Dans ce contexte, le moment abductif est le moment créatif et imaginatif par excellence du raisonnement :

> « l'abduction conduit ainsi à la découverte des causes, l'induction à la découverte des lois. L'induction collationne les expériences abduites pour en tirer des lois. Elle met à l'épreuve, elle vérifie ou elle falsifie. […] Dans le processus de construction du savoir, l'abduction guide l'induction, elle est un moment préalable de l'induction. Mais seule l'abduction est créative et apporte de nouvelles connaissances, bien qu'elle soit imprévisible et incertaine, et en cela très proche de la sérendipité »[13].

En ce sens, l'abduction trouve sa source dans la surprise : il s'agit d'une confrontation à un fait surprenant, un fait allant à l'encontre des habitudes et des attentes qui semblent jusque-là tenues pour acquises. L'abduction consiste alors en une « procédure de normalisation d'un fait surprenant », une sorte de machine à familiariser l'hirsute et l'insensé. Comme le note S. Catellin, « [l]a pertinence de l'abduction est en quelque sorte son pouvoir de nous arracher aux évidences de notre horizon d'attente »[14].

La fonction de l'abduction est de permettre au chercheur de s'engager dans un chemin de pensée menant à la fixation de nouvelles croyances-habitudes (ou connaissances) tandis que les inférences déductives et inductives assumeront pour leur part les rôles de justification et de

[12] *Ibid.*
[13] *Ibid.*
[14] CATELLIN Sylvie, « L'abduction », *op. cit.* p. 184

vérification[15]. Elle est première dans deux sens : il s'agit, selon la méthode scientifique développée par C.S Peirce, du premier pas du raisonnement, du premier type d'inférence propre à produire un savoir nouveau ; mais elle est également première dans les sens de la priméité : dans la catégorisation peircienne pour rendre compte des phénomènes, l'abduction est le type d'inférence correspondant la priméité, c'est-à-dire qu'elle est une pure possibilité, simplement perçue et non pas expérimentée concrètement (secondéité) ou interprétée (tercéité)[16]. En second lieu de l'investigation scientifique vient la déduction, qui vise à tirer les conséquences de l'hypothèse ainsi créée, pour ensuite, troisième étape, tenter de tester la portée généralisable de l'hypothèse par induction. En clair : « l'abduction n'est pas indépendante de la déduction et de l'induction. Le processus de compréhension qui mène à la connaissance les associe en fait étroitement : l'abduction fournit à la déduction sa prémisse ou son hypothèse, la déduction en tire les conséquences certaines, l'induction vérifie empiriquement la validité d'une règle possible »[17]. L'empan de cette thèse se limitera au mouvement abductif et déductif, laissant l'induction du problème, et donc sa généralisation par l'expérience sur une multitude de cas, à des études subséquentes.

Mais l'abduction n'est pas qu'une affaire de logique : c'est aussi une affaire d'esthétique[18]. La raison n'est pas mobilisée seule dans ces éclairs d'imagination (le « *flash* » de C.S. Peirce[19]), tout le corps s'engage dans la connaissance ; sentiments, perception et imagination sont impliqués dans la situation étonnante et tous participent à l'inférence créatrice qui s'empare du corps affecté. Le moment abductif fondamental de cette thèse n'y échappe pas. Pour le saisir, il nous faut néanmoins plonger en détail sur le déroulé de l'enquête empirique menée au cours de ce doctorat.

4.2 Une enquête de terrain en deux phases

Une première phase d'enquête, à prégnance exploratoire et ethnographique, a été réalisée durant la première moitié du doctorat (2016-2018) dans une optique d'immersion visant à se laisser surprendre par les observations de terrain, structurée néanmoins par une observation

[15] K. ANGUÉ, « Rôle et place de l'abduction dans la création de connaissances et dans la méthode scientifique peircienne », 2009, p. 70.
[16] *Ibid.* p. 68.
[17] CATELLIN Sylvie, « L'abduction », *op. cit.* p. 184.
[18] *Ibid.*
[19] PEIRCE Charles Sanders, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, *op. cit.* CP 5.181.

participante[20] et la tenue d'entretiens ethnographiques ouverts[21] au fil d'une ethnographie multi-site[22]. Deux ethnographies, l'une de trois mois (novembre 2017-février 2018) et l'autre de deux mois (mai-juin 2018), ont été menées au Service Social International basé à Genève (ci-après, SSI)[23]. La première ethnographie s'est déroulée au Secrétariat Général de cette organisation internationale afin d'accompagner et observer les efforts de mise en œuvre d'un réseau mondial de médiation familiale internationale. Le second séjour, plus court, fut l'occasion de suivre la branche suisse de l'organisation, en charge de dossiers familiaux transfrontières, afin d'accéder à une manne de praticiens de la médiation familiale internationale et de consulter et de traiter des dossiers concrets.

Une immersion plus brève, en octobre 2017, a également été réalisée à La Haye, à La Conférence de La Haye de droit international privé (ci-après HccH)[24] afin de suivre les débats et les négociations lors de la Septième Commission Spéciale sur la Convention de La Haye de 1980. Ces immersions nous ont permis de nous impliquer empiriquement dans les multiples problématiques afférentes à l'enlèvement parental international et de cultiver la posture favorisant l'étonnement de l'enquêteur. Cette première phase fut en effet caractérisée par une posture théorique encore peu définie et unifiée, permettant de rester le plus ouvert possible aux diverses conceptualisations possibles de l'enlèvement. Ce fut également l'occasion d'un approfondissement des normes de droit encadrant l'enlèvement parental international sous forme d'aller-retour entre littérature juridique et discussion avec les praticiens spécialisés. En ce sens, le débroussaillage théorique des règles juridiques par le truchement d'articles et de monographies se complétait par une identification des points d'interprétations problématiques et des enjeux jurisprudentiels spécifiques, qui réorientaient en retour la recherche documentaire.

[20] BASTIEN Soulé, « Observation participante ou participation observante? Usages et justifications de la notion de participation observante en sciences sociales », *Recherches qualitatives*, vol. 27, nº 1, 2007, p. 127–140.
[21] BEAUD Stéphane, « L'usage de l'entretien en sciences sociales. Plaidoyer pour l'«entretien ethnographique» », *Politix*, vol. 9, nº 35, 1996, p. 226–257.
[22] HANNERZ Ulf, « Being there... and there... and there! Reflections on multi-site ethnography », *Ethnography*, vol. 4, nº 2, 2003, p. 201–216.
[23] Le SSI est une organisation internationale non gouvernementale fondée en 1924, composée d'un réseau d'entités nationales qui soutiennent les enfants et les familles confrontés à des problèmes sociaux complexes liés à la migration. Le SSI est un acteur omniprésent dans le domaine de la protection et du bien-être de l'enfant grâce à un réseau de partenaires dans plus de 120 pays. A côté de son action de terrain directe, le SSI s'engage dans des projets de formation, de sensibilisation et de plaidoyer pour le respect des droits de l'enfant (extrait du site web https://www.iss-ssi.org/index.php/fr/, consulté le 13.01.20).
[24] La Conférence de La Haye de droit international privé est une organisation intergouvernementale mondiale qui rassemble 86 membres (85 États et l'Union européenne) dans tous les continents. Elle est à l'origine et assure le suivi des instruments juridiques multilatéraux en matière civile et commerciale, parmi lesquels la Convention de La Haye de 1980 encadrant l'enlèvement parental international.

4.3 Le moment abductif de l'enquête

C'est lors de la seconde immersion au sein de l'équipe du SSI que le moment abductif est survenu, lors d'une rencontre avec une mère iranienne, Madame M., dans un cas d'enlèvement d'enfants particulièrement complexe et pénible. Quelques éléments de l'histoire de Madame M. doivent être rapportés ici afin de rendre compte du moment abductif dans son contexte.

> *Il s'agit d'une jeune femme qui a fui un mariage forcé en Iran, et se met en route avec un simple sac à dos vers la Grèce, en quête d'un meilleur avenir*[25]*. Sur place, elle rencontre un ami d'ami, Monsieur J., qui semble fiable et qui lui propose un travail dans une boulangerie. Cependant, les choses tournent mal : Monsieur J. enferme Madame M. dans son logement, s'en prend à elle, la viole et la drogue, si bien que cette séquestration se prolonge plusieurs mois durant, Madame M. ne trouvant pas d'échappatoire. Quelques mois plus tard, il s'avère que Madame M. tombe enceinte de ces viols, et naît alors l'enfant. Monsieur J. s'arrange pour faire délivrer un contrat de mariage à l'ambassade afghane de Sofia (apparemment sous contrainte et sans que Madame M. ne saisisse la portée des documents signés). Ils partent alors vivre en Finlande durant une année, où ils essaient en vain de se voir accorder l'asile sur le territoire. De là, grâce à une amie iranienne émigrée en Suisse, Madame M. parvient à s'enfuir et prend un avion vers Genève avec l'enfant. Cependant, Madame M. est reconnue comme réfugiée en Grèce et toujours mariée à Monsieur J. Ce dernier introduit une procédure pour enlèvement d'enfants en Grèce, et, après deux ans de séjour en Suisse, le tribunal cantonal ordonne le retour de l'enfant, redoublé par un ordre de retour de Madame M. en vertu d'une procédure Dublin, Madame M. étant reconnue réfugiée sur le territoire grec. C'est à ce moment que le SSI est sollicité, afin de convaincre Madame M. de retourner en Grèce et de l'accompagner de la manière la plus adéquate possible vers le dernier endroit sur terre où elle désire retourner : Athènes.*

Nous la rencontrons en équipe, à Lausanne, au sein d'un organisme de protection et de la tutelle. Dans une petite pièce moderne s'entassent autour d'une table grise son avocate, son interprète

[25] Toutes les informations ne peuvent être attestées de manière définitive et factuelle, plusieurs versions de l'histoire de Madame M. coexistent. Les faits grecs restent particulièrement peu documentés, et doivent être considérés comme hypothétiques. Mais en fin de compte la version réelle importe moins (pour le raisonnement scientifique et la survenue de l'abduction, pas en général) que celle qui est crue par l'enquêteur, qui l'affecte et constitue la matière de sa réflexion.

persan/français, l'amie iranienne, un membre du service de protection de l'enfance et une personne de l'équipe du SSI Suisse. Madame M. est une jeune femme d'une vingtaine d'années, au visage à la fois las et déterminé. L'entretien durera près de deux heures. À chaque fois que l'idée de retourner en Grèce est évoquée, le visage de Madame M. se métamorphose. Il est traversé d'un rictus horrifié à la perspective d'un retour à Athènes, où elle est persuadée de ne pouvoir être protégée de son agresseur et mari.

Encore une fois, la version de Madame M. n'est pas soutenue par nombre de preuves, mais nous étions néanmoins tous convaincus de l'horreur qu'elle avait traversée. Elle était strictement opposée à un retour, son corps se crispait à la simple mention de cette perspective. Madame M. était désespérée : elle proposait de laisser son enfant au service de protection et qu'on l'emprisonne, elle affirmait que mourir serait la meilleure solution, qu'elle y pensait souvent, mais qu'elle ne pouvait mettre fin à ses jours en sachant qu'elle laisserait son enfant à Monsieur J. Elle évoquait également le fait de simplement disparaître, de refuser le retour en se réfugiant dans l'illégalité en Suisse. Elle semblait n'avoir foi en personne et se méfier de tout le monde, sauf de son avocate et de son amie iranienne.

Au fur et à mesure de la discussion, des va-et-vient entre persan et français, les partenaires ont tenté de la convaincre de ne pas disparaître, lui intimant que c'était sa seule chance de retourner en Grèce dans de bonnes conditions, de profiter des personnes autour de la table pour garantir sa sécurité une fois sur place. Il était question d'un refuge pour femmes battues, partenaire contacté par le SSI. De commencer par divorcer de Monsieur J. en Grèce pour se libérer de son emprise. D'acter un droit de visite dans un lieu surveillé, où l'enfant serait amené par une personne tierce. De rester cinq ans en Grèce, d'y obtenir un permis de séjour définitif pour pouvoir ensuite circuler librement dans l'espace européen.

En fin de compte, Madame M. a accepté de rentrer en Grèce, plutôt que de disparaître. C'est là que se situe le fait étonnant, surprenant, l'énigme à la source du moment abductif : comment se fait-il que Madame M. ait finalement accepté de s'en retourner en Grèce, le seul endroit sur terre qui lui était intolérable ? Ou, plus précisément, qu'est-ce qui a fait qu'elle ait décidé de rentrer dans ces conditions alors qu'elle s'y refusait obstinément auparavant ? Deux moments furent décisifs, de minuscules attentions qui apparurent transformer l'interaction et, en définitive, la jeune femme : par deux fois, les deux seules fois de l'entrevue, le visage de Madame M. s'illumina. La première fut lors de la proposition par la travailleuse sociale du SSI de l'accompagner dans l'avion, jusqu'à la sortie de l'aéroport, où une personne du refuge la

prendrait en charge en Grèce. La seconde, lorsque cette même travailleuse sociale lui proposa de faire un appel Skype avec les travailleurs du refuge grec afin de discuter et de les rencontrer en amont, de « voir leurs visages ».

En un éclair, à cet instant, s'est imposé comme décisive, la notion de confiance. De manière floue, prénotionnelle et pourtant impérieuse. Il y semblait y avoir là un enchevêtrement confus de raisons qui avaient présidé au choix de Madame D., mais aucune d'entre elles ne suffisaient à expliquer la confiance qu'elle témoignait à l'équipe du Service Social International, il y avait quelque chose qui excédait la raison, et qui se ramifiait bien au-delà de la situation, la poussant à prendre un risque au péril de son existence. De la confiance formelle dont témoignait la Suisse à la Grèce concernant la capacité de protection des réfugiés de son territoire, à la rencontre en face à face entre Madame D. et les travailleurs du refuge, se jouait un entrelacs de confiances, indéfini et lancinant comme une énigme à résoudre.

4.4 Un assemblage de méthodes diverses

Au terme de cette première phase exploratoire, et suite à cette rencontre essentielle, la problématique de la confiance s'est peu à peu affinée en hypothèses concernant le litige étudié : de la confiance interpersonnelle déchue dont l'enlèvement est l'expression, à la nécessité d'une confiance institutionnelle pour mettre en œuvre des jugements de retour, en passant par le travail de rétablissement de la confiance par les médiateurs, une forme de conceptualisation transversale a émergé de cette expérience abductive de l'enquête. Suite à cette intuition, il s'est avéré nécessaire de vérifier l'assise théorique du concept et si son application pouvait effectivement apporter un éclairage nouveau à la problématique de l'enlèvement d'enfants.

Forte de ces enseignements, la seconde phase de terrain fut délibérément ancrée dans un territoire donné, à savoir la Belgique. Après avoir récolté des informations juridiques et cartographié les procédures judiciaires, après avoir rencontré tous les types de professionnels concernés par les enlèvements parentaux internationaux au fil d'une ethnographie multi-sites, un ancrage territorial plus strict s'est en effet avéré nécessaire. On peut, grossièrement, identifier deux formes possibles d'étude d'objets transnationaux : l'étude mobile et l'étude immobile. La première implique de suivre le parcours de ces objets à travers les frontières et de décrire et expliquer leurs mouvements, étapes, arrêts et redémarrages, d'acter les transformations qu'ils subissent ou non au fil de leurs pérégrinations ; en un mot, accompagner l'objet sur son chemin transfrontière. Ce fut le choix opéré pour la première phase exploratoire

de l'enquête. Une seconde option réside dans l'immobilité de l'observateur : il s'agit alors d'observer le flux de la globalisation à partir d'un ancrage territorial, qu'il soit local, régional ou national, l'important étant la fixité de l'observateur. Ce type d'approche ne déclare pas de but en blanc la caducité de la nation comme échelle d'analyse, mais tente au contraire de montrer en quoi certaines prérogatives spécifiques nationales sont déléguées à des entités privées, tout en restant attentives au maintien de la centralité de l'État-nation dans l'organisation des assemblages globaux[26]. C'est cette seconde perspective que nous avons élue afin d'analyser les entrées et sorties des cas d'enlèvements du point de vue des juges belges.

La seconde phase de terrain, déductive et donc plus resserrée en termes d'hypothèses et de méthode, consista en la tenue d'entretiens semi-directifs avec des magistrats et des médiateurs en charge d'enlèvements parentaux internationaux, ainsi que l'enregistrement de colloques et de conférences sur la question. En ce qui concerne les magistrats, neuf entretiens approfondis ont été réalisés avec des juges belges spécialisés. Le nombre relativement faible de juges interrogés s'explique par la concentration du contentieux à un juge spécialisé par arrondissement. Seuls six juges compétents en matière d'enlèvement parental international ont été identifiés sur le territoire national (en Première Instance et en Appel). Étant donné que le contingent est dès lors très réduit, tous les magistrats identifiés ont été interrogés longuement (entre 1h30 et 3h d'entretien), certains à plusieurs reprises. Ceci en accord avec la philosophie de la méthode des entretiens ethnographiques, qui encourage la multiplication des rencontres afin d'approfondir progressivement des points précédemment évoqués ou trop rapidement survolés lors des interactions précédentes[27]. Dans cette optique, la densité et la profondeur du matériau importent plus que sa représentativité vis-à-vis d'une population ou d'une profession. Par ailleurs, le suivi et l'enregistrement audio de six colloques, workshop et réunions de professionnels, associations et académiques (principalement juristes et psychologues) représentent un matériau supplémentaire de l'analyse développée ici. Nous avons également interrogé dix médiateurs et médiatrices, en Belgique et en Suisse, spécialement formés à la médiation familiale internationale et ayant médié des cas de déplacements illicites d'enfants. Enfin, nous avons mis en place une méthode d'analyse en groupe (MAG) avec divers professionnels belges impliqués dans l'encadrement des enlèvements parentaux internationaux.

[26] SASSEN Saskia, *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages,* Updated ed., 4. print., 1. paperback print., Princeton, N.J., Princeton Univ. Press, 2008.
[27] BEAUD Stéphane, « L'usage de l'entretien en sciences sociales. Plaidoyer pour l'«entretien ethnographique» », *op. cit.*

Le 10 mai 2019, furent alors rassemblés autour de la table pour une durée de quatre heure deux magistrats (appel et première instance), deux avocats, deux médiateurs, une représentante d'une organisation de lutte contre l'enlèvement, et un membre du parquet (magistrature debout). S'ajoutèrent à ces professionnels un professeur de sociologie juridique et l'animateur de la méthode d'analyse en groupe. Cette méthode, particulièrement adaptée aux problématiques d'action publique complexes rassemblant une grande diversité d'acteurs professionnels, implique les acteurs dans la problématisation de la recherche. Elle prend comme point de départ un récit d'un cas par un des participants (ici un magistrat), base commune à partir de laquelle des interprétations divergentes et convergentes des divers professionnels émergent au fil de tours de paroles[28]. La MAG que nous avons effectuée, a été raccourcie et quelque peu édulcorée étant donné la difficulté pratique que présente le rassemblement de ces professionnels pour plus d'une demi-journée (le rendez-vous fut pris plus d'un an à l'avance)[29].

Au total, c'est un matériau riche de près de 40h d'enregistrement audio, qui a été intégralement ou partiellement retranscrit en fonction de l'importance et de la pertinence du matériau.

Ces données sont également complétées par des sources documentaires, comprenant l'analyse d'instruments juridiques, des rapports explicatifs desdits instruments, d'arrêts rendus par les juges interrogés, des guides de bonne pratique, de la jurisprudence ainsi que des outils d'aide à la prise de décision (à l'intention des juges et des médiateurs).

Cet assemblage de méthodes diverses dans une même enquête présente à notre avis des avantages et des limites. Un premier avantage de ces deux phases d'enquête et des méthodes les structurant réside dans la production de la problématique de la confiance, qui est centrale et pertinente, mais ne peut se développer qu'à force de *côtoyer* le quotidien des professionnels en charge de l'enlèvement parental ; puis, après sa production, sa mise à l'épreuve en un second temps, par l'intermédiaire d'entretien et de méthodes d'analyse en groupe. Une seconde force de la méthodologie proposée ici tient dans le mélange des types de données et des méthodes retenues : l'analyse que nous proposerons se référera autant aux règles de droit telles qu'elles sont écrites qu'aux enjeux de leur mise en œuvre, particulièrement à travers les discours des professionnels sur ces textes et sur la pratique qu'ils en tirent, au moyen, entre autres, d'études

[28] VAN CAMPENHOUDT Luc, CHAUMONT Jean-Michel et FRANSSEN Abraham, *La méthode d'analyse en groupe. Explication, applications et implications d'un nouveau dispositif de recherche,* [http://www.one.be/fileadmin/user_upload/communication_externe/NEWS/Article_sociologies_methode_MAG.pdf], consulté le 9 décembre 2016.

[29] Une MAG intégrale se déroule idéalement sur trois séances d'une journée complète.

de cas. Il nous paraît en effet décisif de dépasser une approche de sociologie juridique qui se limite à une vision de l'empirie sous forme textuelle, où seules les présomptions exprimées dans les documents importent.

Néanmoins, cette approche méthodologique comporte certaines limites qu'il convient d'énumérer. Premièrement, il est impossible de prétendre à une quelconque représentativité, certainement pas à l'international, mais pas non plus à l'échelle nationale belge. On ne peut donc avancer une approche générale de prise en charge des enlèvements, chaque magistrat ayant un « style » différent d'adjudication qui indique un rapport au droit particulier et une pratique spécifique. Au-delà des variabilités individuelles, il faut souligner que le contingent de magistrats interrogé est lui-même limité à des juges qui partagent une certaine affinité de pratiques et de visions (par exemple un rapport généralement favorable à la médiation familiale), leur sélection étant indéniablement orientée par un effet « d'enclicage » de l'enquêteur[30]. En second lieu, l'approche ici développée n'a pas pu bénéficier d'observation d'audiences ni de sessions de médiation et ne peut donc prétendre discuter des pratiques des professionnels, mais bien uniquement des discours sur ces pratiques. En ce sens, il n'a pas non plus été possible d'interroger le décalage potentiel entre les discours sur les pratiques et les pratiques effectives de ces professionnels.

En définitive, la première partie de notre enquête, marquée par une posture abductive, a permis de faire émerger du terrain la question de la confiance, que nous avons ensuite solidifiée théoriquement et, dans une seconde phase plus déductive, mise à l'épreuve des matériaux empiriques issus des entretiens avec les professionnels du droit que nous investiguerons dans le cadre de cette thèse.

5 Une posture de recherche qui allie interdisciplinarité et compréhension sociologique des idées juridiques

À présent que nous avons présenté notre méthodologie d'enquête, il apparaît nécessaire de s'attarder sur la *manière* dont nous allons aborder notre problématique. Pour ce faire, l'approche générale que nous désirons mettre en œuvre dans cette thèse de doctorat conjuguera les

[30] OLIVIER DE SARDAN Jean-Pierre, « La politique du terrain. Sur la production des données en anthropologie », *Enquête*, vol. 1, 1995, p. 71-109.

avantages d'une *compréhension sociologique des idées juridiques* et d'une *approche interdisciplinaire du droit*, à partir d'un point de vue externe modéré.

De nombreuses études juridiques se sont penchées sur l'enlèvement parental international, consistant principalement en des analyses juridiques des instruments conventionnels et réglementaires qui l'encadrent[31]. Si ces apports sont salutaires en ce qui concerne la clarification et l'interprétation adéquate des dispositions conventionnelles et réglementaires spécifiques, prenant la forme d'articles de doctrine ou de jurisprudence, il ne s'agit à proprement parler que de réflexions concernant l'application des instruments juridiques, souvent par les participants du droit qui les mobilisent. Ces approches se limitent donc à développer des considérations soit uniquement sur base des textes conventionnels, soit concernant des enjeux concrets émergeant depuis la pratique des avocats en faisant usage. Il s'agit donc toujours de discussions relevant du droit ou de la science juridique, qui ne peuvent satisfaire aux ambitions de notre recherche, puisque nous désirons à la fois informer *empiriquement* le phénomène d'enlèvement parental et *conceptualiser* les transformations du droit au-delà d'une simple analyse de sa mise en œuvre[32].

Bien que se cantonner à une littérature juridique semble insuffisant, cela n'équivaut pas à en ignorer les apports. Tout du contraire, puisque nous sommes convaincus qu'une compréhension sociologique du droit implique de prendre au sérieux les savoirs, les pratiques, les valeurs, les normes et les interprétations juridiques. Pour autant, nous ne nous glisserons pas dans un sillon de recherche définitif, nous ne ferons allégeance à aucune école sociologique particulière, nous ne prêcherons pas pour telle ou telle chapelle théorique et nous ne nous ferons pas prosélytes d'une quelconque orthodoxie disciplinaire. L'optique générale qui anime cette thèse consiste à mettre en œuvre une *compréhension sociologique des idées juridiques*. Nous nous inspirons explicitement de la posture proposée par R. Cotterrell en 1998, qui correspond à la vision de la

[31] SILBERMAN Linda, « Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report », *Law and Contemporary Problems*, vol. 57, nº 3, 1994, p. 209–269 ; WEINER Merle H., « International child abduction and the escape from domestic violence », *Fordham L. Rev.*, vol. 69, nº 2, 2000, p. 593-706 ; KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.* ; SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.*

[32] Il existe deux exceptions cependant : le travail de T. Kruger qui comprend une description des caractéristiques sociologiques clefs de l'enlèvement parental en Belgique, et l'ouvrage collectif et interdisciplinaire dirigé par E. Volckrick et C. Guy-Ecabert. KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.* ; GUY-ECABERT Christine et VOLCKRICK Élisabeth, *Enlèvement parental international d'enfants. Saisir le juge ou s'engager dans la médiation*, Helbing Lichtenhahn., Neuchâtel, 2015.

recherche interdisciplinaire qui informe cette thèse[33]. Insistons sur le fait qu'il s'agisse bien d'une *posture* de recherche, d'une manière de poser le regard sur le droit en tant que phénomène social, qui, selon nous, importe davantage que la discipline à laquelle ce mode de production du savoir pourrait être rattaché. C'est dire avant tout que nous récusons la division du travail de recherche entre droit et sociologie, la première supposément souveraine à définir le sens du droit à partir de l'étude des textes légaux, de la doctrine et de la jurisprudence, tandis que la seconde s'occuperait uniquement de décrire les causes et effets de ce droit en termes de comportements sociaux[34]. Il s'agit également de s'extraire d'un rapport conflictuel entre droit et sociologie, selon lequel le droit enfermerait la sociologie dans ses propres vérités (restreintes et orientées) sur le monde social[35], et que la sociologie, par son interprétation externe du droit, réduirait ce dernier à néant ou « mutilerait les phénomènes juridiques » dans le mouvement même d'une analyse dès lors « trompeuse et réductrice »[36].

Au-delà même de l'inanité de la division étanche du travail entre sociologue et juriste, on peut avancer que la distinction même des approches interne et externe n'a pas lieu d'être, puisque la compréhension sociologique est *à la fois dans et hors du droit*. En réalité, la ligne de démarcation entre approche interne et externe du droit[37] est en grande partie une assertion qui provient des participants au droit, donc une image de la discipline dépeinte par les juristes eux-mêmes pour justifier un type de raisonnement et d'entendement proprement juridiques[38]. Nous soutenons qu'une interprétation sociologique du droit passe *par* le droit, et que parler du droit revient aussi dans une certaine mesure à parler *en* droit (dans son jargon et discutant ses catégories) *avec* le droit (en s'emparant de ses débats et de ses questions). Selon les mots de R. Cotterrell, « *sociological insight is simultaneously inside and outside legal ideas, constituting them and interpreting them; sometimes speaking through them and sometimes speaking about them; sometimes aiding, sometimes undermining them. Thus a sociological understanding of legal ideas does not reduce them to something other than law. It expresses their social meaning*

[33] R. COTTERRELL, « Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? », *Journal of Law and Society*, 1998, p. 171-192.
[34] *Ibid.* pp. 171-173.
[35] BOURDIEU Pierre, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 3-19.
[36] OST François et VAN DE KERCHOVE M., « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et société*, vol. 11, nº 2, 1987, p. 187.
[37] HART Herbert L. A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.
[38] NELKEN David, « The Truth about Law's Truth », *European Yearbook in the Sociology of Law*, vol. 1, nº 90, 1990, p. 1-52. Voir également le travail fondateur sur cette distinction de HART Herbert L. A., *Le concept de droit*, *op. cit.*

as law in its rich complexity »[39]. L'essentiel de l'entreprise consiste alors à reconnaître les singularités du droit, à en comprendre les logiques internes, tout en en proposant une contextualisation et une conceptualisation qui déborde les frontières du juridique. Dans cette lignée, nous souscrivons au « point de vue externe modéré », troisième voie scientifique développée par F. Ost et M. van de Kerchove, qui permet de dépasser la position du chercheur acculé entre l'alternative du spectateur externe du droit ou du participant interne au droit.

Afin de mettre en œuvre ce « point de vue de l'observateur externe qui se réfère au point de vue interne des juristes »[40], ces deux auteurs invitent à déployer un processus analytique en trois temps. Dans un premier temps, il s'agit de décrire le phénomène juridique « au travers de la mise en discours qui est faite par les autorités et les sujets de droit – ce qui implique une 'compréhension' des conventions explicites et implicites de ce discours ; ensuite, dans un second moment, proprement scientifique, ces pratiques discursives sont expliquées (mise en rapport avec tel ou tel ordre de phénomènes environnants), ce qui conduit, dans un troisième moment, à une ré-interprétation globale de l'objet étudié »[41]. Le mouvement de cette thèse s'aligne sur ce développement en trois temps : décrire le cadre juridique de l'enlèvement parental international pour le comprendre (première partie, chapitre I, 1), saisir la confiance en tant que principe juridique tout en lui donnant une assise sociologique (première partie, chapitre II) à même d'effectuer une réinterprétation globale du litige (deuxième partie, chapitres I et II).

Dès lors, l'interdisciplinarité réside au cœur de la démarche proposée. Il s'agit d'une articulation des savoirs qui « s'opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence qui développent des problématiques et des hypothèses qui recoupent partiellement celles qu'élabore, de son côté, l'autre discipline »[42]. Dans notre cas, l'essentiel consiste à mettre en place un dialogue entre droit et sciences sociales afin de discuter d'une problématique partagée : la confiance. En effet, comme nous l'expliciterons plus bas, la confiance se trouve au confluent du droit et des sciences sociales, faisant l'objet d'analyses internes et externes au champ juridique, notion à la fois *émique* et *étique*[43]. Notre ambition étant alors de proposer une

[39] COTTERRELL Roger, « Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? », *op. cit.* p. 181.
[40] OST François et VAN DE KERCHOVE M., « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *op. cit.*, p. 187.
[41] *Ibid.*
[42] *Ibid.*, p. 189.
[43] Nous reprenons cette distinction classique de l'anthropologie à OLIVIER DE SARDAN Jean-Pierre, « Émique », *L'Homme*, vol. 147, 1998, p. 151-166., les juristes pouvant être apparentés à une « tribu » avec son propre idiome, ses propres usages, ses rituels, dont l'observateur rapporterait les conceptions émiques des acteurs en les distinguant des conceptions étiques du chercheur qui les étudie.

compréhension sociologique de la confiance à la fois comme principe juridique et en tant que mécanisme social fondamental. À noter qu'à la différence de l'approche interdisciplinaire du droit proposée par F. Ost et M. van de Kerchove, nous ne considérerons pas la science juridique et les sciences sociales comme détenant une capacité équivalente à analyser le droit : selon nous, la compréhension sociologique du phénomène juridique détient un avantage épistémologique en termes de fécondité heuristique et de capacité critique. Autrement dit, si le droit et les sciences sociales détiennent chacune leur vérité propre, les sciences sociales sont plus à même de développer un regard *interdisciplinaire*, contextualisé et englobant du phénomène juridique que la science juridique ou la théorie du droit, fût-elle interdisciplinaire.

Il est à présent opportun de déployer les principales caractéristiques de la compréhension sociologique des idées juridiques. Trois postulats principaux permettent de définir la compréhension sociologique des idées juridiques chez R. Cotterell. Ces postulats, rappelons-le, ouvrent la définition de l'approche sociologique du droit à toutes formes de disciplines, pour autant qu'elles présentent et mettent en œuvre ces caractéristiques dans leur étude du phénomène juridique – une sorte de label transdisciplinaire. Le premier postulat avance que le droit est de part en part un *phénomène social*. Il s'agit de prendre le droit comme un champ d'expérience qui est compris comme un aspect des relations sociales en général[44]. En second lieu, le phénomène social du droit doit être appréhendé *empiriquement* (et donc référer au contexte social particulier et aux acteurs sociaux qui l'informent, plutôt qu'à des conditions sociales imaginées abstraitement). C'est particulièrement cette insistance sur la dimension empirique de l'approche qui nous distinguera d'une science interdisciplinaire du droit telle que préconisée par F. Ost et M. van de Kerchove. En effet, nous ne nous limiterons pas à analyser des textes de droit, puisque l'empirie est à la fois à la source de notre problématique (la confiance, qui s'est profilée au fil du terrain d'enquête) et de sa mise à l'épreuve (au travers des entretiens avec les magistrats et les médiateurs). En troisième lieu, il s'agit de proposer une compréhension *systématique* du droit, c'est-à-dire à même de saisir les particularités vis-à-vis d'une perspective plus large et générale, de situer la richesse de l'unicité du cas dans un contexte théorique qui fournit une orientation à l'interprétation sociologique[45].

[44] COTTERRELL Roger, « Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? », *op. cit.* p. 183.
[45] *Ibid.*

En dernier lieu, nous désirons insister sur le fait qu'il s'agit de développer une approche du droit *en contexte*[46]. Ce contexte pertinent, qui déborde les données juridiques et le savoir que les juristes produisent sur leur propre discipline, nous le nommerons la transnationalisation du droit familial (cf. *infra*, première partie, chapitre I, 3). Nous nous inspirons en ce sens de la science du droit en contexte qui entend donner vie à un modèle critique de l'interdisciplinarité, telle que développé par A. Bailleux et F. Ost :

> « La science du droit en contexte que nous appelons de nos vœux est donc celle qui, s'enracinant dans le discours juridique et dans les mythes qu'il charrie (qui sont en quelque sorte l'ADN du droit), parvient à s'en dégager partiellement (réflexivement) à la faveur d'une confrontation aux sciences sociales et à leurs propres analyses du droit. […] Il s'agit là sans conteste d'une posture difficile et risquée, sans cesse menacée de rester captive du discours juridique »[47].

Cette science du droit en contexte se confronte dès lors au caractère communicable du savoir qu'elle produit à travers les frontières disciplinaires, à l'enjeu de sa traduction entre droit et sciences sociales. Comme l'indiquent les deux auteurs :

> « Cette théorie exigeante fait le pari de la communicabilité, ou à tout le moins de la traductibilité, des savoirs. La science du droit en contexte apparaît ainsi engagée dans un processus de traduction constant entre la langue du droit et celle(s) des sciences sociales, générant des traductions tantôt proches de la 'langue source' – le droit – (pensons à la théorie hartienne), tantôt proches de la 'langue cible' – les sciences sociales (pensons aux *critical legal studies*).

Notre ambition est ici alors de rester fidèle aux particularités de la langue source tout en ne trahissant pas les préceptes et l'épistémologie de la langue cible, d'approcher au mieux le point d'équilibre entre ces deux idiomes, afin de conjuguer la critique réflexive du droit et la mise en question des sciences sociales sur sa propre appréhension du phénomène juridique. Si le pari de la confiance est conceptuel, il apparaît aussi être un pari sur la traduction par-delà les frontières disciplinaires, d'une notion à la fois dans et hors du droit.

En définitive, notre entreprise sera sociologique dans son caractère empiriquement ancré, systématiquement établi et contextuellement attentif, sans évacuer les spécificités du savoir

[46] COMMAILLE Jacques, *A quoi nous sert le droit?*, Editions Gallimard, 2015, p. 13 ; BAILLEUX Antoine et OST François, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, n° 1, 2013, p. 25-44.
[47] BAILLEUX Antoine et OST François, « Droit, contexte et interdisciplinarité », *op. cit.*, p. 42.

juridique, afin de *saisir le rôle de la confiance dans le mouvement plus large de la transnationalisation du droit familial, et, plus particulièrement, à partir du point de vue des juges et des médiateurs aux prises avec les enlèvements parentaux internationaux.*

Première partie :
Le droit des livres à l'aune de la confiance : analyse de l'enlèvement parental international

CHAPITRE I :

LE PHÉNOMÈNE D'ENLÈVEMENT PARENTAL INTERNATIONAL : CADRE JURIDIQUE, TENDANCES STATISTIQUES ET CONTEXTE

Avant toute chose, il est nécessaire de saisir le phénomène d'enlèvement parental international tant par l'étude de l'encadrement juridique mis en œuvre pour le réguler et le dissuader que l'appréhension de ses caractéristiques sociologiques en termes statistiques (1) [48]. Nous entamerons l'analyse par l'examen des instruments juridiques relatifs aux enlèvements parentaux internationaux, compte tenu du type de sociologie du droit que nous désirons mobiliser. Il est en effet impératif de saisir en détail les règles du jeu juridique mais également les soubassements philosophiques de l'encadrement de l'enlèvement pour en conduire l'analyse sociologique. Nous ne resterons pas strictement au niveau de l'exposition des règles juridiques du litige puisque nous conclurons cette section par des considérations critiques concernant l'effectivité et l'efficacité empirique de l'armature juridique développée pour réguler les enlèvements parentaux internationaux.

Dans un second temps, nous poursuivrons par une esquisse statistique de l'enlèvement parental international en Belgique qui nous permettra de clarifier l'ampleur quantitative du phénomène, mais également de tirer certaines conclusions quant aux profils des parents concernés ainsi que de la morphologie des familles confrontées aux enlèvements (2). Cette première approche du litige ne sera pas exhaustive, étant donné que l'objet de ce travail réside moins dans l'appréhension des réalités regroupées sous la catégorie d'enlèvement parental international que dans la reprise juridique du phénomène par les professionnels du droit. Il nous est néanmoins apparu utile d'exposer sommairement les tendances empiriques majeures du phénomène, en Europe et dans le monde, à partir de la Belgique.

Enfin, dans un troisième temps, nous décalerons la focale de la description juridique et statistique du litige, afin d'en appréhender le contexte d'un point de vue plus directement sociologique (3). En effet, nous proposerons le concept de transnationalisation du droit familial

[48] Certains développements de ce chapitre ont déjà été publiés ailleurs, cf. STRUELENS Olivier, « Le droit face à l'enlèvement parental international. La poursuite de l'intérêt de l'enfant au prisme du pluralisme juridique », dans Aurélie FILLOD-CHABAUD et Laura ODASSO (dir.), *Faire et défaire les liens familiaux. Usages et pratiques du droit en contexte migratoire*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2020, p. 65-79.

comme outil descriptif des transformations plus larges du droit, dans lequel s'insère et auquel contribue le litige, et nous nous attarderons sur le rôle de la confiance dans ce contexte (4).

1 Le cadre juridique de l'enlèvement parental international

L'enlèvement parental international est un litige qui préoccupe les juristes et les États depuis une quarantaine d'années. La prise en charge du phénomène se matérialise à l'échelle internationale à travers la rédaction et l'adoption d'un instrument de droit international privé à l'aube des années 1980 : la Convention de La Haye de du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après CLaH80). Depuis lors, la régulation de l'enlèvement parental international s'est progressivement étoffée, faisant place à divers instruments juridiques internationaux, tels que la Convention de La Haye de 1996[49] ou, dans l'espace intra-européen, le « Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 », qualifié communément de « Règlement Bruxelles II bis ». Par ailleurs, il existe également un versant pénal à l'encadrement de l'enlèvement parental international. L'aspect pénal du litige reste cependant une prérogative nationale, les aspects civils internationaux devant dès lors se conjuguer au gré des législations pénales des États impliqués dans les cas particuliers.

Dans un premier temps, nous passerons en revue les dispositions pénales de l'enlèvement parental international (1.1), pour ensuite exposer les grandes lignes qui structurent les instruments civils de droit international privé (1.2). Ce faisant, nous nous cantonnerons à l'exposition de certaines règles juridiques au détriment d'autres, jugées plus secondaires, privilégiant dès lors la concision à l'exhaustivité. Nous conclurons en jaugeant l'effectivité et l'efficacité de cet encadrement juridique (1.3).

1.1 Le cadre pénal de l'enlèvement parental international

Bien que le volet civil rassemble l'essentiel des instruments de régulation de l'enlèvement parental international, le litige est également régi par des règles pénales, relativement simples et limitées, qu'il convient d'examiner au préalable. Les règles pénales de l'enlèvement parental

[49] Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution, et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants, conclue le 19 octobre 1996, entrée en vigueur le 1er janvier 2002.

relèvent d'une prérogative étatique, les dispositions spécifiques d'encadrement du litige varient donc selon les systèmes légaux nationaux. Il reste que, de manière générale, les dispositions pénales sanctionnent l'enlèvement parental international par le biais d'amendes et de peines d'emprisonnement.

En Belgique, si l'enlèvement parental international en tant que tel n'est pas passible de poursuites pénales, il peut cependant être assimilé à une non-représentation d'enfant, susceptible de sanctions pénales (et régi par les articles 431 et 432 du Code pénal)[50]. Encore faut-il que cette non-représentation d'enfants implique à la fois la violation d'une l'autorité parentale d'une des parties et un élément d'extranéité pour satisfaire aux conditions de la catégorie d'enlèvement parental international. C'est l'article 432 du Code pénal qui régit les cas de non-représentation d'enfants *par un parent qui dispose de l'autorité parentale* sur le mineur (contrairement à l'article 431 qui s'applique aux cas où le ravisseur ne dispose pas de l'autorité parentale). Et c'est uniquement au §2 de cet article que l'on trouve la mention d'un élément d'extranéité :

> « § 2. Si le coupable cache l'enfant mineur pendant plus de cinq jours à ceux qui ont le droit de le réclamer ou s'il retient indûment l'enfant mineur hors du territoire du Royaume, il sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de cinquante [euros] à mille [euros], ou d'une de ces peines seulement ».

L'enlèvement parental international, sous la catégorie pénale de la non-représentation d'enfants hors du territoire national, est donc puni par une peine allant jusqu'à cinq ans de prison et/ou une amende de cinquante à mille euros. En conclusion, l'enlèvement parental international, même s'il n'est pas mentionné en droit pénal belge *stricto sensu*, est apparenté à une non-représentation d'enfants avec élément d'extranéité.

1.2 Les lignes directrices du cadre civil de l'enlèvement parental international

Deux instruments de régulation constituent les véritables pierres angulaires encadrant l'enlèvement parental dans le monde et dans l'Union européenne : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (2.2.1) et le

[50] Il existe également des dispositions qui sanctionnent l'enlèvement de mineur, il s'agit alors de situations où le ravisseur n'a pas d'autorité parentale sur le mineur enlevé, ni de lien de parenté. Les articles 428 à 430 du Code pénal régissent ce type d'enlèvement.

Règlement Bruxelles II bis (2.2.2). Il sera ensuite question d'un troisième instrument, moins central, mais également important, la Convention « protection » de 1996 (2.2.3).

1.2.1 La Convention de La Haye de 1980

1.2.1.1 Principes de la Convention

Considérée par certains commentateurs comme une des plus grandes réussites du droit international privé[51], la Convention de La Haye de 1980 rassemble pas moins de 101 États contractants à l'heure actuelle[52]. Échafaudée par la « Conférence de La Haye de droit international privé », dont le sous-titre souligne qu'elle se définit comme « l'Organisation mondiale pour la coopération transfrontalière en matière civile et commerciale », la Convention de La Haye de 1980 représente la première avancée majeure dans l'encadrement international de l'enlèvement parental et incarne encore aujourd'hui la pierre angulaire régulatrice du litige. Il s'agit de l'unique instrument conventionnel spécifiquement conçu pour encadrer et contrecarrer les phénomènes d'enlèvements parentaux internationaux. Avant la mise en place de la CLaH80, beaucoup d'États ne disposaient pas de mesure légale particulière pour traiter l'enlèvement parental international et se contentaient d'appliquer le principe d'intérêt supérieur de l'enfant comme pour toute autre décision judiciaire concernant un enfant[53]. Selon le rapport explicatif de la Convention de La Haye de 1980, cette situation incitait les parents à enlever leurs enfants pour bénéficier d'un traitement judiciaire favorable dans leur État d'origine, ou, dans la même logique à mettre en place des conditions favorables dans l'intérêt de l'enfant dans l'État de destination, afin que l'intérêt de l'enfant commande qu'il y reste[54].

Les travaux préparatoires de la Convention débutèrent en 1976. Plusieurs méthodes de résolutions du problème posé par l'enlèvement parental international furent proposées durant les deux années précédant l'adoption de la Convention, exprimées dans le « Rapport Dyer »[55], travail préparatoire de 1979, avant d'aboutir, après de longues négociations diplomatiques, au

---

[51] SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.*, p. xi.

[52] Selon le décompte opéré par la Conférence de La Haye au 8 novembre 2020 : https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=24

[53] SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.*

[54] PÉREZ-VERA Elisa, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants*, Hague Conference on Private International Law, 1980.

[55] Les détails de ces autres voies possibles laissées de côté par les législateurs de la Convention peuvent être trouvées dans le « Rapport Dyer » pp. 46-49, interrogeant notamment la possible implémentation d'un tribunal international réglant le litige ou encore des techniques empêchant le parent ravisseur de faire appel aux instances judiciaires.

mécanisme de retour immédiat consacré dans le CLaH80, privilégiant donc l'option d'une coopération judiciaire internationale[56].

Ces objectifs sont explicités clairement dès le préambule du texte, qui s'amorce par la déclaration suivante :

> « Les Etats[57] signataires de la présente Convention,
>
> Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,
>
> Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, *contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite* […]
>
> Et poursuit avec l'article premier, énonçant explicitement les objectifs de la Convention :
>
> La présente Convention a pour objet :
>
> a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ;
>
> b) de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant » (nous soulignons).

La Convention de La Haye de 1980 est donc un instrument qui part d'une conviction profonde, qui en constitue le postulat : l'enlèvement d'enfants est un acte qui produit des effets néfastes pour les enfants et contrevient de manière claire à son intérêt supérieur[58]. Point d'origine et raison d'être de la convention, ces effets nuisibles ont très tôt été étudiés par des psychologues[59].

---

[56] SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.* p. 9.

[57] Dans le souci de respecter la casse des citations, nous avons laissé le terme Etat sans accent sur la majuscule lors des citations des textes conventionnels et réglementaires. L'accent est bien présent dans le reste du propos.

[58] Il faut noter que la CLaH80 s'adosse, en termes de droit fondamentaux, sur deux autres instruments qui orientent le contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, adoptée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953 (CEDH), et la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Concernant l'enlèvement parental international, seuls deux articles de la CEDH sont directement pertinents : l'article 6 concernant le droit à un procès équitable et l'article 8 concernant le droit au respect à la vie privée et familiale dont le point (1) énonce que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » (CEDH, art. 8(1)). Le second texte (la Convention relative aux droits de l'enfant) élargit les droits de l'homme aux enfants, dès lors reconnus comme sujets de droit et non plus uniquement objets de droit. Elle consacre le principe directeur de « l'intérêt supérieur de l'enfant » qui guidera toutes les décisions prises à son sujet. En son article 3, la Convention pose le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant en ces termes : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Ce leitmotiv traversera la philosophie des instruments conventionnels traitant de l'enlèvement parental international.

[59] Le caractère traumatisant de l'enlèvement parental international pour les enfants concernés relève pour certains interviewés de l'ordre de l'idéologie. Il n'est pas avéré que ce soit effectivement l'enlèvement qui pose problème, certains pointent la violence conjugale et la conflictualité de la relation comme éléments néfastes, d'autres vont

Le principe du retour immédiat incarne dès lors non pas un objectif à proprement parler, mais bien le moyen, le mécanisme retenu pour atteindre les objectifs explicites de la convention : la protection de l'intérêt de l'enfant et l'atténuation maximale des effets néfastes de l'enlèvement parental international[60]. Deux éléments-clefs sont à retenir dans le mécanisme de retour immédiat : un, le retour tente de minimiser voire annuler les effets nuisibles de l'enlèvement ou de la rétention en ramenant l'enfant dans son État de résidence habituelle, c'est-à-dire en faisant « comme si » l'enlèvement n'avait pas eu lieu, en rétablissant le *statu quo ante*[61]. Deux, le retour est *immédiat*. C'est une notion importante en ce que le vocabulaire utilisé tout au long de la Convention renvoie à la nécessaire rapidité de la procédure, seule à même d'assurer un retour dans l'intérêt de l'enfant. En effet, la célérité conditionne l'efficacité de la coopération judiciaire, tant du côté du délai de jugement que du laps de temps autorisé pour déposer une requête, constituant la véritable clef de voûte de la Convention[62].

Le corollaire du retour immédiat, animé par la volonté d'annuler les effets nuisibles de l'enlèvement parental international dans les plus brefs délais, est que le juge de l'État requis – c'est-à-dire de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé – doit statuer sur le retour de l'enfant et non pas sur les modalités d'exercice du droit de garde et de visite, sur lesquels seul le juge de l'État de résidence habituelle est habilité à statuer – nous y reviendrons. Le juge de l'État requis doit donc se limiter à l'évaluation de la procédure de retour, vérifiant uniquement si les conditions sont réunies pour ordonner le retour de l'enfant, retour qui, comme nous le verrons, connaît des exceptions.

Il est intéressant de noter que la présente conception de l'enlèvement parental provient d'un état de fait en 1980 où le parent enleveur tentait de légaliser son action dans l'État de refuge, espérant un jugement favorable sur le prononcé du droit de garde, qui entraînait un phénomène de *forum shopping* juridique international[63]. L'annulation d'effets juridiques de l'enlèvement

même jusqu'à avancer que ce sont les instruments juridiques inadaptés qui induisent des traumatismes psychologiques aux enfants victimes (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 2.2). Toujours est-il que cette évaluation dépasse le cadre de ce travail, et que, lors de la rédaction de la Convention, des psychologues se sont joints aux discussions pour dénoncer les effets psychiques néfastes de l'enlèvement.

[60] SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.* p. 10.

[61] PÉREZ-VERA Elisa, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants*, *op. cit.*, p. 429.

[62] PFEIFF Sylvia, « L'enlèvement international d'enfants dans l'Union européenne : la fin du retour immédiat ? », *Le Droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruylandt., Bruxelles, L. Barnich, A. Nuyts, S. Pfeiff, P. Wautelet, 2016, p. 151.

[63] PFEIFF Sylvia, « L'enlèvement international d'enfants dans l'Union européenne : la fin du retour immédiat ? », *op. cit.*

tente donc de dissuader l'enleveur de faire usage d'une voie de fait pour créer des liens artificiels de compétences judiciaires à son avantage.

Avant de s'attarder plus en détail sur les exceptions au retour immédiat et sur l'examen du fonctionnement *in concreto* de la coopération judiciaire internationale, il est de circonstance de définir en premier lieu ce qui est entendu dans la Convention par « enlèvement international d'enfants » :

> « La Convention de La Haye de 1980 considère, en son article 3, que le déplacement ou le non-retour d'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 » (nous soulignons).

La violation d'un droit de garde est donc nécessaire pour que le déplacement soit qualifié d'illicite et conditionne par conséquent l'entame de la procédure de retour immédiat. Il convient néanmoins de souligner que le droit de garde découle d'une définition autonome de la définition en vigueur dans l'État de résidence habituelle de l'enfant, défini à l'article 5 de la convention comme un droit « portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence »[64]. Par ailleurs, on voit ici que le les rédacteurs de la Convention ont décidé de suivre un critère classique du droit international privé, puisque c'est la résidence habituelle de l'enfant, immédiatement avant le déplacement, qui définit le droit de garde du ou des parents. Enfin, il doit être prouvé que ce droit de garde était exercé de manière effective pour qu'il puisse être considéré comme ayant été violé par l'acte de déplacement ou de rétention illicite[65].

Pour mettre en œuvre ce mécanisme de retour immédiat dans les plus brefs délais, une forme de coopération judiciaire internationale a été mise en place via la constitution, dans chacun des États contractants d'une Autorité centrale, située le plus souvent au sein des ministères de la Justice ou des Affaires Etrangères, dont les missions sont énumérées à l'article 7 de la

[64] Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, article 5.
[65] SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.*, p. 156.

Convention[66]. L'Autorité centrale est l'initiatrice et la garante de la procédure de retour immédiat, de la localisation de l'enfant jusqu'à la clôture du dossier par un jugement de retour, un jugement de non-retour, un retour volontaire, un règlement amiable ou l'abandon de la procédure pour d'autres raisons.

1.2.1.2 Les exceptions au retour immédiat de l'enfant

Si la philosophie de la Convention de La Haye de 1980 considère de prime abord que le déplacement illicite d'enfant nuit à son intérêt, il est apparu que, sous certaines conditions, le déplacement d'un enfant peut être légitimé par l'intérêt de celui-ci, mais également qu'un ordre de retour peut aller à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Comme le souligne justement S. Pfeiff : « Cette convention a ainsi tenté de mettre en place un délicat équilibre entre, d'une part, la volonté d'obtenir rapidement une décision de retour – ce qui exclut en principe tout débat sur le fond – et, d'autre part, la nécessité d'éviter une décision manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant – ce qui, en revanche, rend parfois un tel débat inévitable »[67].

Ces exceptions à l'idée de base de la convention se trouvent énumérées de manière claire et limitative aux articles 12, 13 et 20 de la Convention que nous allons passer en revue.

En premier lieu, l'article 12 de la Convention énonce en toutes lettres :

> « Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction

[66] L'article 7 énonce : « Les Autorités centrales doivent coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes dans leurs États respectifs, pour assurer le retour immédiat des enfants et réaliser les autres objectifs de la présente Convention. En particulier, soit directement, soit avec le concours de tout intermédiaire, elles doivent prendre toutes les mesures appropriées :
a) pour localiser un enfant déplacé ou retenu illicitement ;
b) pour prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, en prenant ou faisant prendre des mesures provisoires ;
c) pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable ;
d) pour échanger, si cela s'avère utile, des informations relatives à la situation sociale de l'enfant ;
e) pour fournir des informations générales concernant le droit de leur Etat relatives à l'application de la Convention ;
f) pour introduire ou favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative, afin d'obtenir le retour de l'enfant et, le cas échéant, de permettre l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite ;
g) pour accorder ou faciliter, le cas échéant, l'obtention de l'assistance judiciaire et juridique, y compris la participation d'un avocat ;
h) pour assurer, sur le plan administratif, si nécessaire et opportun, le retour sans danger de l'enfant ;
i) pour se tenir mutuellement informées sur le fonctionnement de la Convention et, autant que possible, lever les obstacles éventuellement rencontrés lors de son application ».

[67] PFEIFF Sylvia, « L'enlèvement international d'enfants dans l'Union européenne : la fin du retour immédiat ? », *op. cit.* p. 153.

de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

L'autorité judiciaire ou administrative, *même saisie après l'expiration de la période d'un an* prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, *à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu* » (nous soulignons).

Une première exception au retour immédiat réside donc dans l'accomplissement de deux conditions conjointes : l'expiration d'un délai d'un an depuis le déplacement ou la rétention illicite de l'enfant et l'établissement de son intégration dans son nouveau milieu[68]. Il est bien évidemment question ici de l'appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant afin d'éviter de déraciner une seconde fois l'enfant de sa « nouvelle » résidence habituelle, déplacement allant dès lors manifestement à l'encontre de son intérêt[69] (nous y reviendrons, cf. *infra*, deuxième partie, chapitre I, 1.7).

L'article 13 reprend, quant à lui, quatre autres motifs d'exception au retour immédiat. Premièrement, l'article 13 § 1er, a) énonce que l'autorité judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour s'il est établi que « la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour »[70]. Ce point renvoie donc à deux considérations : d'un côté, une situation dans laquelle « les conditions préalables au déplacement ne comportaient pas l'un des éléments essentiels des relations que la Convention entend protéger (celui de l'exercice effectif de la garde) […] »[71]; de l'autre côté, le comportement postérieur du parent dépossédé ne contestant pas la voie de fait, acceptant tacitement ou non la nouvelle situation. Soit donc un manque d'exercice effectif du droit de garde, soit un acquiescement du parent dépossédé à l'action du parent ravisseur.

L'article 13 § 1er, b) (ci-après art. 13 (b)) énonce que le juge n'est pas tenu d'ordonner le retour immédiat dès lors qu'il établit « qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation

[68] Attesté la plupart du temps par des certificats médicaux ainsi que l'inscription dans un établissement scolaire.
[69] PFEIFF Sylvia, « L'enlèvement international d'enfants dans l'Union européenne : la fin du retour immédiat ? », *op. cit.*
[70] Article 13 §1 a) de la Convention de La Haye du 25 octobre 2980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.
[71] PÉREZ-VERA Elisa, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants*, *op. cit.*, p. 433.

intolérable ». Il faut souligner d'emblée que cette exception au retour a fait couler beaucoup d'encre et constitue sans doute le point de jurisprudence le plus controversé de la Convention. En effet, l'article 13 (b) constitue le motif d'exception le plus souvent invoqué par les parties en plaidoirie, alléguant des violences physiques ou psychologiques du parent victime vis-à-vis de l'enfant, ou la mise dans une situation intolérable[72]. Cette exception traduit une vision de l'intérêt de l'enfant inspirée de textes antérieurs, selon laquelle l'intérêt de l'enfant à être intégré dans son lieu de résidence habituel « […] cède le pas devant l'intérêt primaire de toute personne de ne pas être exposée à un danger physique ou psychique, ou placée dans une situation intolérable »[73]. Il s'agit également d'être attentif à ne pas qualifier une situation de fuite de violence domestique d'enlèvement parental.

Cet article 13 (b) renvoie avec une acuité toute particulière au fragile équilibre que la Convention tente d'instaurer entre le retour immédiat de l'enfant et la protection de son intérêt. Certes, l'instrument entend protéger cet intérêt moyennant un retour rapidement ordonné vers le lieu de résidence habituelle, impliquant un examen procédural du retour sans débat de fond, mais l'établissement de la preuve de l'exposition de l'enfant à un risque grave dans l'État d'origine nécessite inévitablement un examen, aussi superficiel soit-il, concernant le fond de la demande des justiciables.

Attardons-nous un instant sur cette exception particulière qui cristallise mieux qu'aucun autre aspect de la Convention les tensions entre droit international privé et droits fondamentaux. Les revirements jurisprudentiels de la Cour européenne des droits de l'homme illustrent parfaitement la difficulté à trouver un équilibre entre le respect des droits fondamentaux et le principe de retour immédiat, entre droit substantiel et procédural. Le curseur a d'abord été posé du côté d'un renvoi presque automatique vers l'État de résidence habituelle présumant le retour dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un second temps, la Cour a jugé nécessaire d'opérer un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale avant de prononcer le retour de l'enfant lorsque l'exception de l'article 13 (b) était invoquée, plaçant dès lors le curseur du côté d'un intérêt de l'enfant substantiel à définir en amont du renvoi à la juridiction compétente[74].

[72] LOWE Nigel et STEPHENS Victoria, *A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Part I*, 2017, p. 15.
[73] PÉREZ-VERA Elisa, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants*, *op. cit.*, p. 433.
[74] L'arrêt de la Cour EDH (GC), 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, *req.* no 41615/07, spécialement le § 139.

En 2013, une position médiane a été exprimée lors de l'arrêt X c. Lettonie[75], déclarant qu'un examen substantiel de la situation familiale était encouragé lors de la motivation des causes d'un non-retour uniquement.

L'article 13 §2 concerne quant à lui le droit de l'enfant à être entendu et pris en compte dans le processus de décision, sa participation à la définition de son propre intérêt :

> « L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que *celui-ci s'oppose à son retour* et qu'il a atteint *un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion* » (nous soulignons).

L'article 13 détaille donc des exceptions au principe de retour immédiat limitativement énumérées, à savoir le non-exercice effectif du droit de garde, l'acquiescement du parent victime à la voie de fait, le risque grave de danger pour l'enfant ou l'opposition de ce dernier à son retour. Ce sont ces exceptions qui sont le plus souvent invoquées lors des plaidoiries et qui constituent la plupart des motivations conduisant à l'ordre de non-retour de l'enfant[76].

Enfin, un ultime motif d'exception au retour se trouve à l'article 20 de la Convention de La Haye de 1980, selon lequel le retour peut être refusé « quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[77]. Cette exception est relativement vague et peu mobilisée, comme nous le verrons par la suite (cf. *infra*, première partie, chapitre II, 3.2).

Résumons. La Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants est un instrument juridique misant sur la coopération administrative et judiciaire internationale pour éviter les enlèvements d'enfants et les effets nuisibles qu'ils entraînent. Outil dont la philosophie repose sur la volonté de protéger l'intérêt de l'enfant au-delà des divers intérêts en jeu et des frontières, il mise sur un triple objectif : un, dissuasif en dépossédant de toute force juridique les voies de fait commises unilatéralement en vue de créer des liens artificiels de compétences judiciaires internationales dans l'optique de l'obtention de la garde d'enfant moyennant un *forum shopping* juridictionnel international ; deux, préventif, en reconnaissant l'exercice effectif des droits de garde et des droits de visite, neutralisant une

[75] Arrêt de la Cour EDH (GC), 26 novembre 2013, *X c. Lettonie req.* no 27853/09, spécialement les § 106 et 107.
[76] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.* ; LOWE Nigel et STEPHENS Victoria, *A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Part I*, *op. cit.*, p. 15.
[77] Article 20 de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

des causes les plus fréquentes d'enlèvement. Trois, substantiel, en protégeant l'intérêt supérieur de l'enfant soit via le mécanisme de retour immédiat permettant de protéger l'intérêt présumé de l'enfant, soit via le refus de retour motivé garantissant alors l'intérêt concret de l'enfant déplacé ou retenu illicitement. Le mécanisme de retour immédiat assuré par l'institution d'interlocuteurs administratifs nationaux coordonnés et harmonisés (les Autorités centrales) tente de garantir que le retour au pristin état se fasse le plus rapidement possible. Cette lutte contre l'écoulement du temps qui va par essence à l'encontre de l'intérêt présumé de l'enfant dépossédé du droit d'entretenir une relation avec ses deux parents, force à embrasser la célérité comme condition *sine qua non* de l'effectivité de la Convention et de la poursuite de son triple objectif.

1.2.2 Le Règlement Bruxelles II bis

L'adoption du Règlement Bruxelles II bis est issue d'une volonté bien plus large que de contrecarrer et réguler l'enlèvement parental international, puisqu'il résulte de négociations visant à favoriser le libre mouvement des personnes au sein de l'Union européenne[78]. C'est au sein ce débat plus large qu'ont émergé, parmi d'autres problématiques, le cas des enlèvements d'enfants et l'opportunité d'une amélioration de l'encadrement juridique du phénomène au sein de l'UE. En effet, ce cadre faisait l'objet de critiques dont la principale pointait l'inefficacité de la Convention de La Haye à poursuivre ses objectifs, remettant en cause les exceptions au retour immédiat, particulièrement l'article 13 (b) vu ci-dessus[79]. En ce sens, les articles du Règlement ciblant l'enlèvement parental international viennent se greffer sur la Convention de La Haye de 1980, tentant uniquement d'en améliorer l'effectivité et non pas d'en altérer la philosophie ou les objectifs.

Ceci explique que le règlement Bruxelles II bis, entré en vigueur en 2005, présente un champ d'application bien plus large que celui de la Convention de La Haye de 1980 puisqu'il concerne les compétences des juridictions et l'exécution de jugements en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Il est appliqué dans l'Union européenne à l'exception du Danemark. Comme pour le Convention de La Haye, c'est la résidence habituelle qui fait office de critère pertinent au jugement et non pas la nationalité des ressortissants des États membres (art. 3.1).

---

[78] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.* p. 115.
[79] MCELEAVY Peter, « The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? », *Journal of Private International Law*, vol. 1, nº 1, 2005, p. 8.

Le règlement Bruxelles II bis entend renforcer la coopération judiciaire de la CLaH80 moyennant une consolidation des droits de la défense et un accroissement du pouvoir de l'État d'origine[80], qui se décline selon quatre règles additionnelles.

Une première mesure veille à restreindre l'usage du motif d'exception de l'article 13 (b) de la Convention de La Haye de 1980 tout en renforçant la protection concrète de l'intérêt de l'enfant. En effet, l'article 11.4 du règlement édicte « qu'une juridiction ne peut pas refuser le retour de l'enfant en vertu de l'article 13, point b), de la convention de La Haye de 1980 s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour ». En pratique, cela revient à restreindre considérablement la portée et l'usage du motif d'exception 13 (b) de la Convention de La Haye de 1980, puisqu'il convient dès lors, pour refuser d'ordonner un retour, de prouver qu'un État membre est incapable d'assurer la protection de l'enfant au vu des risques graves de danger physique ou psychologique le plaçant dans une situation intolérable[81].

En second lieu, l'article 11.5 restreint encore davantage la portée de l'exception 13 (b) en obligeant le juge de l'État requis à auditionner les deux parents avant de pouvoir ordonner le retour de l'enfant[82]. Le parent requérant le retour de l'enfant a dès lors l'opportunité d'être entendu et de contredire la version des faits de parent ravisseur concernant le risque grave de violence physique ou psychologique.

En troisième lieu, outre le fait que le Règlement Bruxelles II bis restreint les exceptions au retour et renforce simultanément l'outil conventionnel, il permet d'appréhender les cas d'enlèvement d'enfants au-delà du rôle strictement procédural réservé à la Convention de La Haye. Comme indiqué précédemment, et à la différence de la Convention de La Haye de 1980, le Règlement Bruxelles II bis régule aussi le fond du droit de garde (autorité parentale, droit de visite, droit de garde…) après la décision de retour ou de non-retour de l'enfant. Une mesure spécifique contenue dans le Règlement donne le dernier mot au juge à l'État de la résidence habituelle avant l'enlèvement, sans aucune possibilité de recours pour l'État requis (art. 11.8 du Règlement). Autrement dit, même si le juge de l'État vers lequel l'enfant a été enlevé décide de prononcer un refus de retour de l'enfant, le juge de l'État de résidence habituelle peut

[80] BARTOLINI Silvia, « In the Name of the Best Interest of the Child: The Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases », *Common Market Law Review*, vol. 56, nº 1, 2019, p. 8.
[81] SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.*, p. 22.
[82] En toutes lettres, l'article 11.5 énonce : « Une juridiction ne peut refuser le retour de l'enfant si la personne qui a demandé le retour de l'enfant n'a pas eu la possibilité d'être entendue ».

ordonner, en statuant sur l'autorité parentale, le retour de l'enfant, ce dernier jugement l'emportant sur le précédent. Enfin, un dernier point, que d'aucuns considèrent comme révolutionnaire en droit international privé[83], facilite encore la coopération judiciaire dans l'espace intra-européen et l'exécution des décisions, en ce que la procédure d'*exequatur* normalement nécessaire à la reconnaissance de la force exécutoire d'un jugement rendu dans un autre État membre est automatique, moyennant l'émission d'un simple certificat (art. 42 du Règlement) qui garantit uniquement le respect de règles procédurales fondamentales, impliquant néanmoins, de manière notable l'audition de l'enfant[84].

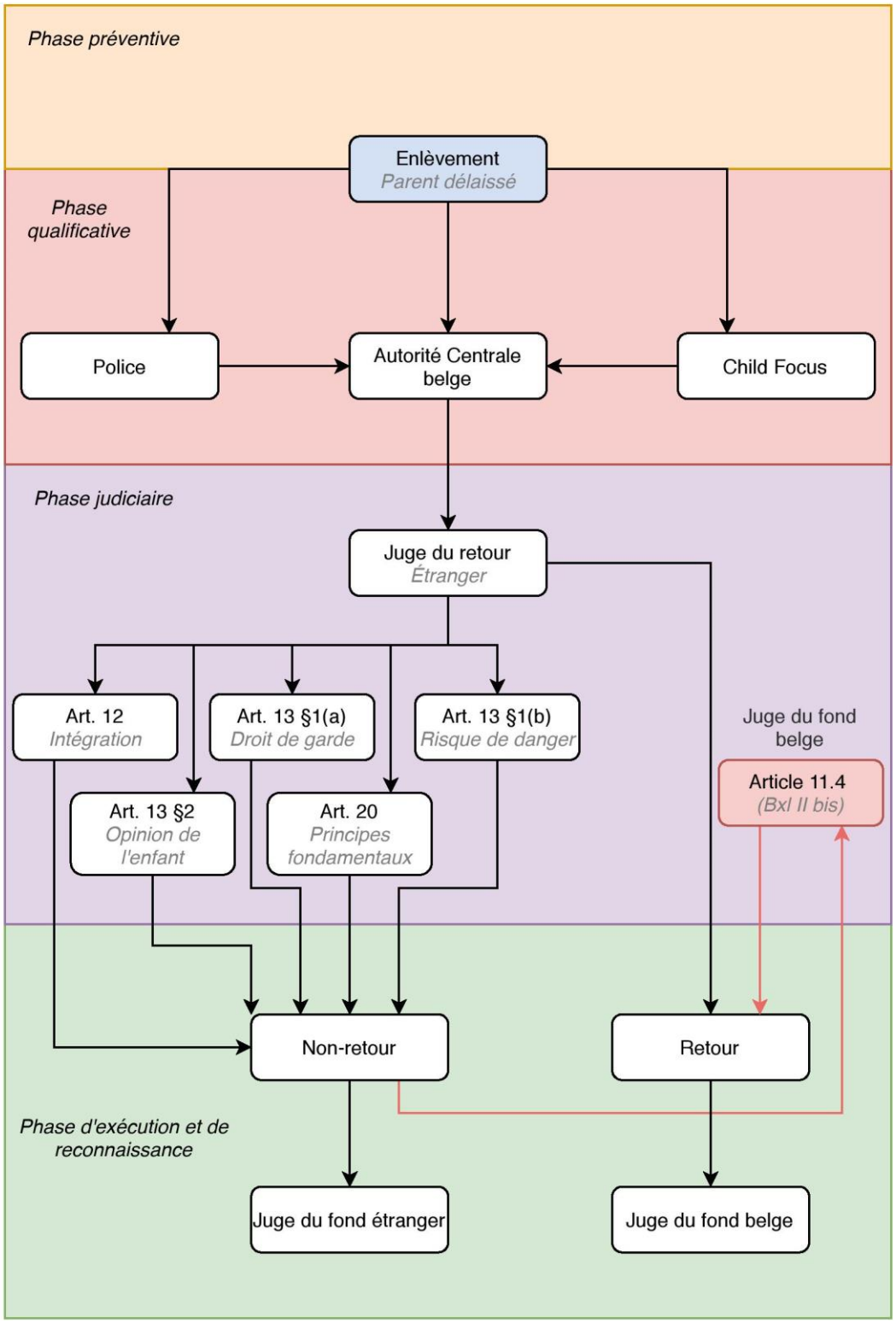
Le Règlement Bruxelles II bis, bien que suivant des objectifs débordant le champ d'application de la Convention de La Haye de 1980, a donc été imaginé pour fonctionner en synergie avec le cadre conventionnel préexistant. En définitive, le Règlement module le fonctionnement de la Convention au sein de l'Union européenne en restreignant les possibilités de prononcer un refus de retour, par le truchement d'un renforcement du pouvoir du juge de l'État d'origine, en facilitant l'exécution des jugements rendus dans un État membre et en donnant l'opportunité au juge de l'État de résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement illicite le pouvoir de statuer simultanément sur le retour et sur le fond du droit de garde. Les quatre dimensions passées en revue visent à faciliter le traitement des cas d'enlèvements d'enfants, tant au niveau de la célérité de la procédure que de la pérennité de la solution trouvée.

À présent que le cadre juridique a été exposé, il est utile de se référer à la Figure 1 à la page suivante afin de récapituler visuellement les procédures d'enlèvement parental international (CLaH80 et Bruxelles II bis conjoints), ainsi que la place occupée par le juge requis (aussi appelé juge du retour) et le juge requérant (également appelé juge du fond) dans celles-ci (ici dans l'hypothèse d'un enlèvement depuis la Belgique vers l'étranger).

[83] FISCHER Quentin, « L'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents » », *Rev. dr. U.L.B.*, vol. 32, 2005, p. 91.

[84] Ces règles sont au nombre de trois : « Le juge d'origine […] ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 que si:
a) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité,
b) les parties ont eu la possibilité d'être entendues, et que
c) la juridiction a rendu sa décision en tenant compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels avait été rendue la décision prise en application de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980 ».

Figure 1. Procédures juridiques de l'enlèvement d'enfants de la Belgique vers l'étranger



1.2.3 La Convention de La Haye de 1996

Instrument conventionnel au champ d'application plus large mais complémentaire à la Convention de La Haye de 1980, la Convention de La Haye de 1996[85] a pour objectif la protection des enfants, moyennant, principalement, la facilitation de la coopération judiciaire par la simplification de la reconnaissance des jugements et de l'exécution des décisions des États parties – au nombre de 53 à l'heure actuelle[86]. Elle entend éviter le prononcé de décisions conflictuelles entre différents États concernant la responsabilité parentale et la protection des enfants[87]. En ce qui concerne les enlèvements d'enfants, cet instrument permet de prendre des mesures nécessaires à la protection des enfants durant les procédures de retour. En ce sens, s'il y a urgence, le territoire de l'État dans lequel l'enfant est présent peut prendre des mesures protectionnelles (art. 11) qui seront reconnues dans les autres États contractants[88]. L'apport majeur de cette Convention réside dans l'amélioration du caractère exécutoire des mesures de protection de l'enfant. Par ailleurs, la Convention de La Haye de 1996 oblige les États à une plus grande coopération internationale, en ce que les Autorités centrales se voient obligées de partager davantage d'informations au sujet des lois et des services existants en relation à la protection des enfants (art. 30 et art. 34)[89].

Il convient de noter que cette Convention s'applique aux enfants en dessous de 18 ans (art. 2), à la différence de la Convention de La Haye de 1980 qui n'est d'application que pour les mineurs âgés de moins de 16 ans.

1.3 Les instruments conventionnels et réglementaires : quelles effectivité et efficacité du cadre juridique ?

Nous avons exploré les divers instruments juridiques qui tentent de cadrer au mieux le phénomène d'enlèvement parental international. Malgré l'inventivité des juristes et les efforts conjoints des États animés par une volonté de coopération judiciaire internationale, l'encadrement juridique reste, pour nombre d'observateurs, inadéquat[90]. Sans en condamner

[85] En toutes lettres il s'agit de la « Convention du 19 octobre de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution, et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants ».
[86] https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=70, (consulté pour la dernière fois le 10.11.20).
[87] SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.*, p. 29.
[88] *Ibid.*
[89] *Ibid.*, p. 31.
[90] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.*

l'utilité de manière univoque, les regards se tournent de plus en plus vers des solutions complémentaires, comme en témoignent par exemple les efforts fournis par la Conférence de La Haye pour tenter de ménager des espaces au processus de médiation dans le cadre conventionnel[91].

Le cadre légal ayant été dépeint dans ses grandes lignes, nous pouvons à présent nous interroger sur son efficacité (la capacité des instruments à atteindre leurs objectifs affichés) et sur son effectivité (le taux d'usage des instruments légaux) lors de sa mise en œuvre concrète. Nous mesurerons l'efficacité des normes légales en vigueur en vertu de leurs capacités à ordonner des retours immédiats, mais également en se penchant sur la longueur des procédures et les voies de résolutions (amiables, judiciaires etc.) menant à un retour de l'enfant dans son État de résidence habituelle. Pour ce faire, le travail de T. Kruger s'avère d'une aide précieuse afin d'évaluer la mise en œuvre de la CLaH80 et du Règlement Bruxelles II bis en Belgique, puisque son travail statistique sur l'année 2007-2008 détaille chaque stade de la procédure, en termes d'effectivité de recours aux instruments, de résultat judiciaire et de délais de jugement.

Au niveau de l'effectivité générale du cadre juridique, on observe que les enlèvements d'enfants vers la Belgique présentent un haut taux d'usage de procédures légales, puisque le Règlement Bruxelles II bis a été mobilisé dans 50% des cas et la CLaH80 dans 31,7%. Dans seulement 11% des cas il n'est fait aucun usage de procédures légales[92]. À l'inverse, près de la moitié (48,7%) des cas d'enlèvements d'enfants depuis la Belgique vers l'étranger ne mobilisent aucune procédure juridique[93]. La CLaH80 y est mobilisée dans 23,2% des cas et le Règlement Bruxelles II bis dans 17,5%[94]. Cette grande disparité entre les enlèvements vers et depuis la Belgique s'explique entre autres par le fait que la majorité des déplacements illicites d'enfants se font depuis un État membre de l'UE vers la Belgique, ce qui est moins le cas lorsqu'il s'agit d'enlèvement depuis la Belgique vers l'étranger[95].

Du côté de l'efficacité de l'usage du droit, on peut avancer que les voies de résolution présentant les résultats les plus efficaces sont : le retour moyennant l'accord amiable (86% de retour), suivi

[91] Parmi ces efforts on trouve le « Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : médiation » rédigé en 2012 et adopté par tous les États. Vous pouvez le consulter ici : https://assets.hcch.net/docs/b700704f-98b9-49a6-bb93-f3de37342628.pdf.
[92] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.* p. 110.
[93] *Ibid.*, p. 110.
[94] *Ibid.*
[95] *Ibid.*, p. 99.

du retour ordonné par un magistrat en vertu de la CLaH80 depuis ou vers la Belgique (71.4% de retour) et en vertu du règlement Bruxelles II bis (66.7% de retour). De manière générale les taux de retour sont relativement élevés (environ deux tiers des enfants sont effectivement renvoyés vers leurs États de résidence habituelle), ce qui indique une certaine efficacité du dispositif, même si c'est le règlement amiable qui domine en tant que mode de résolution, tant en termes d'efficacité (86% de retour) que d'effectivité (71% des dossiers sont clôturés par un retour volontaire ou amiable). Cela montre, et c'est important pour la suite, que *l'entente entre les parents s'avère le meilleur moyen de résoudre le litige*. On entrevoit déjà ici l'importance de la médiation, qui tente de court-circuiter l'enjeu juridictionnel en favorisant l'entente entre les parties.

En ce qui concerne la seconde variable jaugeant de l'efficacité du cadre juridique, la durée moyenne entre le moment de l'enlèvement et le retour effectif de l'enfant quand l'enlèvement est réalisé depuis la Belgique vers l'étranger est de 7,5 mois sous le régime de la CLaH80 et de 7,1 mois lorsque s'applique le Règlement Bruxelles II bis[96]. À l'inverse, dans les cas depuis l'étranger vers la Belgique, le retour effectif de l'enfant prend en moyenne 8 mois sous le régime de la CLaH80 et 10.3 mois lorsque s'applique le Règlement Bruxelles II bis[97]. De manière générale, la majorité des retours se font dans les six mois après l'enlèvement (57%) et, endéans un an, près des trois quarts des enfants sont effectivement de retour dans l'État d'origine[98]. Ce chiffre grimpe à presque 90% endéans les 18 mois[99]. Le temps de règlement des cas d'enlèvements parentaux internationaux par un ordre de retour est donc très long, particulièrement au regard de la nécessaire célérité des procédures, tel qu'explicitement souligné dans les objectifs conventionnels et réglementaires. S'ajoute à cette lenteur le fait que le temps joue contre la résolution de l'enlèvement : plus le litige persiste, plus les chances de voir une issue positive au conflit s'amenuisent[100].

L'encadrement juridique est fortement mobilisé, donc hautement effectif, mais c'est au niveau de la phase judiciaire des procédures que l'effectivité se réduit. En effet, il apparaît clairement qu'une majorité des enlèvements n'atteignent pas le stade du jugement de retour ou de non-retour, point de passage pourtant central de l'architecture conventionnelle. C'est dire que

[96] *Ibid.*, p. 167.
[97] *Ibid.*, p. 164.
[98] *Ibid.*, p. 163.
[99] *Ibid.*
[100] LOWE Nigel et STEPHENS Victoria, *A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Part I, op. cit.*, p. 22.

l'encadrement de réglementaire et conventionnel de l'enlèvement parental international est beaucoup plus large que la seule phase judiciaire de la procédure, puisque le rôle des Autorités centrales dans le règlement amiable du conflit doit également être apprécié.

Par ailleurs, l'efficacité du dispositif, particulièrement concernant la phase judiciaire, semble relativement satisfaisante, puisque deux tiers des enfants enlevés font l'objet d'un jugement de retour. Cependant, la lenteur des procédures judiciaires contrebalance cette efficacité relative, puisque la plupart des enlèvements parentaux internationaux prennent plus de six mois à être résolus.

Il serait cependant fallacieux d'évaluer l'efficacité et l'effectivité de l'édifice conventionnel à la seule lumière du nombre de procédures atteignant la ligne d'arrivée imaginée par le législateur. En effet, le nombre important d'accords amiables et de retour volontaire plaide pour une certaine efficacité dans l'accomplissement de l'objectif de dissuasion tant des enlèvements que du *forum shopping* corollaire. Par ailleurs, la Convention elle-même soutient le règlement amiable du conflit à tous les stades de la procédure. Il apparaît en somme, le cadre régulateur déployé à l'international pour encadrer les cas d'enlèvements parentaux internationaux s'avère être un atout incontournable pour la gestion de ce litige hautement complexe, mais nécessitant néanmoins un rafraîchissement à l'image de la situation empirique contemporaine du phénomène et des familles qu'il concerne. C'est cette situation dont nous allons à présent esquisser les tendances statistiques principales.

2 Caractéristiques statistiques de l'enlèvement parental international en Belgique

L'évaluation précise du phénomène d'enlèvement parental en termes statistiques est ardue. Le risque est plutôt à la sous-évaluation du phénomène, étant donné qu'une partie des cas échappe au recensement statistique, en ce sens que nombre de situations d'enlèvements ne sont pas identifiées comme telles par les services de police ou les magistrats de la famille[101]. Un manque de formation en Belgique est d'ailleurs souligné par de nombreux acteurs professionnels

[101] T. KRUGER, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, Oxford ; Portland, OR, Hart Publishing, 2011 p.149.

spécialisés (juges, avocats, médiateurs et membres de l'Autorité centrale que nous avons rencontrés), et ce à tous les niveaux (police, parquet, conseillers juridiques et magistrats)[102].

Le premier obstacle qui s'oppose à une juste appréciation statistique du phénomène réside donc dans l'incapacité de certains professionnels à le catégoriser comme tel, demeurant hors des radars des organismes officiels de comptage statistique. À l'inverse, ce peut être également du côté des justiciables que le litige n'est jamais catégorisé comme tel. Le recours à l'Autorité centrale[103] est bien entendu facultatif et il en va de la volonté des parents victimes d'enlèvement parental d'y faire appel. En effet, un grand nombre de cas n'atteignent pas cet échelon de formalisation institutionnelle et trouvent d'autres modes de résolution (amiables, informels) ou restent simplement non résolus. La troisième difficulté d'analyse découle des lacunes mêmes de ces statistiques officielles, et plus exactement de la multiplicité des organismes recenseurs qui ne coordonnent pas leurs actions : les statistiques provenant de l'Autorité centrale et de Child Focus[104] se superposent et s'entrecroisent, entraînant un risque de comptage double de cas ayant transité par les deux institutions – risque impossible à écarter.

Même si une évaluation statistique exacte ne peut être réalisée ici, brosser les tendances principales du phénomène en Belgique comme à l'international reste riche en enseignements[105]. Au-delà d'un simple dénombrement des cas qui nous permet de jauger de l'importance quantitative du phénomène, nous nous intéresserons également aux données sociologiques qualitatives de base de l'enlèvement parental international : sexe et statut du parent ravisseur, taille des familles ainsi qu'État de destination et d'origine des enlèvements.

---

[102] Du côté des policiers, il n'est pas rare que lorsqu'un parent délaissé signale un enlèvement à la police, on lui affirme qu'il n'y a rien à faire puisque l'enleveur est le parent de l'enfant et qu'il aurait donc le droit de l'emmener voyager. Du côté des magistrats, des cas d'enlèvements sont susceptibles de survenir à tous les niveaux de juridictions dans tous les arrondissements, et bon nombre de magistrats de droit de la famille ignorent l'existence du litige et des instruments de droit international privé qui l'encadrent.

[103] Rappelons que l'Autorité centrale est l'administration officielle en charge des enlèvements parentaux internationaux. Elle est instituée par la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils des enlèvements d'enfants et sert d'organe de coopération administrative et d'information judiciaire internationale dans chacun des États membres.

[104] Child Focus (aussi nommée Fondation pour enfants disparus et sexuellement exploités) est une fondation privée d'utilité publique belge qui voit le jour en juin 1996 suite à l'affaire Dutroux. Child Focus voit ses compétences s'élargir officiellement via le protocole d'accord du 26 avril 2007 qui acte les modalités de transmission d'informations entre l'Autorité centrale et Child Focus concernant les enlèvements parentaux internationaux et les disparitions de mineurs non accompagnés. La fondation privée d'utilité publique est donc un point de contact privilégié des justiciables, particulièrement pour les enlèvements depuis la Belgique vers l'étranger.

[105] Les sources statistiques de la comptabilisation ici opérée proviennent des cas recensés par l'Autorité centrale belge et Child Focus.

Cette section relative à la Belgique sera subdivisée en deux parties : d'une part, une *étude statistique longitudinale* sur base des données annuelles fournies par l'Autorité centrale belge, compilées en des tableaux intégrés par nos soins (2.1)[106] ; d'autre part, une *étude statistique transversale* se concentrant sur l'année 2007-2008 sur base des travaux de T. Kruger (2011), ayant été exceptionnellement autorisée à consulter les dossiers de l'Autorité centrale et de Child Focus[107] (2.2).

2.1 Analyse longitudinale des cas d'enlèvements en Belgique

La présente section se divise en deux grandes parties couvrant des périodes temporelles distinctes, organisées à partir de jeux de données différents. Nous débuterons par l'analyse des cas d'enlèvements parentaux internationaux et les instruments légaux utilisés pour les traiter sur le temps long (1985-2016), en nous basant sur des données obtenues à l'Autorité centrale belge. Ces données sont peu détaillées, mais offrent l'avantage de tracer une évolution historique du phénomène sur le long terme, entreprise inédite à ce jour. Il faut d'ailleurs émettre certaines réserves quant à la valeur à accorder à ces données et à l'analyse qui s'y réfère : il s'agit bien ici de prendre la mesure du phénomène plutôt que de revendiquer un recensement rigoureux de l'enlèvement d'enfants. Certes, les données brutes proviennent d'une source fiable (le service statistique du Service Public Fédéral de la Justice [ci-après SPF Justice])[108], dont nous avons réalisé une compilation systématique. Néanmoins, les données mises à disposition par le SPF Justice sont parfois incomplètes, particulièrement concernant les États comptant peu de cas d'enlèvements d'enfants vers ou depuis la Belgique[109]. Plus fâcheux encore, les catégories statistiques utilisées par le SPF Justice varient au cours du temps, ce qui rend malaisée une analyse statistique unifiée pour la période complète (2004-2016). Nous avons donc pris le parti de privilégier la continuité des catégories à l'exhaustivité de la période, d'où la présence de tableaux couvrant des temporalités distinctes (1985-2016 et 2004-2016), comme nous le verrons ci-dessous.

---

[106] Ces données proviennent de deux sources, qui se réfèreront à deux périodes différentes : d'une part, les données du site web du SPF Justice, ventilées par année (2004-2016) et, d'autre part, des données obtenues à l'Autorité centrale, sur demande, datant d'avant la création de l'institution (1985-2016).

[107] Cette recherche a conduit à la publication de l'ouvrage KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law, op. cit.* Les dossiers consultés au sein des deux institutions lors de cette recherche ont malheureusement été détruits comme le commandait l'accord à la base de cette recherche.

[108]http://justice.belgium.be/fr/themes_et_dossiers/enfants_et_jeunes/enlevement_international_denfants/statistiques

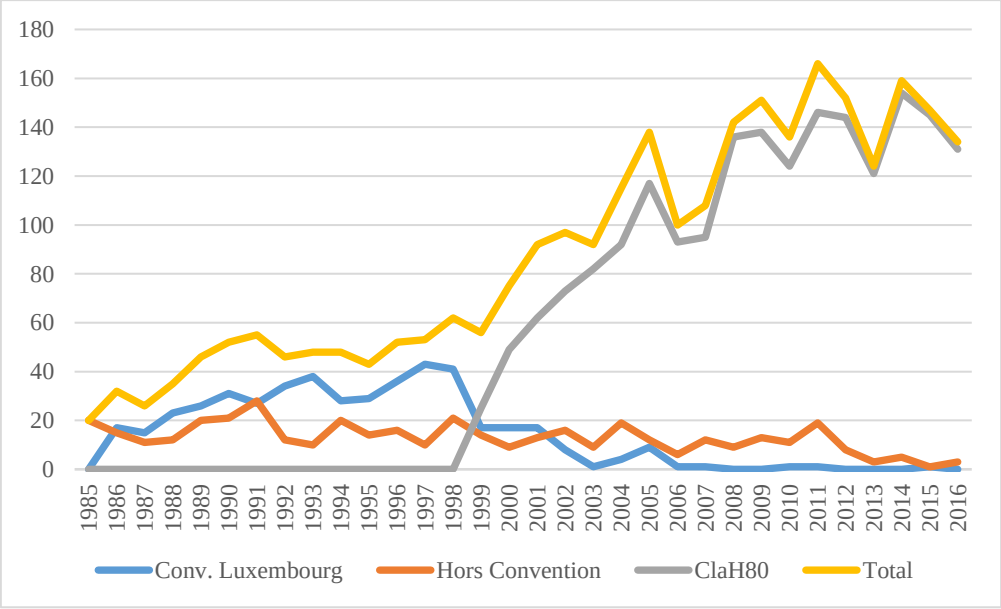
[109] Les données statistiques proposées ne prennent en compte que le « top cinq » des États impliqués dans les cas d'enlèvements chaque année, rendant impossible l'analyse exhaustive de la répartition géographique des cas.

Le second jeu de données fera l'objet d'une attention plus minutieuse en ce qu'il contient des informations plus étoffées permettant une analyse fine des États impliqués, et du rôle de l'État belge. Nous déploierons donc une analyse plus sommaire sur le temps long et plus détaillée concernant la période courant de 2004 à 2016. Enfin, par souci de transparence et d'honnêteté intellectuelle, nous soulignerons les passages où l'analyse statistique peut s'avérer plus hasardeuse.

2.1.1 Incidence annuelle des enlèvements parentaux internationaux recensés en Belgique selon l'instrument mobilisé (1985-2016)

Depuis 1985, la Belgique a recensé officiellement 2802 cas d'enlèvements parentaux internationaux. La première observation que l'on pourrait tirer de la Figure 2 ci-dessous est que l'enlèvement parental international semble augmenter en chiffre absolu (ligne jaune), mais il faut directement nuancer cette tendance par l'effet de l'adoption de la Convention de La Haye 1980 (que la Belgique a ratifié en 1998). L'hypothèse la plus probable concernant cette hausse réside dans une augmentation de la catégorisation et de la prise en charge institutionnelle du litige plutôt qu'une intensification du phénomène lui-même. Il paraît en effet logique qu'avec la mise en place de l'Autorité centrale belge le comptage statistique se soit précisé et systématisé, et qu'il ait également induit, par son action, une sensibilisation au litige, dès lors plus souvent catégorisé. Il s'agirait donc plutôt d'une augmentation de la prise en charge institutionnelle qu'une hausse effective du phénomène lui-même.

Figure 2. Évolution des cas d'enlèvements en Belgique en fonction des instruments juridiques mobilisés (1985-2016)

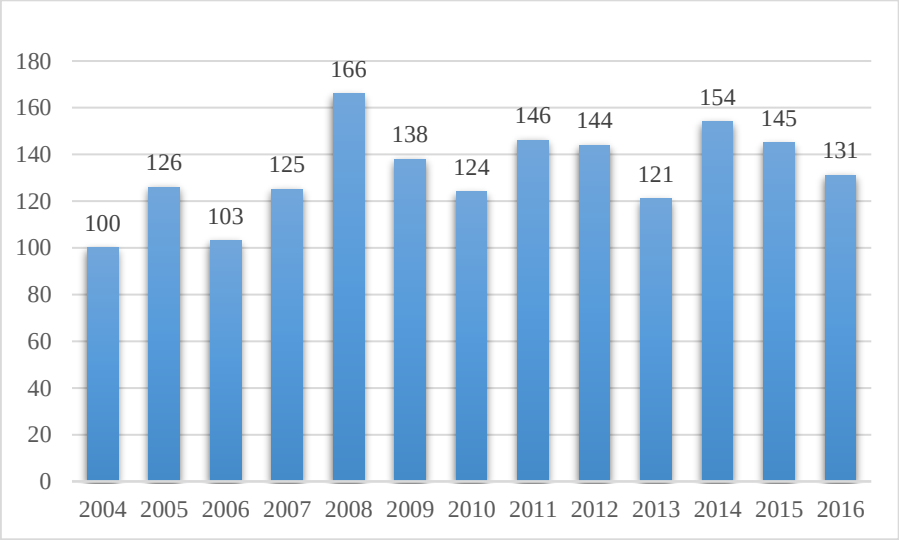


Au niveau des instruments juridiques mobilisés, on peut distinguer deux grandes phases, pré-CLaH80 et post-CLaH80. La période précédant la CLaH80 voit une montée en force relative de la Convention du Luxembourg au détriment des cas hors convention jusqu'en 1998. Une deuxième phase s'ouvre alors où, sans surprise, on décèle la caducité progressive de la Convention du Luxembourg au profit de la CLaH80. Enfin, de manière générale, l'arrivée de la CLaH80 semble correspondre à une réduction des cas hors convention. Finalement, la situation en 2016 est donc bien différente de celle de 1985 ou la totalité des cas était gérée dans un cadre non conventionnel là où actuellement la quasi-totalité des cas d'enlèvements parentaux internationaux se trouve soumise au régime de la CLaH80.

2.1.2 Nombre et destination des dossiers ouverts (2004-2016)

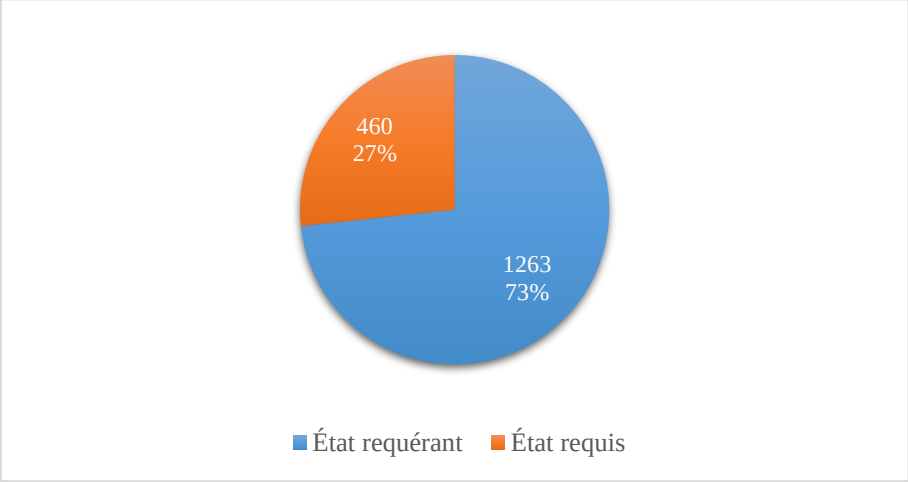
La Figure 3 donne une idée plus précise du nombre de cas d'enlèvements parentaux internationaux ouverts et traités par l'Autorité centrale belge depuis 2004 : 1723 cas d'enlèvements pour une moyenne annuelle de 133 cas. On observe en effet une très légère augmentation des cas au fil du temps, une forme d'accentuation douce du phénomène. La hausse significative des cas entre 2006 et 2008 provient de l'intégration statistique des dossiers ouverts sous l'application exclusive du Règlement Bruxelles II bis. De manière globale, le niveau moyen de cas par année se stabilise vers 140 cas entre 2009 et 2016. Le phénomène semble donc ne pas connaître une intensification particulièrement marquée, l'Autorité centrale belge traitant un nombre de dossiers d'un ordre de grandeur relativement stable sur toute la période.

Figure 3. Nombre de dossiers d'enlèvements ouverts et traités par l'Autorité centrale belge (cadre conventionnel)



En ce qui concerne le rôle joué par l'Autorité centrale belge dans les cas d'enlèvements parentaux internationaux, la Figure 4 expose clairement que la Belgique est impliquée en majorité en tant qu'État requérant, c'est-à-dire concernant des enlèvements depuis la Belgique vers l'étranger, totalisant 73% des cas d'enlèvements. Ces résultats corroborent les conclusions d'analyses antérieures[110], selon lesquelles la Belgique représente plus fréquemment l'État d'origine que le lieu de destination d'enlèvements parentaux internationaux.

Figure 4. Rôle de l'Autorité centrale belge dans les cas d'enlèvements d'enfants

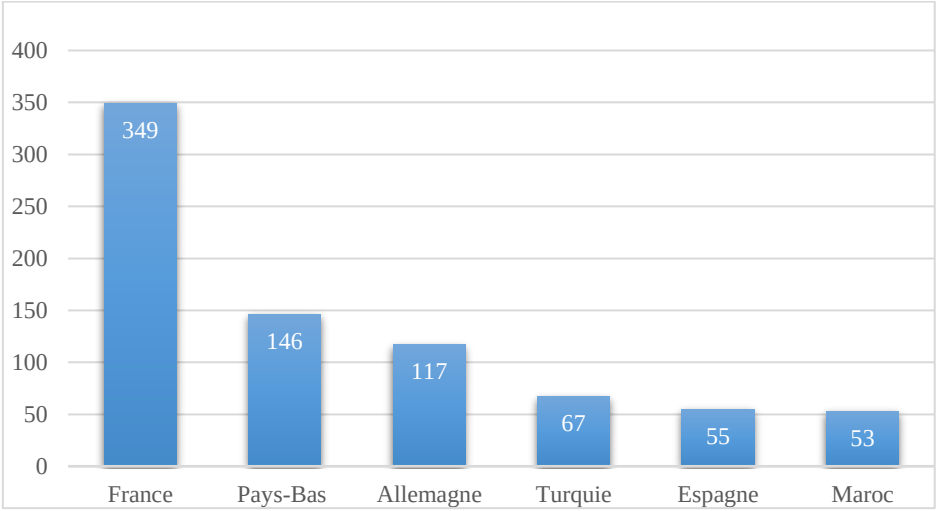


Les principaux États impliqués dans les cas d'enlèvements d'enfants depuis et vers la Belgique sont visibles dans la Figure 5. La France constitue sans nul doute l'État le plus concerné par les

[110] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.* p. 74.

enlèvements d'enfants avec près de 350 cas recensés par l'Autorité centrale dans le cadre conventionnel et réglementaire, suivi par les Pays-Bas et l'Allemagne, confirmant une très forte tendance à la prégnance des cas d'enlèvements intra-européens[111]. On observe que le Maroc tient une cinquième place qui est d'ailleurs sous-estimée étant donné que seuls les cas soumis au régime de la CLaH80 sont ici comptabilisés, couvrant dès lors uniquement la période 2012-2016, année où le Maroc rejoint la CLaH80. Si l'on ajoute les 68 dossiers traités hors cadre conventionnel avec le Maroc entre 2004 et 2012, le Maroc devance l'Allemagne à la troisième place, avec 121 cas d'enlèvements[112].

Figure 5. Top 5 des États impliqués dans les enlèvements avec la Belgique



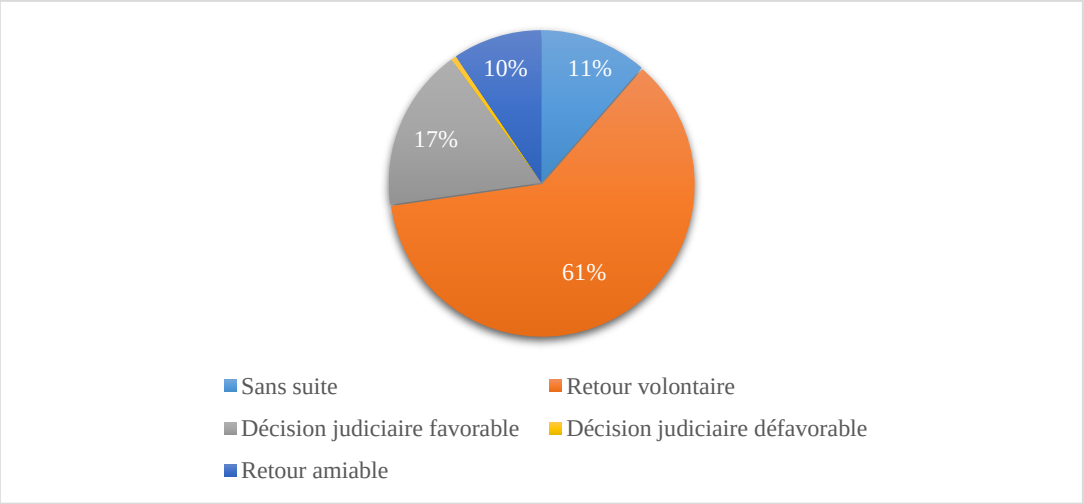
2.1.3 Motifs de clôture des dossiers

Sans entrer dans les détails du nombre de dossiers clôturés, nous voudrions souligner les motifs de clôture des dossiers sur le temps long (Figure 6). Bien que les catégories « retour volontaire » et « retour amiable » ne soient pas clairement définies, laissant un flou assez large sur les modes de résolutions compris sous ces appellations, une première conclusion peut être tirée de la Figure 6 : les décisions judiciaires, qu'elles soient favorables ou défavorables (c'est-à-dire l'ordre de retour ou de non-retour) représentent une faible part (18%) de cause de clôture des dossiers d'enlèvements parentaux internationaux en Belgique. En particulier, les refus de retour sont rares, puisque seul 1% des dossiers ouverts à l'Autorité centrale belge se soldent par une telle décision. Il serait par ailleurs intéressant de pouvoir détailler ce qui réside sous la catégorie des retours volontaires et dans quelle mesure ces dossiers sont déjà plus ou moins engagés dans

[111] *Ibid.*, p. 95.
[112] Pour plus de détails, voir le tableau 2 en annexe.

des procédures judiciaires diverses. Dans l'absence de certitudes quant à ce que recouvrent ces catégories, ces statistiques sont donc à prendre avec particulièrement de précaution.

Figure 6. Motifs de clôture des dossiers de l'Autorité centrale belge (cadre conventionnel)



2.2 Analyse transversale des cas d'enlèvements en Belgique

La présente section propose un état des lieux synchronique de l'enlèvement durant l'année 2007-2008 qui repose intégralement sur le travail statistique réalisé par T. Kruger en 2011[113]. La base de cette analyse consiste en 667 dossiers ouverts en 2007-2008 à l'Autorité centrale belge, chez Child Focus et au Ministère des Affaires Étrangère, et constitue l'étude statistique la plus complète de l'enlèvement parental international en Belgique disponible à ce jour[114].

L'étude quantitative réalisée par T. Kruger se penche de manière plus approfondie sur les caractéristiques sociales des familles concernées par l'enlèvement, offrant des indices intéressant sur les caractéristiques de l'enfant, des parents, des relations qui les lient et de l'autorité parentale. Un premier résultat de cette étude souligne que les enlèvements parentaux internationaux concernent absolument tous types de milieux et d'individus : le niveau de

[113] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law, op. cit.*
[114] L'origine de ces dossiers se répartit comme suit :
- 443 proviennent de l'Autorité centrale
- 297 proviennent de Child Focus
- 71 proviennent du Ministère des Affaires Étrangères
Par ailleurs, il faut souligner que la signification d'un dossier clôturé est différente selon l'institution : chez Child Focus le dossier peut être fermé à la demande du parent s'il n'a plus besoin de l'intervention de l'organisation ; à l'Autorité centrale, un dossier sera plutôt clôturé à la fin de la procédure conventionnelle, lors de l'exécution d'un jugement de retour ou de non-retour, d'un accord amiable ou d'un renoncement aux procédures.

revenu, le genre, l'appartenance religieuse ou ethnique ne semble pas influencer la probabilité de passage à l'acte[115]. En ce sens, les cas d'enlèvements sont extrêmement diversifiés et il serait ardu d'en définir des types généraux[116]. Il s'agit par contre préférentiellement de familles ayant vécu une séparation conjugale, et surtout, des familles dont les parents sont de nationalité différente ou entretiennent un lien particulier avec un État tiers[117].

Lors des années 2007 et 2008, 297 dossiers d'enlèvements parentaux furent ouverts, comptabilisant un total de 413 enfants enlevés. 70% de ces dossiers concernaient des enlèvements depuis la Belgique vers l'étranger tandis que 17,6% concernaient des enlèvements depuis l'étranger vers la Belgique[118].

Concernant l'âge des enfants, il ressort des analyses de T. Kruger que 83% ont moins de 10 ans lors de l'enlèvement et 65% moins de sept ans[119]. Autant de filles que de garçons sont victimes d'enlèvements d'enfants. La grande majorité (69,6%) des parents concernés par l'enlèvement étaient séparés (de fait ou légalement) au moment de l'enlèvement, et une minorité (27,6%) habitait encore ensemble lors de l'enlèvement (cohabitation légale, de fait et mariage)[120]. Dans 2,4% des cas, les parents n'ont jamais vécu ensemble. De plus, près de 90% des cas d'enlèvements parentaux internationaux se produisent dans une situation où les parents jouissent d'une autorité parentale conjointe[121].

De manière intéressante, il apparaît que dans 65,2% des cas c'est la mère qui constitue le parent ravisseur là où le père n'est à l'origine de l'enlèvement que dans 33,4% des cas[122]. Dans le cas des couples mariés, cette tendance s'accentue davantage (77% des parents ravisseurs sont des mères). On peut tirer des conclusions importantes de cet élément : alors que la tendance initiale des enlèvements parentaux internationaux était du fait de pères ravisseurs dans le but de forcer

[115] Ce qui, soit dit en passant, déforce l'intérêt de la mobilisation d'une de sociologie juridique classique, s'intéressant préférentiellement aux inégalités de traitement de la justice et aux inégalités d'accès à l'institution judiciaire en fonction des caractéristiques sociologiques des individus.
[116] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.*, p. 104.
[117] *Ibid.*, p. 45.
[118] Cette statistique corrobore celle que nous avons développée à partir des données de l'Autorité centrale dans la section longitudinale. À noter que les 12,4% restants concernent des enlèvements où l'Autorité centrale belge a ouvert un dossier mais où l'État d'origine et l'État de destination d'enlèvement se sont avérés finalement tiers (un « passage » par la Belgique), des cas où l'Autorité centrale belge tente de localiser l'enfant (portant parfois son aide à un enlèvement concernant d'autres États) et enfin des cas où il est question d'arrangements en termes de contact entre le parent délaissé et les enfants.
[119] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law, op. cit.* p. 27.
[120] *Ibid.*, p. 42.
[121] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.* p. 83.
[122] *Ibid.* p. 75.

un droit de garde dans une juridiction étrangère, la tendance s'est inversée, en relation avec l'évolution des droits familiaux nationaux vers une garde partagée et la promotion d'une coparentalité post-séparation.

Il faut en effet souligner en ce sens que la Convention de La Haye de 1980 a été pensée en fonction d'une image surannée de l'enlèvement parental international selon laquelle le père incarnait typiquement le parent ravisseur et ne dispose pas du droit de garde. Il s'agissait alors de dissuader cette figure vindicative du père qui, par vengeance ou par volonté de forcer un droit de garde, tentait, en dernier recours, d'outrepasser le droit de garde de la mère afin de faire sa propre loi[123], selon le « schéma classique de l'enlèvement »[124].

En contraste, on observe donc qu'à l'heure actuelle ce sont principalement les mères divorcées et les personnes en charge des soins de l'enfant qui sont à l'origine de la voie de fait. Il apparaît donc clairement que l'image de l'enlèvement parental international ayant informé la création de la Convention de La Haye de 1980 ne correspond tout simplement plus à la réalité empirique du phénomène actuel, défi auquel tente de répondre la Conférence de La Haye, à renforts de guides de bonnes pratiques et de Commissions spéciales.

Notons néanmoins que cette tendance concerne moins les cas d'enlèvements vers des États d'Afrique du Nord[125] où le père représente le parent ravisseur dans 58,6% des cas et la mère dans 36,2% des cas. Dans la grande majorité, c'est le parent « *primary caretaker* » qui est le parent ravisseur (75% des cas)[126]. La mère ravisseuse est la « *primary caretaker* » ou l'une des « *primary caretakers* » dans 89% des cas[127].

À propos des destinations privilégiées, on constate que les enlèvements depuis la Belgique concernent principalement des États de l'Union européenne (52,7%), d'Afrique du Nord (12,6%) et dans d'autres États d'Europe (7,6%)[128]. Le reste des cas se divisent entre l'Asie (5,6%) le Moyen-Orient (5,4%) et l'Amérique latine (5%). Une majorité des cas d'enlèvements (58%) concerne l'État d'origine ou de nationalité du parent ravisseur. Dans le reste des cas la

[123] FASS Paula S., *Children of a new world: society, culture, and globalization*, New York, New York University Press, 2007, p. 142.
[124] VAN LOON Hans, « Mondialisation, enlèvements d'enfants, droit d'hébergement et maintien des contacts », *Journal du droit des jeunes*, vol. 201, nº 1, 2001, p. 19.
[125] Sont compris sous cette appellation l'Algérie, l'Égypte, la Libye, le Maroc, le Soudan et la Tunisie.
[126] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.*, p. 84.
[127] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.* pp. 84-85.
[128] *Ibid.*, p. 95.

destination de l'enlèvement ne présent et pas de liens avec l'origine ou la nationalité du parent ravisseur[129].

Ce bref panorama statistique nous permet de prendre la mesure quantitative et de saisir les caractéristiques qualitatives sommaires de l'enlèvement parental international en Belgique. Deux points significatifs ressortent en particulier : la faible judiciarisation du litige, le caractère stable et majoritairement intra-européen du phénomène ainsi que la propension à passer à l'acte des mères et des personnes qui prennent soin de l'enfant. Le plus important de ces points réside à n'en pas douter dans le faible degré de judiciarisation du phénomène malgré l'important arsenal juridique mis en place par les États membres de la CLah80 et de l'Union européenne. Seule une minorité de cas d'enlèvements d'enfants atteignent en effet la phase judiciaire à proprement parler, et les dossiers ouverts semblent se clôturer prioritairement par une forme amiable ou négociée, ou par un abandon de la part des justiciables. En réalité, peu d'informations sont disponibles concernant ces cas qui excèdent le cadre judiciaire *stricto sensu* et les réalités diverses qu'ils recouvrent.

En second lieu, on peut retenir que la grande majorité des enlèvements d'enfants belges concernent des cas européens – particulièrement les États limitrophes – principalement depuis la Belgique vers l'étranger, et que le nombre d'enlèvements semble rester stable au cours du temps (du moins depuis la ratification de la Belgique à la CLaH80) pour une moyenne d'environ 140 cas par an pour la dernière décennie. De manière générale, les cas conventionnés sont ultra-majoritaires en comparaison des cas hors Convention.

[129] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.* p. 102.

3 Le contexte de l'enlèvement parental international : la transnationalisation du droit familial

À présent que le cadre juridique et les tendances statistiques ont été explorés, il convient de s'attarder un instant sur le contexte du litige. En effet, nous avons acté dans l'introduction de cette thèse la nécessité d'une compréhension sociologique des idées juridiques, foncièrement interdisciplinaire et toujours relative à un *contexte social explicité* (cf. *supra*, introduction, 5). La régulation de l'enlèvement parental international et les enjeux de confiance qui en découlent ne peuvent dès lors être compris dans leur pleine complexité sans être ramenés à une des transformations majeures du droit : sa transnationalisation.

Il nous semble en effet important de prendre la mesure des transformations du droit qu'expriment les pratiques encadrant l'enlèvement parental international, et de se munir d'un concept descriptif qui puisse permettre de situer au mieux le rôle que joue la confiance dans ces transformations. Nous montrerons d'abord l'intérêt de l'usage de la notion de transnationalisation du droit familial (3.1), pour questionner ensuite la signification de la relative absence de cette dernière dans la littérature existante (3.2), pour en développer enfin une caractérisation selon trois traits principaux, à savoir la réticularisation, la privatisation et la procéduralisation du droit (3.3). Nous conclurons en montrant que la confiance se situe au cœur de la transnationalisation du droit familial, et que son appréhension empirique par l'intermédiaire des points de vue des juges et des médiateurs, permettra d'en saisir le rôle, tant en ce qui concerne la coopération judiciaire que la régulation de la sphère familiale (4).

3.1 De l'intérêt de la transnationalisation du droit familial

Le premier pas de notre analyse consiste à se démarquer des études de droit international privé, de la focalisation stricte sur ses références et ses instruments, pour appréhender le contexte juridique de l'enlèvement parental international d'un point de vue proprement sociologique. Ce déplacement de focale vis-à-vis des études de droit international (et du terme lui-même pour décrire les instruments et pratiques d'encadrement juridiques) découle de notre volonté de mobiliser une compréhension sociologique du droit et non une analyse de doctrine ou de science juridique. Elle est nécessaire lorsque le regard du chercheur désire se détacher du droit des livres

(*law in the books*) pour appréhender le droit en action (*law in action*)[130]. Et, pour le dire avec J. Commaille, « ce choix s'impose d'autant plus que le décalage entre ce que dit le droit et ce qu'il fait est accentué, exacerbé en relation avec une remise en question du territoire consacré de l'État »[131]. L'idée est alors d'élargir l'agenda de recherche à une approche interdisciplinaire d'un phénomène social qui dépasse les positions classiques des études en droit international (privé ou public d'ailleurs) afin d'appréhender les effets de la globalisation sur la sphère juridique. Dans l'optique d'une compréhension *sociologique* de l'enlèvement parental international, au sens où nous l'avons développé dans la section précédente, la démarcation en tant que telle d'une conception juridique du droit international présente à elle seule une vertu heuristique. De manière plus précise, il est nécessaire, compte tenu des transformations contemporaines du droit, de se tourner vers un concept descriptif qui soit plus à même d'en saisir trois évolutions principales : la réticularisation, la privatisation et la procéduralisation du droit.

S'il est clair que les études de droit international privé présentent des insuffisances pour notre entreprise interdisciplinaire, il convient à présent d'élire et de définir un concept descriptif des mutations du droit qui puisse satisfaire à nos ambitions. Puisqu'il s'agit de désigner, dans le cas du droit familial, un processus émergent[132], il est indiqué de recourir à un substantif dont le suffixe réfère à une action, à un processus. Première remarque préliminaire donc : nous ne comparerons que des termes qui indiquent un mouvement, au détriment de substantifs renvoyant à un état de fait achevé et fixe : nous ne discuterons pas du droit *transnational*, *global* ou *mondial* qui renverrait à un ordre juridique accompli ou unifié, puisque nous en réfutons l'existence, à plus forte raison en matière familiale. Il s'agit donc bien plus de déceler les signes d'un processus émergent, d'informer les efforts de dépassement des frontières de l'État-nation, de déceler ce qui se joue dans la constitution de communautés transnationales autour de l'enlèvement parental international. Nous souscrivons en ce sens à l'approche *réaliste* empiriquement attentive proposée par J. Allard et A. Garapon, selon laquelle la globalisation

[130] NELKEN David, « Law in Action or Living Law-Back to the Beginning in Sociology of Law », *Legal Studies*, vol. 4, nº 2, 1984, p. 157-174.
[131] COMMAILLE Jacques, *A quoi nous sert le droit?*, *op. cit.*, p. 210.
[132] DE MUNCK Jean, « L'enfant en pyjama sur Global Airlines », dans Christine GUY-ECABERT et Élisabeth VOLCKRICK (dir.), *Enlèvement parental international d'enfants. Saisir le juge ou s'engager dans la médiation?*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 237.

de la justice « n'implique ni ne préfigure un système juridique universel ou un nouvel ordre mondial […] »[133].

Plusieurs alternatives notionnelles se présentent, parmi lesquelles la globalisation, la transnationalisation et la mondialisation figurent en première ligne. Distinguer – et montrer l'avantage comparatif de – la transnationalisation par rapport aux concepts connexes que sont la globalisation, la mondialisation et l'internationalisation représente une tâche ardue, mais il est scientifiquement pertinent de clarifier ces concepts dès l'entame de notre recherche. De manière générale le droit transnational est largement commenté, mais rarement défini avec rigueur et précision[134]. Les notions de transnationalisation, globalisation et mondialisation sont utilisées par certains auteurs de manière équivalente tandis que chacune de ces notions fait l'objet de multiples définitions en fonction des champs de recherches dans lesquelles elles s'insèrent. Préciser les termes du débat s'avère alors crucial, et nous plaiderons ici pour l'usage de la notion de transnationalisation au détriment des notions voisines de globalisation, de mondialisation et d'internationalisation. Nous baliserons précisément dans cette section ce que nous entendons par la transnationalisation du droit familial, et ce qu'elle peut apporter au regard de notre problématique de la confiance.

Le premier candidat qui doit être écarté est la mondialisation : deux raisons principales y invitent. D'une part, si la « mondialisation » représente un terme francophone fort discuté (également concernant le droit)[135], il s'inscrit peu dans les débats anglophones sur la gouvernance globale. En effet, le concept de « *mundialization* » se voit relégué à l'arrière-plan des discussions en anglais au profit de la notion de « *globalization* », sans pour autant impliquer l'évaluation négative du processus que connote son usage en français[136]. D'autre part, un second désavantage de la notion de mondialisation tient dans la couleur sémantique du terme lui-même, remarque sui sera également valable pour la globalisation : afin de souscrire aux exigences d'une approche réaliste, il apparaît en effet que la notion de transnationalisation évite

[133] ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005. p. 9.
[134] R. COTTERRELL, « What Is Transnational Law? », *Law & Social Inquiry*, 2012, 500-524, p. 501.
[135] ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.* ; DELMAS-MARTY Mireille, *Le Relatif et l'Universel. Les forces imaginantes du droit vol. 1*, Paris, Éditions du Seuil, 2004.
[136] R. COTTERRELL, « Transnational Communities and the Concept of Law », *Ratio Juris*, mars 2008, p. 2. Par ailleurs mondialisation fait également référence à un "droit de la mondialisation", forme de droit instrumental qui organiserait la circulation des échanges économiques CHEVALLIER Jacques, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? », dans C. A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37-61.

sémantiquement les apories auxquelles les tenants de cette approche entendent paradoxalement échapper : globalisation et mondialisation évoquent le globe ou le monde comme références ultimes, renvoyant implicitement à l'élément téléologique qu'ils cherchent à évacuer : l'ordre global ou mondial qu'accomplirait en définitive ce mouvement. La transnationalisation, en revanche, évoque un processus empirique de tentative de dépassement des échelles de l'État-nation pour réguler des phénomènes qui traversent les frontières nationales. Ces éléments restent discernables dans le terme de *trans-nationalisation* alors qu'ils sont absents des deux termes voisins.

Le second prétendant, la globalisation, est plus délicat à écarter de front. La globalisation constitue un terme si discuté qu'il serait illusoire de tracer le contour exhaustif des débats qu'il suscite. Nous pouvons cependant opérer quelques précisions élémentaires qui servent notre analyse. Une première aporie sémantique a été déjà avancée dans le paragraphe précédent, invitant à opter pour une alternative. Mais c'est surtout en spécifiant le rapport entretenu entre transnationalisation et globalisation que nous pourrons clarifier la signification respective des deux concepts : nous considérerons la globalisation comme un processus social général, dépassant le domaine juridique. Nous opterons en ce sens pour une version large de la notion, servant uniquement d'arrière-plan analytique. Il s'agit alors, selon les termes de W. Van Rossum, d'un processus soulignant « *the increasing migration of people with its cultural assimilation and concomitant multiculturalization, the growing international flow of capital and economic exchange, and the increasing interdependence of states, social groups and networks of people and organizations* »[137]. À l'inverse, on peut dès lors se concentrer sur la transnationalisation du droit en tant qu'elle souligne les effets du phénomène social plus large de globalisation sur le champ du droit (familial dans notre cas). Plus précisément, en ce qui concerne les juges en particulier, il s'agira alors de saisir « l'ancrage partiel du global dans le national »[138], ainsi que les « processus d'accommodement »[139] différenciés de la transnationalisation du droit par les magistrats en fonction des cultures et des systèmes juridiques nationaux. Et ce, dans une optique qui considère le global et le national non pas comme deux dimensions mutuellement exclusives, mais bien plutôt l'État comme « un des

[137] W.M. VAN ROSSUM, « Resolving Multicultural Legal Cases: A Bottom Up Perspective on the Internationalization of Law », in J. KLABBERS et M. SELLERS (dir.), *The Internationalization of Law and Legal Education*, Netherlands, Springer, 2009, p. 113.
[138] SASSEN Saskia, *La globalisation. Une sociologie*, Gallimard., Paris, 2009, p. 50.
[139] *Ibid.*

domaines institutionnels stratégiques »[140] à partir duquel le développement de la globalisation est réalisé.

Si la transnationalisation du droit récolte nos faveurs du point de vue analytique, il faut à présent en déterminer le statut précis dans l'architecture de la réflexion proposée. Il s'agit *d'un outil sociologique descriptif* d'un contexte, qui influence la nature et la fonction attribuée au droit. Ce concept est particulièrement discuté dans le champ de recherche sur la gouvernance globale (*global governance studies*)[141], dont nous nous inspirerons pour tailler notre propre notion. Précisons donc d'emblée qu'il nous importe plus de nous outiller en termes descriptifs que de participer au champ de recherche sur la transnationalisation du droit. Le but de notre entreprise, rappelons-le, réside bien dans la compréhension sociologique de la confiance, d'en préciser les relations avec un droit familial en cours de transnationalisation.

3.2 L'introuvable transnationalisation du droit familial : ineptie conceptuelle ou désintérêt de recherche ?

La transnationalisation du droit et le droit transnational préoccupent les chercheurs depuis la première conceptualisation de la notion par P. Jessup en 1956[142]. Depuis lors, celle-ci a été mobilisée dans l'analyse d'une telle variété de thématiques que l'on considère aujourd'hui que ces réflexions constituent un champ d'études autonome. Pour beaucoup, l'heure semble être au bilan, puisque nombre d'auteurs proposent de lister rétrospectivement les branches du droit ayant été étudiées dans ce champ de recherche au fil des décennies[143] :

---

[140] *Ibid.*, p. 52.

[141] Voir certaines contributions représentatives du champ d'étude : WHYTOCK Christopher A., « Conflict of laws, global governance, and transnational legal order », *UC Irvine J. Int'l Transnat'l & Comp. L.*, vol. 1, 2016, p. 117-140 ; ABBOTT Kenneth W. et SNIDAL Duncan, « Hard and soft law in international governance », *International organization*, vol. 54, nº 3, 2000, p. 421–456 ; WHYTOCK Christopher, « Faith and scepticism in private international law: Trust, governance, politics, and foreign judgments », *Erasmus L. Rev.*, vol. 7, 2014, p. 113-124 ; SHAFFER Gregory C. et POLLACKT Mark A., « Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance », vol. 94, nº 3, 2010, p. 706-799 ; RILES Annelise, « The anti-network: Private global governance, legal knowledge, and the legitimacy of the state », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, nº 3, 2008, p. 605–630 ; SCOTT Colin, *Regulation in the age of governance: The rise of the post regulatory state*, Edward Elgar Publishing, 2004 ; STONE SWEET Alec, « The new *Lex Mercatoria* and transnational governance », *Journal of European Public Policy*, vol. 13, nº 5, 2006, p. 627-646 ; WHYTOCK Christopher A., « Transnational Judicial Governance », *John's J. Int'l & Comp. L.*, vol. 2, 2012, p. 55 ; ZUMBANSEN Peer, « Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance and Legal Pluralism », dans Gunther HANDL, Joachim ZEKOLL et Peer ZUMBANSEN (dir.), *Beyond Territoriality*, Nijhoff, Brill, 2012, p. 53-86.

[142] JESSUP Phillip, *Transnational law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

[143] Pour quelques exemples parmi tant d'autres : P. ZUMBANSEN, « Transnational Law », *Comparative Research in Law & Political Economy, Research Paper*, 2008, p. 738-754 ; H.H. KOH, « Why Transnational Law Matters »,

> « *The list could include international human rights law, international criminal law, international trade law, international financial law, international environmental law, Internet regulation, international commercial arbitration practice and the transnational regulation of merchant communities (lex mercatoria), EU law, the law of the World Trade Organization, private self-regulation in transnational industries, and transnational corporate governance codes or principles* »[144].

Bien que cet inventaire à la Prévert soit devenu un lieu commun des préambules d'articles sur le droit transnational, il est interpellant de constater qu'il n'est pratiquement jamais fait mention de la matière familiale[145]. Ce constat interroge sur le sens de cette absence : est-ce parce que le droit familial ne présente pas les caractéristiques d'un droit en cours de transnationalisation, de sorte qu'il serait exagéré d'y appliquer le concept, ou s'agit-il plutôt d'un désintérêt des chercheurs mobilisés sur la question de la transnationalisation du droit et de la gouvernance globale face à la question familiale ? Autrement dit, est-ce un point aveugle de la recherche ou un objet juridique qui ne satisfait pas aux critères définitionnels de la transnationalisation ?

En un sens, il n'est pas surprenant que les chercheurs intéressés par la transnationalisation du droit soient réticents à s'emparer de la matière familiale, étant donné que cette dernière est régulée par excellence par les droits nationaux et fortement ancrée dans les histoires et cultures particulières des États – le contrôle des valeurs et des droits familiaux constituant d'ailleurs une forme d'expression de souveraineté nationale[146]. Cependant, l'intégralité de cette section s'attèlera à montrer que le droit de la famille est en cours de transnationalisation, et qu'il *gagne à être pensé comme tel*.

La littérature sociologique fait de plus en plus mention des « familles transnationales »[147]. En revanche, les réflexions de M. Harding dans son article « *Does Transnational Family Law*

Penn State International Law Review, 2006, p. 745 ; R. COTTERRELL, « What Is Transnational Law? », *op. cit.* pp 500-501.

[144] COTTERRELL Roger, « What Is Transnational Law? », *op. cit.*, p. 502.

[145] Une unique tentative interrogeant la notion de droit familial transnational existe cependant, que nous discuterons plus bas : HARDING Maebh, « Does Transnational Family Law Exist? Should Adult Relationships be Freed from National Protective Norms? », dans Paulius JURČYS, Poul F. KJAER et Ren YATSUNAMI (dir.), *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Nijhoff, Brill, 2013, p. 263-280.

[146] *Ibid.* p. 263.

[147] BALDASSAR Loretta, KILKEY Majella, MERLA Laura et WILDING Raelene, « Transnational families », dans Judith TREAS, Jacqueline SCOTT et Martin RICHARDS (dir.), *The Wiley Blackwell companion to the sociology of families*, Wiley-Blackwell, 2014, p. 155–175 ; MERLA Laura, « Salvadoran migrants in Australia: An analysis of transnational families' capability to care across borders », *International Migration*, vol. 53, nº 6, 2015, p. 153–165 ; BALDASSAR Loretta, NEDELCU Mihaela, MERLA Laura et WILDING Raelene, « ICT-based co-presence in transnational families and communities: challenging the premise of face-to-face proximity in sustaining relationships », *Global Networks*, vol. 16, nº 2, 2016, p. 133-144 ; KILKEY Majella et MERLA Laura, « Situating

Exist? »[148], représentent *l'unique* travail – à notre connaissance – qui discute l'existence d'un droit familial transnational. Il fera office de point d'ancrage pour notre propos. Ce premier balisage d'un possible droit transnational familial présente des vertus et des limites – que nous aimerions toutes deux passer en revue ici.

Si nous souscrivons au diagnostic de M. Harding, selon lequel nous assisterions aux débuts d'une transnationalisation du droit familial, nous ne pouvons cependant la suivre concernant la manière dont ce processus prend forme. En effet, pour cette dernière, la transnationalisation du droit (spécialement concernant le mariage, le divorce et les aliments) opère à travers *l'harmonisation* progressive du droit européen, ou, plus précisément, par l'interstice ouvert par la constitutionnalisation du droit à l'autonomie des parties, uniquement limitée par les exceptions d'ordre public national (en matière de reconnaissance de mariage, divorce, droits de garde et visites)[149]. Dans cette optique, la transnationalisation du droit familial n'est concevable, pour M. Harding, qu'à travers la délégation du choix du droit national applicable aux parties : ce sont elles qui ont la main et peuvent faire leur marché judiciaire européen afin de piocher la norme étatique qui leur convient le mieux (pensons par exemple à un « *lightning divorce* » en Suède pour des Irlandais qui se plieraient à des règles bien plus strictes en la matière dans leur juridiction nationale). Selon ce point de vue, il est donc nécessaire qu'une forme minimale de *forum shopping* judiciaire soit disponible aux parties pour qu'opère le processus de transnationalisation du droit du droit familial. De manière plus précise, il s'agit dès lors d'un processus qui implique l'effectivité d'une marge de manœuvre laissée aux parties concernant le choix de juridiction et de loi applicable, c'est-à-dire également du choix de se faire juger en fonction des valeurs et des règles dont ils se sentent les plus proches ou qui sont bénéfiques à leurs intérêts. L'essentiel est ici de saisir que pour M. Harding, c'est à travers la

transnational families' care-giving arrangements: the role of institutional contexts », *Global Networks*, vol. 14, nº 2, 2014, p. 210–229 ; MERLA Laura, « A macro perspective on transnational families and care circulation: situating capacity, obligation, and family commitments », dans Loretta BALDASSAR et Laura MERLA (dir.), *Transnational Families, Migration and the Circulation of Care: understanding mobility and absence in family life*, New York and Abingdon, Routledge, 2014, p. 115-129 ; PARREÑAS Rhacel, « Long distance intimacy: class, gender and intergenerational relations between mothers and children in Filipino transnational families », *Global networks*, vol. 5, nº 4, 2005, p. 317–336 ; PARREÑAS Rhacel Salazar, « Mothering from a distance: Emotions, gender, and intergenerational relations in Filipino transnational families », *Feminist studies*, vol. 27, nº 2, 2001, p. 361–390 ; SKRBIŠ Zlatko, « Transnational families: Theorising migration, emotions and belonging », *Journal of intercultural studies*, vol. 29, nº 3, 2008, p. 231–246 ; DE HART B. et VAN ROSSUM W. (dir.), « Law in the Everyday Lives of Transnational Families », *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 3, nº 6, 2013 ; VON BENDA-BECKMANN Franz et VON BENDA-BECKMANN KEEBET, *Mobile people, mobile law: Expanding legal relations in a contracting world.*, Routledge., New York, 2017.

[148] HARDING Maebh, « Does Transnational Family Law Exist? », *op. cit.*

[149] *Ibid.* p.270.

constitutionnalisation de l'autonomie des parties comme méta-valeur européenne que se présage la progressive unification d'un droit proprement transnational en matière familiale : « *the beginnings of transnational law are seen where nation states have left matters to party autonomy and this is respected by other nation states* »[150].

En contraste, rappelons que l'encadrement de l'enlèvement parental international procède par la volonté même de rendre impossible la mise en place d'un *forum shopping* judiciaire international découlant d'une voie de fait – un déplacement illicite d'enfant. En d'autres termes, la Convention de La Haye de 1980 cherche explicitement à ne laisser aucune marge d'autonomie aux parties dans la définition du droit applicable ou dans le choix de la juridiction compétente. C'est uniquement au juge qu'il revient de trancher en la matière. En évacuant les enjeux de fond tels que la définition du lieu de résidence, les droits de garde et de visite, les rédacteurs de l'instrument développent des règles de coordination et de coopération judiciaires plus qu'ils n'opèrent une délégation de pouvoir aux mains des parties concernant le droit applicable. Sans cette délégation, peut-on tout de même parler de transnationalisation du droit ?

Nous plaidons pour une réponse affirmative. Un décentrement temporaire de la question familiale permet de contextualiser l'entreprise de M. Harding au regard de la littérature sur la gouvernance globale. Une première définition temporaire (et juridico-centrée) peut être avancée afin de proposer une balise conceptuelle : seront considérées comme relevant de la transnationalisation du droit toutes formes de régulation d'activité transnationale, c'est-à-dire une activité ayant des connexions avec plus d'une nation, et, en conséquence, dont plus d'une nation se voit susceptible de disposer de l'autorité pour gouverner cette activité[151]. Par conséquent, analyser « qui gouverne » ces activités transnationales permet de sonder les diverses formes prises par la transnationalisation du droit familial.

> « *Generally speaking, there are three responses to this problem [of who governs transnational activities]. International law tries to transcend national legal systems by creating a single body of international legal rules to govern transnational activity and a system of international courts to adjudicate transnational disputes. Harmonization seeks convergence and ultimately uniformity of national laws, thereby reducing the salience of the "who governs?" question, but leaving application and enforcement of uniform laws to national legal institutions. […] a third*

[150] *Ibid.*, p. 280.
[151] C.A. WHYTOCK, « Conflict of laws, global governance, and transnational legal order », *UC Irvine J. Int'l Transnat'l & Comp. L.*, 2016, p. 118.

response: conflict of laws (also known as private international law). Conflict of laws embraces the role of national legal institutions in governing transnational activity (unlike international law's impulse), and it accepts cross-national legal diversity (unlike harmonization's impulse). Instead, conflict of laws responds by providing rules to help nations allocate governance authority among themselves »[152].

En posant ces trois réponses à la question de la gouvernance globale sur un pied d'égalité, comme trois idéaux-types de la transnationalisation du droit familial, nous désirons saisir cette question de manière élargie par rapport à la conception de M. Harding : il ne s'agit pas de se limiter aux formes de gouvernance misant sur une harmonisation substantielle des règles et des valeurs, mais également de prendre en compte les mécanismes procéduraux d'allocation des ressources d'autorité nationale en termes de conflits de juridictions et de droits. C'est dire qu'élargir la notion de transnationalisation du droit familial à des litiges de droit international privé n'accordant aucune autonomie aux parties en termes de lois applicables permet d'investiguer d'autres aspects de la transnationalisation du droit familial, ne passant non plus par une délégation de pouvoir « verticale » du droit (et du juge) aux parties, mais bien uniquement par une délégation de pouvoir « horizontale » entre magistrats représentants de deux États[153]. Dès lors, ce mode de régulation, bien que plaçant le curseur de résolution du problème de la gouvernance des activités transnationale du côté procédural du continuum, participe néanmoins de la transnationalisation du droit familial.

Bien que ces considérations permettent de saisir que la transnationalisation du droit familial comprend diverses formes de réponse aux problèmes posés par la gouvernance des activités transnationales familiales, cette version reste trop restreinte pour nos desseins de *compréhension sociologique* de l'encadrement juridique des litiges familiaux transfrontières. Nous devons aller plus loin, façonner une définition non seulement juridique, mais aussi, sinon d'abord, sociologique de la transnationalisation du droit familial afin d'en tirer les bénéfices analytiques et descriptifs mentionnés précédemment.

Le champ familial paraissant vierge de toute définition de la transnationalisation du droit, on peut en quelque sorte considérer que la voie est libre pour forger une définition autonome, bien qu'évidemment inspirée des réflexions issues des travaux sur la transnationalisation des autres

[152] *Ibid.*
[153] Comme nous l'avons vu en effet (cf. *supra*, première partie, chapitre I, 1.2), l'encadrement juridique de l'enlèvement parental cherche justement à rendre toute forme de *forum shopping* judiciaire impossible.

branches du droit. Notre définition, pour accomplir sa mission descriptive, doit pouvoir englober trois facettes du phénomène : un, la prise en compte de *réseaux formant des communautés transnationales*, incluant à la fois le dialogue (direct et indirect) des juges et la réticularisation de la magistrature et des médiateurs[154] ; deux, acter l'effacement progressif de pertinence de la distinction public/privé, et donc proposer l'appréhension conjointe du droit et des acteurs publics et privé ; trois, la montée en puissance de formes juridiques « molles » (*soft law*) et dé-formalisées[155], donc la prise en compte de l'émergence de la médiation familiale internationale comme faisant partie intégrante de la transnationalisation du droit familial.

L'essentiel pour nous sera de pouvoir appréhender les deux figures de tiers que sont les juges et médiateurs comme participant effectivement à la transnationalisation du droit familial selon un double aspect : d'une part, il s'agit effectivement d'organiser fonctionnellement la coordination entre États, c'est-à-dire épouser « les évolutions du monde et adopter un droit plus mobile quand les objets le deviennent »[156]. Ce seront alors les juges qui nous intéresseront au premier chef. D'autre part, il s'agit de réguler un objet particulier, qui n'est pas simplement transfrontière, mais qui est également *familial*, et relève de la sphère *privée*. Ce seront les médiateurs qui incarneront la figure centrale sous cet aspect. Notre investigation du rôle de la confiance dans la transnationalisation du droit familial doit donc prendre en compte ces deux dimensions, consubstantielles à notre objet, puisqu'il s'agira à la fois de coordonner l'action judiciaire entre États mais aussi de développer un mode d'intervention sur le litige qui corresponde aux exigences de l'objet à réguler – au premier titre desquelles le *maintien* des liens parentaux après la rupture conjugale, particulièrement avec l'enfant. En termes de confiance, la notion de transnationalisation du droit familial à laquelle nous souscrirons permettra de référer à la fois au dépassement des frontières de la nation et au mode d'intervention étatique dans la sphère privée.

---

[154] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 44, nº 1, 2000, p. 64 ; ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*, p. 25.

[155] PAPAUX Alain, « Aux sources du droit : L'autorité et la ruse », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, nº 1, 2013, p. 207-223 ; HACHEZ Isabelle, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, nº 2, 2010, p. 1-64 ; ABBOTT Kenneth W. et SNIDAL Duncan, « Hard and soft law in international governance », *op. cit.*

[156] ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*, p. 29.

3.3 La transnationalisation du droit familial : un droit en réseau

En premier lieu donc, la transnationalisation du droit familial invite à appréhender sa mise en réseau. En effet, les réseaux formant des communautés transnationales s'imposent progressivement comme des lieux de production, de conceptualisation et d'application du droit qui coexistent avec les lieux et les modes d'organisation classiques du droit étatique[157]. On peut développer ce point en deux temps : dans un premier temps, il s'agit de tracer un mouvement de *mise en réseau*, qui change la structure même de l'organisation juridique d'un modèle pyramidal à un modèle réticulaire[158] ; dans un second temps, il s'agit de montrer que ces réseaux forment des *communautés* transnationales, qui se basent non plus prioritairement sur des appartenances spatiales ou territoriales, mais bien sûr des appartenances liées à la présomption d'un partage d'intérêts, de normes et de valeurs[159].

La mise en réseau du droit a été étudiée par F. Ost et M. van de Kerchove dans une contribution importante à la théorie du droit, qui souligne le passage du modèle juridique hiérarchique de la pyramide au modèle, plus enchevêtré et complexe, du réseau[160]. Le modèle juridique pyramidal est basé sur la hiérarchie stricte entre les types de normes, au sommet desquelles trône la loi, et sur la répartition des compétences entre les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires, répartition qui donne la place la plus importante au législateur, en vertu de sa représentativité du peuple par le pouvoir constituant du parlementaire. Si ce modèle était déjà miné de l'intérieur, entre autres par le caractère interprétatif de l'application de la loi entraînant inévitablement une récursivité affectant la norme de base, certaines transformations majeures accélèrent la caducité de ce modèle juridique et motivent les auteurs à proposer le modèle du réseau, plus adapté une théorisation du droit en accord avec ses caractéristiques contemporaines. Parmi ces aspects, retenons l'érosion de la souveraineté du législateur, la montée en puissance du pouvoir judiciaire, la fragmentation du pouvoir réglementaire et une prégnance accrue des personnes privées dans la régulation particulière de sphères d'activités professionnelles de plus en plus spécialisées[161]. Dans le cas de l'enlèvement parental international, il est clair que se constitue autour de ce litige hautement spécialisé un réseau de professionnels issus de diverses disciplines – principalement juridiques et psychologiques – et

[157] COTTERRELL Roger, « Transnational Communities and the Concept of Law », *op. cit.*
[158] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « De la pyramide au réseau ? », *op. cit.*
[159] BERMAN Paul Schiff, « From International Law to Law and Globalization », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, nº 2, 2005, p. 516.
[160] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « De la pyramide au réseau ? », *op. cit.*
[161] *Ibid.*, p. 73.

appartenant à de multiples États[162]. Rassemblés non pas par l'appartenance à une nation ou par des affinités interpersonnelles, ces individus sont avant tout regroupés par un problème spécifique transfrontière et sa régulation[163].

Acter la prégnance et la pertinence de la constitution de réseaux transnationaux sous forme de communautés offre un ancrage heuristique fécond pour discuter des transformations juridiques contemporaines. Comme le souligne, R. Cotterrell :

> « *[…] an attempt has been made to try to avoid large, perhaps intractable, conceptual issues surrounding globalization by referring to diverse communities as social sites of law and regulation or even as sources of (moral) legitimacy for this regulation. I also want to suggest that an idea of communities or, more precisely, networks of community as the basis of regulatory systems, aspirations, or problems, may point towards productive ways of conceptualising law in the context of transnational regulatory regimes* »[164].

Le recours à la notion de communauté comme unité sociale du droit en cours de transnationalisation nous semble pertinent, mais nous ne souscrivons pas exactement à la définition proposée par l'auteur : *« by community I mean the existence of relatively stable social relations, where this stability comes from mutual interpersonal trust between those involved in such relations* »[165]. On décèle aisément que la notion de confiance est au fondement même de la définition des réseaux formant une communauté transnationale chez R. Cotterrell. Cependant, cette notion reste à la fois restreinte et superficielle. Il s'agit ici d'une conceptualisation pauvre de la confiance, unidimensionnelle, passant uniquement par le biais de relation *interpersonnelles* impliquant l'ordre de l'interaction en face à face et une source de confiance basée sur l'expérience[166]. Ceci revient à évacuer toute forme confiance institutionnelle comme fondement de mise en réseaux, voire de constitution d'une communauté transnationale, ce qui nous paraît hautement problématique étant donné que la modernité, et à plus forte raison, la

[162] À ce stade-ci nous ne caractériserons pas les communautés plus en détail, puisque les dynamiques concernant les magistrats et les médiateurs se distinguent et que nous creuserons ces distinctions dans les chapitres subséquents, qui seront consacrés à l'étude de ces professionnels. Il va sans dire que l'on pourrait qualifier ces communautés, d'intérêts, de valeurs, de confiance – comme nous le discuterons en aval (cf. *infra*, première partie, chapitre II, 2.4).

[163] En ce sens, on peut trouver un sentiment d'appartenance et d'affinité plus grand entre deux magistrats d'États différents qui assistent à une Commission de Spéciale à la Conférence de La Haye qu'entre deux magistrats issus d'un même État.

[164] COTTERRELL Roger, « Transnational Communities and the Concept of Law », *op. cit.*, p. 12.

[165] *Ibid.*

[166] Nous verrons en effet qu'il existe divers types de confiance qu'il convient de distinguer, parmi lesquelles figurent la confiance interpersonnelle et institutionnelle (cf. *infra*, première partie, chapitre II, 2.4).

globalisation, se construisent précisément sur la dé-localisation des relations sociales et sur les engagements anonymes envers des systèmes et des individus qui sont la plupart du temps inconnus[167]. Il apparaît donc que bien que des communautés transnationales trouvent leurs fondations dans une confiance, la confiance à laquelle il est fait référence reste floue. L'objet de notre contribution sera justement d'affiner un concept de confiance à même de pleinement saisir dans toutes ses nuances le rôle que ce mécanisme social fondamental joue dans la constitution de ces communautés transnationales.

3.4 La transnationalisation du droit familial : une privatisation et une procéduralisation de la norme

Un autre aspect décisif de la transnationalisation du droit familial réside dans la montée en puissance des personnes privées, en marge et parfois au-dessus des pouvoirs publics. Certes, ce phénomène est plus fortement marqué dans des domaines tels que la *lex mercatoria* ou la régulation privée est beaucoup plus radicale au point que l'on a pu parler de « droit sans État »[168]. Cependant, la matière familiale n'est pas exempte de l'émergence de pouvoirs privés qui se constituent en parallèle et modifie de ce fait l'action étatique. Ce sera particulièrement le cas pour répondre à une différenciation fonctionnelle de la société, qui requiert une spécialisation de l'action de l'État sur des secteurs d'activité aussi particuliers que la famille, qui « appelle des régulations particulières dont les professionnels concernés sont les interprètes privilégiés »[169].

Un aspect essentiel de cette montée en puissance de la régulation privée de la famille se matérialise dans la progressive institutionnalisation de la médiation familiale internationale[170]. Acteurs privés constitués en réseaux transnationaux, les médiateurs tentent de mettre en œuvre une professionnalisation de la pratique à l'échelle européenne et mondiale, et tentent également de s'insérer dans les niches du droit afin, en partie, de se constituer un public de médiation (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 2.2). Ces développements sont soutenus, bien que de manière relative, par les autorités étatiques, mais également par des organisations internationales telles que la Conférence de La Haye de droit international privé. Comme nous le verrons dans la suite de cette thèse (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 2), les insuffisances d'un droit

[167] GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan., Paris, 1994.
[168] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « De la pyramide au réseau ? », *op. cit.*, p. 77.
[169] *Ibid.*, p. 74.
[170] MARTIN Claude et COMMAILLE Jacques, « La repolitisation de la famille contemporaine », *Comprendre - Revue annuelle de philosophie et de sciences sociales*, vol. 2, 2001, p. 133.

international privé sur le modèle du *conflict of laws*, invitent à renforcer l'efficacité et la légitimité de l'action des États par le recours à ces modes de *private legal ordering*[171]. En effet, l'action des médiateurs, plus sensible à la situation et au contexte propres à un cas particulier, privilégiera la régulation de l'autorégulation de la sphère privée à une intervention étatique directe. Cela renvoie dès lors à un aspect décisif de l'action légitime de l'État, selon lequel le bénéficiaire « n'est plus seulement le destinataire de la norme ni sa docile cheville ouvrière. Il s'agit […] de l'associer d'une manière ou d'une autre à la formation de la norme, le convaincre de participer à l'élaboration de celle-ci parce qu'il peut contribuer à la rendre plus désirable et efficace »[172] (cf. également *infra*, dans cette section).

Pour saisir l'état d'avancement de la privatisation de la production et de l'application des normes juridiques, il est intéressant de s'outiller des distinctions analytiques proposées par F. Ost et M. van de Kerchove. Ceux-ci proposent trois modèles d'analyse qui expriment une progressive montée en puissance des pouvoirs privés dans la régulation, et, partant, une distanciation progressive du modèle de la pyramide vers celle du réseau.

Le premier modèle analytique représente un simple aménagement du paradigme classique :

> « le pouvoir normatif des personnes privées ne cesserait pas de s'inscrire dans un cadre hiérarchique préétabli : même si le cadre se dote de divers échelons internationaux supplémentaires (Europe, société internationale) et même si les pouvoirs privés sont associés à l'élaboration du contenu des normes générales, ce sera toujours en fonction d'une habilitation légale, de sorte que les pouvoirs publics ne perdent ni l'initiative formelle de la production normative ni le monopole de la juridicité, sous la forme notamment de la capacité de contraindre le débiteur de l'obligation à l'exécution forcée de celle-ci »[173].

Le second modèle ménage un espace plus important à l'autonomie des pouvoirs privés, sans pour autant en exclure toute régulation étatique. « Avisé des limites de ses politiques interventionnistes dans le jeu de sous-systèmes de plus en plus différenciés et évolutifs (l'économie, les marchés financiers, le monde scolaire, la santé publique…), renonçant donc au contrôle direct par la méthode de 'commande et contrôle', mais ne s'accommodant pas de l'autogestion absolue de ces divers secteurs, l'État se fait, dit-on, 'réflexif' ou 'procédural' »[174].

[171] DE MUNCK Jean, « L'enfant en pyjama sur Global Airlines », *op. cit.*, p. 235.
[172] PITSEYS John, « Le concept de gouvernance », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, nº 2, 2010, p. 220.
[173] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « De la pyramide au réseau ? », *op. cit.*, p. 74-75.
[174] *Ibid.*, p. 75.

Un troisième modèle d'analyse permet de rendre compte de phénomènes d'autorégulation nettement plus radicaux : « il s'agirait cette fois de prendre acte de l'émergence d'un 'droit sans État', d'une régulation privée située en dehors de la hiérarchie des normes juridiques, au-delà des ordres juridiques nationaux et du droit des gens traditionnel »[175].

En ce qui concerne la médiation familiale internationale, comme nous l'approfondirons dans le dernier chapitre de ce travail, on peut avancer qu'elle se situe à mi-chemin entre le premier et le second modèle : d'une part, la médiation reste hautement dépendante du droit en raison de la nécessaire homologation des accords de médiation par un juge afin qu'ils disposent d'une force exécutoire à l'étranger (cf. *infra,* deuxième partie, chapitre II, 2.3) ; d'autre part, la médiation familiale internationale emprunte au second modèle en ce qu'elle entend combler les insuffisances d'un droit étatique, œuvrant comme complément réflexif à l'institution judiciaire (cf. *infra,* deuxième partie, chapitre II, 2.2).

C'est dire que ce qui se joue également dans la transnationalisation du droit familial, c'est le mode d'intervention de l'État, son rôle et les rapports entretenus entre droit et État. Il s'agit alors d'étudier un mouvement plus large de déformalisation du droit, mais également d'une transformation des modes d'action de l'État qui délaisse le contrôle hiérarchique, autoritaire et vertical, pour privilégier des modes d'action plus latéraux et flexibles[176]. La déformalisation de la norme implique également qu'elle se désubstantialise, en ce sens qu'elle ne fixe plus *a priori* un plan d'action concertée, qu'elle s'écarte du mode d'action de l'État planificateur pour se tourner vers ce qui a été parfois nommé l'État réflexif, ou l'État situé : dès lors, « ce ne sont plus que les normes qui déterminent ce que doit être une situation, c'est aussi une situation qui détermine ce que doit être la norme »[177]. Il y a un apprentissage permanent, dont l'imprévisibilité en termes de résultat est d'autant plus marquée que ce sont des normes imprécises et souples qui s'appliquent en contexte, sous forme de principes (tel que celui de l'intérêt supérieur de l'enfant) ou de standards, au détriment de règles précises applicables *a priori*, sans égard à la situation particulière. Bref, il s'agit d'une transformation à la fois du mode d'intervention étatique et de la nature des normes juridique qui se joue dans ce mouvement général de *procéduralisation* du droit.

---

[175] *Ibid.,* p. 77.
[176] DE MUNCK Jean, « De la loi à la médiation », dans Pierre ROSANVALLON et AL. (dir.), *France : les révolutions invisibles*, Calmann-Lévy., 1998, p. 313.
[177] *Ibid.*

Ceci n'est bien évidemment pas sans incidence sur les caractéristiques des normes juridiques, dont on voit apparaître un éventail de possibilités normatives, allant du droit le plus dur (*hard law*) au droit le plus souple (*soft law*). Si les notions de *hard law* et *soft law* ne font pas l'unanimité quant à leurs définitions[178], on peut néanmoins se reposer sur la contribution intéressante de K.W. Abbot et D. Snidal, qui s'extrait d'une approche dichotomique entre droit dur et droit mou, considérant qu'il existe un continuum entre ces deux pôles[179]. Ce continuum se structure selon trois dimensions de la norme, afin d'en caractériser la relative *softness* ou *hardness* : la *précision* de la norme, *l'obligation* de la norme (son caractère contraignant) et la *délégation* de la norme (à un acteur tiers que l'État)[180]. Ces auteurs proposent, à partir de ces critères, une définition résiduelle du « droit souple » : il s'agit de toute norme qui n'est pas à la fois précise, obligatoire et strictement étatique[181]. Le cas de la médiation est une illustration parfaite d'une forme de *soft law* œuvrant en complément du droit international privé, puisqu'il s'agit d'un droit basé sur des principes imprécis, un processus volontaire dont le statut de l'accord peut-être plus ou moins contraignant (peu obligatoire), et dont l'action est bien évidemment déléguée à des réseaux privés de médiateurs (délégation marquée).

On peut dès lors avancer que la transformation du rôle de l'État, dans le mouvement de transnationalisation du droit en matière familiale, relève d'une double dynamique : d'une part, la nécessité d'accompagner des individus de plus en plus mobiles oblige l'État à coordonner son action à l'extérieur de ses frontières et à mettre en œuvre un principe de confiance mutuelle entre États. S'avèrent ici essentiels les mécanismes de réticularisation et de procéduralisation de la norme ; d'autre part, dans l'espace domestique, le mode d'intervention étatique doit s'ingénier à une action latérale, procéduralisée et en contexte, déléguée à des spécialistes privés de la médiation, afin de permettre le maintien d'une relation entre les partenaires, et, idéalement de favoriser l'émergence d'une confiance interpersonnelle entre les parents, un des mécanismes d'autorégulation des familles contemporaines par excellence[182].

[178] Pour un aperçu de ces débats, voyez la contribution de SHAFFER Gregory C. et POLLACKT Mark A., « Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance », *op. cit.*, p. 712.
[179] ABBOTT Kenneth W. et SNIDAL Duncan, « Hard and soft law in international governance », *op. cit.*
[180] *Ibid.*, p. 423.
[181] *Ibid.*, p. 424.
[182] COHEN Jean L., *Regulating intimacy: a new legal paradigm*, Princeton, N.J, Princeton Univ. Press, 2002, p. 170.

Dès lors, la conjonction de la privatisation d'une partie de son action à la procéduralisation de cette dernière n'est pas sans rappeler l'idée de gouvernance[183], telle que définie par J. Pitseys :

> « La gouvernance est une technique de gestion sociale reposant sur la création d'une relation de confiance entre les différents partenaires du processus de décision politique. Cette relation de confiance doit faciliter la coopération entre les acteurs, simplifier leurs transactions, et rendre plus disponible l'accès aux connaissances et expériences des autres acteurs. Elle permet dès lors de produire une norme plus efficace, mais aussi plus effective puisque les acteurs y consentiraient plus facilement »[184].

On retrouve effectivement différents aspects que nous avons décidé de subsumer sous la notion de transnationalisation du droit familial, particulièrement à l'endroit des juges et des médiateurs, de manière conjointe : à la fois une manière de faciliter la coopération entre les acteurs de différents États (enjeu juridictionnel) et de réguler l'autorégulation des familles à travers leur consentement à participer à la production de la norme (enjeu interpersonnel). En effet, dans le cas de l'autorégulation, la gouvernance mobilise des instruments qui cherchent à « remplacer les mécanismes d'autorité par des processus visant à construire des relations de confiance – et par conséquent des engagements communs à agir – entre les acteurs »[185].

On le saisit donc, la confiance se loge au cœur des deux grands aspects de la transnationalisation du droit familial : le dépassement des frontières de la nation par la constitution de réseaux formant des communautés transnationales et l'action contextualisée et procéduralisée de l'État dans la sphère familiale.

[183] Cependant, nous ne nous aventurerons pas dans la discussion de la notion, qui fait appel à une littérature aussi abondante que floue, et la mobilisation du concept nous fait courir le risque de nous empêtrer dans la « gangue idéologique » entourant la question, jouant inextricablement sur le registre prescriptif et descriptif, cf. CHEVALLIER Jacques, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 105-106, n° 1, 2003, p. 204.
[184] PITSEYS John, « Le concept de gouvernance », *op. cit.*, p. 224.
[185] *Ibid.*, p. 221-222.

4 La confiance dans le contexte de la transnationalisation du droit familial

Il existe une littérature fournie sur les relations entre gouvernance et confiance[186], principalement en vertu de la place que joue la confiance dans la coopération et son rôle dans l'intégration européenne[187]. Cette littérature sur la transnationalisation du droit et le droit transnational atteste de l'importance de la notion de confiance dans le dépassement des frontières de la nation, et plus spécifiquement dans le cas du droit international privé. Comme le souligne, parmi d'autres auteurs, C. Whytock : « *Private international law may be a less ambitious form of global governance* [than harmonization and public law] *in the sense that it puts up with both decentralisation and diversity, but it is also more ambitious insofar as it relies on nations to trust each other's ability to appropriately govern transnational problems* »[188]. Cet extrait témoigne toutefois de deux lacunes qui traversent cette littérature : d'une part, la notion de confiance mobilisée reste *superficielle en termes théoriques* ; d'autre part, elle flotte dans une relative abstraction, se construisant entre les États sans jamais être le fait *d'acteurs sociaux situés dans un contexte social.*

Nous entendons pallier la première insuffisance par une théorisation sociologique solide de la notion de confiance, objet du prochain chapitre (cf. *infra*, première partie, chapitre II, 2), tandis qu'une réponse à la seconde lacune peut être trouvée dans la littérature qui se penche sur la figure du juge comme moteur particulièrement actif de la transnationalisation du droit[189]. En se

[186] WHYTOCK Christopher, « Faith and scepticism in private international law », *op. cit.* ; ZUMBANSEN Peer, « Defining the Space of Transnational Law », *op. cit.* ; COTTERRELL Roger, « Transnational Communities and the Concept of Law », *op. cit.* ; *Ibid.* ; BERMAN Paul Schiff, « From International Law to Law and Globalization », *op. cit.*

[187] MITSILEGAS Valsamis, « The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, nº 4, 2015, p. 457–480 ; MITSILEGAS Valsamis, « The limits of mutual trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: from automatic inter-state cooperation to the slow emergence of the individual », *Yearbook of European Law*, vol. 31, nº 1, 2012, p. 319–372 ; SCHWARZ Michael, « Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *European Law Journal*, vol. 24, nº 2-3, 2018, p. 124-141 ; WISCHMEYER Thomas, « European Union and the "Principle of Mutual Trust" », vol. 17, nº 3, 2016, p. 340-382 ; ANAGNOSTARAS Georgios, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldararu », *Common Market Law Review*, vol. 53, nº 6, 2016, p. 1675–1704 ; WILLEMS Auke, « Mutual Trust as a Term of Art in EU Criminal Law: Revealing its Hybrid Character », *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, nº 1, 2016, p. 211-249 ; VICINI Giulia, « The Dublin Regulation Between Strasbourg and Luxembourg: Re-Shaping Non-Refoulement in the Name of Mutual Trust? », *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, nº 2, 2015, p. 51-72 ; SULIMA Aleksandra, « The Normativity of The Principle of Mutual Trust Between EU Member States within the Emerging European Criminal Area », *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, vol. 3, nº 1, 2013, p. 72-89 ; KRAMER Xandra, « Cross Border Enforcement in the EU: Mutual Trust Versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure », *International Journal of Procedure Law*, vol. 1, nº 2, 2011, p. 202-230.

[188] C. WHYTOCK, « Faith and scepticism in private international law: Trust, governance, politics, and foreign judgments », *Erasmus L. Rev.*, 2014, p. 114.

[189] ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*

centrant sur les juges, il s'agit de penser la transnationalisation à partir de la perspective de ces acteurs à l'interface des États, plutôt que de s'appuyer sur une vision réifiée des États qui bâtiraient une confiance mutuelle sans passer par l'intervention d'individus. Néanmoins, si l'incarnation de la confiance dans des pratiques réalisées par des juges constitue un pas dans la bonne direction, la confiance reste ici encore une variable qui semble aller de soi, un constat *a priori* dont l'existence n'appelle pas d'explication. Nous pensons à l'inverse que l'émergence de la confiance et son maintien à travers les frontières, ainsi que son rôle dans la transnationalisation du droit familial, doivent être étudiés et explicités plutôt que prise pour acquis.

Les juges dans la mondialisation, de J. Allard et A. Garapon illustre bien cet intérêt affirmé, mais encore superficiel pour la confiance. Dès le préambule de leur ouvrage, les auteurs indiquent : « naguère assignés à résidence sur un territoire national, les juges entretiennent désormais entre eux, par-delà les frontières, des relations de plus en plus soutenues et confiantes »[190]. Ces deux auteurs prônent une approche réaliste qui cherche à dépasser l'alternative binaire entre marche téléologique espérée, préfigurant un ordre juridique universel[191], ou désespérée, laissant augurer la menace d'un gouvernement mondial des juges[192]. En effet, il leur importe de prendre en considération la réalité empirique de la transnationalisation du droit telle qu'elle se déploie à travers l'action des magistrats, et non pas en vertu d'un ordre global à venir. Cette perspective, à laquelle nous tenterons d'apporter des éléments supplémentaires, prend à bras le corps la conflictualité qui caractérise les relations entre les juges et les cultures judiciaires nationales dont ils sont porteurs, ainsi que les luttes d'influences qu'ils mènent de front, aux antipodes d'un supposé « long fleuve tranquille » de la mondialisation[193].

J. Allard et A. Garapon, mus avant tout par le désir de dresser un constat schématique d'une « nouvelle révolution du droit » marquée par l'accroissement du dialogue des juges, laissent dans l'ombre la façon précise dont s'opère le développement « des relations de plus en plus soutenues et confiantes »[194] des magistrats à travers les frontières[195]. Loin de critiquer la relative

[190] *Ibid.* p. 5.
[191] SLAUGHTER Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2009.
[192] MATTEI Ugo, « A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, nº 1, 2003, p. 383-448.
[193] ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*
[194] *Ibid.* p. 6.
[195] Ils fournissent cependant quelques indices supplémentaires concernant la confiance dans le cas des mandats d'arrêt européens, parmi lesquels le constat que « la confiance ne se décrète pas, elle ne peut être que gagnée ou

cécité des auteurs concernant la question de la confiance dans le commerce des juges, nous considérerons plutôt l'ouverture de cet interstice comme une invitation à en prolonger l'intuition. L'enquête empirique auprès de juges de la famille belges, mais également des médiateurs familiaux internationaux, permet d'informer les enjeux de confiance spécifiques auxquels les figures du tiers en charge des déplacements illicites, aux avant-postes de la transnationalisation du droit familial, sont confrontées.

inspirée » *Ibid.*, p. 21. Cependant, la confiance y est encore souvent réifiée, comme on peut le remarquer à l'aune de ce passage concernant, toujours, le mandats d'arrêt européens : « le succès du dispositif dépend de la confiance que les systèmes de justice se portent mutuellement » *Ibid.*

5 Conclusion

Au terme de ce premier chapitre, il convient de faire le point sur les éléments engrangés au fil de notre discussion. L'enlèvement parental international en Belgique constitue donc un phénomène stable quantitativement, qui est majoritairement le fait des mères séparées et en charge des soins de l'enfant, traversant une frontière intra-européenne sans le consentement du second détenteur d'autorité parentale. Depuis l'instauration de l'Autorité centrale belge en charge de la coopération administrative et judiciaire entre États, suite à la ratification de la CLaH80, un nombre important de cas recourent à la procédure de retour immédiat organisée par cet instrument. Toutefois, même si l'architecture conventionnelle repose sur le mécanisme de retour immédiat prononcé par un juge, peu d'enlèvements d'enfants atteignent en réalité ce stade de procédure, pour se résoudre, en définitive, à l'ombre du droit, soit par l'obtention d'un accord amiable, soit par l'abandon pur et simple des procédures.

Ce constat n'ôte pour autant pas la pertinence de l'étude de la prise en charge judiciaire de l'enlèvement parental international : bien qu'une minorité de cas atteignent effectivement la salle d'audience, c'est avant tout l'organisation juridique et la coopération judiciaire, espérée ou effective, qui nous informe sur le droit et son organisation à l'échelle transnationale, avec lesquels les juges et les médiateurs doivent composer. À la fois imaginée pour défendre l'intérêt supérieur des enfants au cas par cas et pour assurer l'exercice de la souveraineté des États – c'est-à-dire éviter que les justiciables échappent au droit en légalisant une voie de fait et que les États s'emmêlent les pinceaux par des jugements contradictoires –, le mécanisme de retour immédiat incarne la clef de voûte procédurale qui soutient l'ensemble des instruments légaux encadrant le litige. Mais la présomption selon laquelle le retour immédiat équivaut à la protection de l'intérêt de l'enfant est mise à mal par la modification des données sociologiques des enlèvements parentaux : il s'agit moins d'enlèvements de la part de pères ayant décidé de prendre le droit dans leurs propres mains (*take the law into its own hands* comme l'exprime si bien l'anglais) pour forcer un droit de garde, que de la part de mères jouissant déjà de la garde exclusive ou partagée de l'enfant. En ce sens, la présomption de la CLaH80 selon laquelle le retour immédiat permettrait de ramener l'enfant dans le giron de sa mère, par ailleurs considérée alors préférentiellement plus apte à prendre en charge les soins de l'enfant (ce qu'exprimait l'idéal de *statu quo ante*), ne s'accorde plus à cette nouvelle donne. De surcroît, la Convention, en réalité, ne commande nullement d'ordonner un retour dans l'environnement familial, mais bien dans l'État de résidence habituelle de l'enfant. Cette distinction est cruciale, en ce sens

qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'être jugé par la juridiction de son État de résidence habituelle et non pas de retrouver l'environnement familial dont il jouissait avant l'enlèvement. Autrement dit, lorsque l'on considère conjointement les principes de retour immédiat et de rétablissement du *statu quo ante*, l'ambiguïté de l'instrument conventionnel, entre enjeu juridictionnel et familial, est mise au jour : on cherche à régler le conflit familial avec des outils qui visent en réalité avant tout à éviter un conflit juridictionnel.

Cette ambiguïté traduit en réalité une ambivalence plus large, qui est propre à la transnationalisation du droit en général : celle-ci se déploie *entre nécessité fonctionnelle et visée éthique*[196]. Autrement dit, il s'agit à la fois de la nécessité d'accompagner les personnes à travers les frontières, puisqu'elles disposent d'une liberté de mouvement, mais également de *bien* les accompagner, c'est-à-dire en protégeant les droits fondamentaux des individus, adultes comme enfants[197]. Dès lors, la CLaH80 et le Règlement Bruxelles II bis illustrent parfaitement ce double aspect : d'une part la nécessité fonctionnelle qui se matérialise dans la procédure de retour immédiat, et, d'autre part, les exceptions à ce retour formulées en termes de protection des droits fondamentaux. En ce sens, il faut encore remarquer que le cadre juridique s'avère dès lors *nécessaire*, en ce qu'il offre des capacités d'actions indisponibles sans son existence, spécialement à une échelle dépassant les limites de l'État-nation, mais qu'il est simultanément *insuffisant*, car inapte à régler simultanément le conflit interpersonnel et juridictionnel, parfois même ni l'un ni l'autre. L'encadrement juridique de l'enlèvement parental international est en définitive marqué par une ambivalence, entre inefficacité relative et nécessité certaine, avec laquelle doivent composer médiateurs et magistrats.

Il faut enfin souligner que l'encadrement juridique de l'enlèvement parental international est également traversé par *un pluralisme juridique*, en ce sens que des normes juridiques concurrentes issues de plusieurs ordres légaux s'appliquent au contentieux. En effet, le concept de pluralisme juridique, issu de l'anthropologie du droit sous la plume de J. Griffiths[198] et S.E. Merry[199], réfère aux situations où *plus d'un ordre juridique s'applique dans un même champ social*[200]. Il existe cependant un débat particulièrement vif concernant la définition du droit que

[196] ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit, op. cit.*, p. 29.
[197] DELMAS-MARTY Mireille, *Le Relatif et l'Universel. Les forces imaginantes du droit vol. 1*, *op. cit.* ; ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*
[198] GRIFFITHS John, « What is legal pluralism? », *The journal of legal pluralism and unofficial law*, vol. 18, n° 24, 1986, p. 1–55.
[199] MERRY Sally Engle, « Legal Pluralism », *Law and Society Review*, vol. 22, n° 5, 1988, p. 869-896.
[200] GRIFFITHS John, « What is legal pluralism? », *op. cit.*, p. 2.

ce concept véhicule[201]. Sans s'y arrêter ici outre mesure, retenons qu'il existe une version *forte* du pluralisme juridique, à visée prescriptive, qui tente de se dégager d'un positivisme et d'un centralisme légal – posture qui considère le droit comme étant uniquement un produit de l'État – afin d'appréhender des formes de normativités concurrentes en dehors de toute appartenance à une institution étatique (par exemple, famille, église, coutume)[202]. Pour notre part, nous nous cantonnerons à une version « faible » du pluralisme juridique[203], parfois également appelé pluralisme d'État[204], en nous concentrant uniquement sur les différences, divergences, voire les incompatibilités entre le droit international privé, les droits fondamentaux et les droits nationaux.

Enfin, compte tenu de notre posture de recherche marquée par une compréhension sociologique du droit en contexte, notre entreprise ne peut faire l'impasse de la description de la transnationalisation du droit familial afin de mettre en lumière certaines caractéristiques du phénomène juridique contemporain. Trois de ces transformations nous semblent devoir être particulièrement prises en compte afin de saisir le contexte particulier de l'enlèvement parental international : la réticularisation, la privatisation et la procéduralisation du droit. En ce sens, l'enlèvement parental international exprime deux grands enjeux de mutation du droit familial en contexte transnational, pour lesquels la confiance apparaît comme un mécanisme décisif : d'une part, le dépassement des frontières de la nation et la coordination et la coopération judiciaire supranationale ; d'autre part, la régulation de l'autorégulation des familles contemporaines, particulièrement compte tenu de l'exigence de maintien de lien post-séparation. Ces aspects seront traités dans la seconde partie de cette thèse, mais, avant cela, il s'avère nécessaire de nous outiller d'un concept de confiance à la fois solide, complexe et nuancé, à même de saisir des enjeux aussi différents que la coopération judiciaire et l'exigence à la coparentalité, le tout dans un même mouvement analytique. Pour ce faire, nous nous proposons de reconsidérer minutieusement les travaux fondateurs de N. Luhmann afin de repenser le rôle de la confiance dans une compréhension sociologique du droit en contexte transnational.

---

[201] TAMANAHA Brian Z., « A non-essentialist version of legal pluralism », *Journal of Law and Society*, vol. 27, nº 2, 2000, p. 297.
[202] GRIFFITHS John, « What is legal pluralism? », *op. cit.*, p. 5.
[203] TAMANAHA Brian Z., « A non-essentialist version of legal pluralism », *op. cit.*, p. 318.
[204] TWINING William, « Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, nº 3, 2010, p. 488.

CHAPITRE II :

LA CONFIANCE : ENJEUX THÉORIQUES D'UN CONCEPT

Après avoir précisé le type de littérature que nous mobiliserons pour conceptualiser une notion de confiance à même de satisfaire nos desseins analytiques en vertu de notre objet de recherche (1), ce chapitre procédera en deux étapes[205]. Dans un premier temps, nous développerons, de manière abstraite et générale, la notion de confiance, depuis sa forme la plus élémentaire - la familiarité - jusqu'au mécanisme complexe de la confiance décidée (2). Nous entamerons plus précisément l'exploration de ces mécanismes par l'exposition de la triade familiarité, confiance tranquille (*confidence* en anglais)[206] et confiance décidée (2.1). Nous nous attarderons également sur des réflexions concernant la relation problématique entre temps et confiance, ainsi que sur l'apparition du risque comme consubstantielle à la prégnance de la confiance en tant que mécanisme social essentiel de réduction de la complexité (2.2). Nous puiserons ensuite des outils d'analyse dans la distinction d'une part entre confiance tranquille et confiance décidée (2.3), pour clore ce cadre conceptuel en subdivisant la confiance décidée en deux sous-types de confiance, interpersonnelle et institutionnelle, et en introduisant les dispositifs de confiance (2.4).

Dans un second temps, nous nous écarterons des considérations générales sur la confiance pour opérer une spécification de la notion en vertu de notre objet de recherche, l'enlèvement parental international. Cette spécification prendra la forme d'une relecture du cadre conventionnel de l'enlèvement parental international (3), qui cherchera à montrer les enjeux de confiance institutionnelle qui résident au cœur de la Convention de La Haye de 1980, tant au niveau de sa fondation (3.1) que de son fonctionnement (3.2). Nous conclurons par une discussion du cadre

[205] Certains développements présentés dans ce chapitre ont déjà été publiés ailleurs, cf. STRUELENS Olivier, « « Kafka n'est pas loin, sauf quand les juges se tiennent la main » : confiance institutionnelle et transnationalisation du droit familial », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 84, nº 1, 2020, p. 5-38.

[206] Nous avons opté pour une traduction du terme anglais *confidence* qui s'inspire et diffère à la fois de la traduction proposée par le traducteur de N. Luhmann (2001), voyez N. LUHMANN, « Confiance et familiarité : Problèmes et alternatives », *Réseaux*, 2001, p. 17. En effet, le traducteur de N. Luhmann en français a retenu le vocable de confiance assurée, qui nous semble porter légèrement à confusion avec les mécanismes assurantiels explicites et réflexifs auxquels l'adjectif pourrait référer. Lors de la discussion de ce choix, en note de la page 17, le traducteur indique son intention de traduction : « Luhmann distingue deux types de confiance : *trust* et *confidence*. Le premier comporte un élément de risque – accorder sa confiance, c'est accepter de prendre un risque – pas le second, qui implique davantage l'idée d'une confiance immédiate, tranquille. J'ai choisi de traduire le premier terme par confiance décidée et le second par confiance assurée ». Pour notre part, nous nous inspirons donc de cette discussion de la juste traduction de *confidence* et retenons en revanche la notion de confiance *tranquille*, qui, à nos yeux, exprime sans ambiguïté le caractère non réflexif et non risqué d'une telle confiance (cf. *infra*, première partie, chapitre II, 2.3)

réglementaire de l'enlèvement parental international, soulignant le difficile équilibre entre confiance mutuelle entre États et protection des droits fondamentaux dans l'espace européen (3.3).

1 Dépasser les approches psychologiques, politistes et légalistes de la confiance

La notion de confiance connaît un engouement indubitable dans la plupart des disciplines de sciences humaines au sens large à partir des années 1960, et plus particulièrement depuis la fin des années 1980[207]. Ceci est d'autant plus remarquable que la notion, considérée par plusieurs sociologues comme un mécanisme fondamental de la vie sociale[208], n'avait presque pas retenu l'attention des pères fondateurs de la sociologie[209]. Que ce soit en psychologie[210], dans les sciences économiques et de gestion[211], en relations internationales[212] ou en sociologie[213], la

[207] SIMON Éric, « La confiance dans tous ses états », *Revue française de gestion*, vol. 175, nº 6, 2007, p. 83-84.
[208] Pour les plus connus, voyez GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, *op. cit.* ; PUTNAM Robert D., *Bowling alone: The collapse and revival of American community*, New York, Simon and Schuster, 2001 ; LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica., Paris, coll. « Études sociologiques », 2006.
[209] Exception faite de Georg Simmel, premier sociologue à proposer des réflexions sur la notion, mais dont les travaux se sont référés à la confiance de manière périphérique (concernant les sociétés secrètes et l'argent). SIMMEL Georg, *Secrets et sociétés secrètes*, Éd. Circé., Paris, 2009 ; SIMMEL Georg, *Philosophie de l'argent*, Paris, Quadrige, 2007.
[210] DEUTSCH Morton, « The Effect of Motivational Orientation upon Trust and Suspicion », *Human Relations*, vol. 13, nº 2, 1960, p. 123-139 ; BUTLER John K. et CANTRELL R. Stephen, « A Behavioral Decision Theory Approach to Modeling Dyadic Trust in Superiors and Subordinates », *Psychological Reports*, vol. 55, nº 1, 1984, p. 19-28 ; REMPEL John K., HOLMES John G. et ZANNA Mark P., « Trust in Close Relationships », *Journal of personality and social psychology*, vol. 49, nº 1, 1985, p. 95-112 ; LEWICKI Roy J. et BUNKER Barbara B., « Trust in relationships: A model of development and decline », *Administrative Science Quarterly*, vol. 5, nº 1, 1995, p. 583-601 ; SCHWEERS COOK Karen, « Networks, Norms, and Trust: The Social Psychology of Social Capita », *Social Psychology Quarterly*, vol. 68, nº 1, 2005, p. 4-14 ; HARDIN Russell, *Trust and trustworthiness*, New York, Russell Sage Foundation, coll. « The Russell Sage Foundation series on trust », 2002.
[211] BRADACH Jeffrey L. et ECCLES Robert G., « Price, authority, and trust: From ideal types to plural forms », *Annual review of sociology*, vol. 15, nº 1, 1989, p. 97–118 ; BUTLER John K., « Toward Understanding and Measuring Conditions of Trust: Evolution of a Conditions of Trust Inventory », *Journal of Management*, vol. 17, nº 3, 1991, p. 643-663 ; CHILES Todd H. et MCMACKIN John F., « Integrating Variable Risk Preferences, Trust, and Transaction Cost Economics », *The Academy of Management Review*, vol. 21, nº 1, 1996, p. 73-99.
[212] KYDD Andrew, *Trust and mistrust in international relations*, Princeton, N.J, Princeton University Press, 2007 ; LARSON Deborah Welch, « Trust and missed opportunities in international relations », *Political Psychology*, vol. 18, nº 3, 1997, p. 701–734 ; HOFFMAN Aaron M., « A conceptualization of trust in international relations », *European Journal of International Relations*, vol. 8, nº 3, 2002, p. 375–401 ; RATHBUN Brian C., « It takes all types: social psychology, trust, and the international relations paradigm in our minds », *International Theory*, vol. 3, nº 1, 2009, p. 345-380 ; MORAVCSIK Andrew, « Trust, but verify: The transparency revolution and qualitative international relations », *Security Studies*, vol. 23, nº 4, 2014, p. 663–688 ; RUZICKA Jan et KEATING Vincent Charles, « Going global: Trust research and international relations », *Journal of Trust Research*, vol. 5, nº 1, 2015, p. 8–26.
[213] LUHMANN Niklas, *Trust and Power*, John Wiley & Sons., 1979 ; BARBER Bernard, *The Logics and Limits of Trust*, New Brunswick, NJ, Rutgers University Press, 1983 ; LEWIS J. David et WEIGERT Andrew, « Trust as a social reality », *Social forces*, vol. 63, nº 4, 1985, p. 967–985 ; SZTOMPKA Piotr, *Trust: A sociological theory*,

confiance se prête aux analyses les plus diverses, étudiée au moyen de méthodes très variées et orientée par des objectifs théoriques extrêmement divergents. En effet, la littérature sur la confiance est multiforme et difficile à délimiter, tant en raison des diverses disciplines qu'elle rassemble que des thématiques de son application. Présenter un tour d'horizon exhaustif de la littérature sur la confiance confine alors à l'impossible[214], son empan allant de l'hypothèse du déclin généralisé de la confiance[215], au rôle des relations de confiance dans les organisations et pour la coopération[216], en passant par les enjeux de la confiance en démocratie[217].

Cependant, il est frappant de noter que, bien qu'il existe une foisonnante littérature en sciences sociales sur la confiance, la sociologie du droit s'y est, quant à elle, relativement peu intéressée, et ce malgré les intuitions en pointillés de N. Luhmann dès 1968[218]. Lorsque droit et confiance font l'objet d'une attention particulière en sociologie juridique, c'est avant tout la confiance *en* l'institution judiciaire qui obnubile le regard du chercheur[219], et ce majoritairement du point de vue du justiciable[220]. Au niveau thématique, c'est le droit économique, domaine juridique où le contrat représente un dispositif incontournable, qui retient principalement l'intérêt.

Les foisonnantes études sur la confiance, si éparses soient-elles dans leur globalité, peuvent toutefois être catégorisées grossièrement selon trois catégories, référant à trois conceptions de la confiance : l'approche *psychologique* de la confiance, intérêt premier de la psychologie sociale, l'approche *politiste* de la confiance, intérêt premier de la science politique (plus précisément des relations internationales) et des sciences de gestion (et économiques) et

---

Cambridge, NY, Cambridge University Press, 1999 ; MANGEMATIN V. et THUDEROZ C. (dir.), *Des mondes de confiance: Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CNRS Éditions, 2004 ; MÖLLERING Guido, *Trust: reason, routine, reflexivity*, Bingley, Emerald, 2006.

[214] Certains chercheurs se sont essayés à en inventorier les approches et les thématiques. Voir parmi d'autres : SIMON Éric, « La confiance dans tous ses états », *op. cit.*

[215] F. FUKUYAMA, *Trust: The social virtues and the creation of prosperity*, Free Press Paperbacks, 1995 ; R.D. PUTNAM, *Bowling alone: The collapse and revival of American community*, Simon and Schuster, 2001.

[216] GAMBETTA Diego, *Trust: making and breaking cooperative relations*, Basic Blackwell., Cambridge Ma, 1988 ; TYLER Tom Richard, *Trust in organizations: Frontiers of theory and research*, Sage, 1996.

[217] WARREN M. (dir.), *Democracy and trust*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 1999 ; HARDIN Russell, « Do we want trust in government », dans Mark E. WARREN (dir.), *Democracy and trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 22–41 ; NEWTON Kenneth, « Trust, social capital, civil society, and democracy », *International Political Science Review*, vol. 22, nº 2, 2001, p. 201–214.

[218] N. LUHMANN, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica., Paris, 2006. Spécifiquement les pp. 37-42.

[219] TYLER Tom R. et HUO Yuen, *Trust in the law: Encouraging public cooperation with the police and courts through*, Russell Sage Foundation, 2002 ; JACKSON Jonathan, HOUGH Mike, BRADFORD Ben, POOLER Tia, HOHL Katrin et KUHA Jouni, *Trust in Justice: Topline Results from the Round 5 of the European Social Survey*, European Commission, coll. « ESS topline results series », 2011.

[220] BOURDIN Alain, LEFEUVRE Marie-Pierre et MELÉ Patrice, *Les règles du jeu urbain. Entre droit et confiance*, Paris, Descartes & Cie, 2006.

l'approche *légaliste* de la confiance, intérêt premier des études de droit européen. Nous soutiendrons que ces trois approches pêchent par un réductionnisme qui ne peut satisfaire à nos ambitions de compréhension sociologique de la confiance dans le cadre de la transnationalisation du droit familial.

En premier lieu, l'approche psychologique considère la confiance comme de part en part cognitive. Il s'agit d'une attente individuelle, production rationnelle[221] d'un esprit en vue de baser son action personnelle sur les informations que celui-ci « détiendrait », détaché du monde social. Elle ne permet pas d'appréhender les caractéristiques spécifiques de la confiance institutionnelle ou systémique, et échoue en ce sens à prendre en compte le contexte social comme donnée pertinente l'influençant[222]. De surcroît, cette approche confond presque systématiquement confiance et coopération[223]. On manque donc le pan proprement sociologique de la confiance, permettant par exemple de comprendre la mise en place de formes de coopérations ou du maintien de la cohésion sociale, mais également l'aspect moral de la confiance, en ce qu'elle lie les partenaires de la confiance par un engagement réciproque[224]. Par ailleurs, la confiance ne peut être réduite à une pure attente puisqu'elle est également une *action* : accorder sa confiance à quelqu'un implique plus qu'une simple attente vis-à-vis d'autrui[225]. De plus, la base empirique que l'approche psychologique relève exclusivement du dispositif expérimental et tente de comprendre au sein de ces dispositifs comment émerge la confiance, en tant qu'état d'esprit, en tant que disposition. De manière générale, l'approche pèche par une conception de la confiance à partir d'une axiomatique directement inspirée ou dérivée de la théorie du choix rationnel, et cherche à déterminer le sens et la rationalité de la confiance à partir de ce postulat originel[226].

L'approche *politiste*, s'attache quant à elle à développer la confiance *uniquement dans la visée organisationnelle* de la société, principalement en essayant de comprendre, également à partir de variantes de la théorie du choix rationnel, la logique en termes de coût-bénéfice de

[221] NOOTEBOOM Bart, « Apprendre à faire confiance », *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 63.
[222] HARDIN Russell, *Trust and trustworthiness*, *op. cit.*
[223] HARDIN Russell, « Communautés et réseaux de confiance », dans Albert OGIEN et Louis QUÉRÉ (dir.), *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 90.
[224] QUÉRÉ Louis, « La structure cognitive et normative de la confiance », *Réseaux*, vol. 108, nº 4, 2001, p. 135.
[225] MÖLLERING Guido, « The Nature of Trust: From Georg Simmel to a Theory of Expectation, Interpretation and Suspension », *Sociology*, vol. 35, nº 2, 2001, p. 412.
[226] CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », dans Albert OGIEN et Louis QUÉRÉ (dir.), *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, coll. « Études sociologiques », 2006, p. 170.

l'organisation de relations de coopération. Ici, la théorie des jeux règne en maître et il est fréquent que des expériences de pensée philosophiques, au premier titre duquel le dilemme des prisonniers, constituent la source « empirique » des réflexions avancées. Dès lors, cette littérature base son analyse à l'échelle de l'individu et ne comprend les opérations de coopération qu'en les attribuant à des sujets, leurs dispositions ou leurs intérêts[227].

Les approches psychologisantes et politistes partagent un même *réductionnisme* de la confiance à une attente vis-à-vis d'autrui en vue d'une maximisation des intérêts individuels, orientés par un calcul coût-bénéfice, qui, bien qu'incertaine par le fait d'une incomplétude d'information, reste avant tout marqué par *un postulat de méfiance originelle*[228]. C'est dire qu'ils confinent la confiance à l'exception dont la règle est la méfiance – posture par excellence de la rationalité stratégique.

La troisième version, *légaliste*, ne pèche pas par le même genre de réductionnisme : il s'agit d'une confiance dérivée du principe juridique de *confiance mutuelle entre États*. En effet, du côté de la jurisprudence, de la doctrine et de la théorie du droit, la notion de confiance fait l'objet d'un récent gain d'intérêt[229], plus particulièrement concernant le rôle du principe de confiance mutuelle entre États dans l'intégration européenne. Néanmoins, c'est avant tout en matière pénale ou en droit des étrangers[230] que l'intérêt pour la confiance retient l'attention de

[227] La définition de la confiance dans un des ouvrages fondateurs de cette tendance, « Trust: making and breaking cooperative relations » de D. Gambetta, 1988, illustre ce point : « Trust is a particular level of the subjective probability with which an agent or a group of agents will perform a particular action, both *before* he can monitor such action (or independently of his capacity ever to be able to monitor it) *and* in a context in which it affects *his own action* » GAMBETTA Diego, *Trust: making and breaking cooperative relations*, *op. cit.*, p. 217.

[228] CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », *op. cit.*, p. 170.

[229] MITSILEGAS Valsamis, « The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice », *op. cit.* ; BROUWER Evelien Renate et GERARD Damien, « Mapping Mutual Trust. Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU law », *EUI Working Papers*, vol. 1, nº 13, 2016, p. 1-79 ; WISCHMEYER Thomas, « European Union and the "Principle of Mutual Trust" », *op. cit.*

[230] Une importante littérature s'empare de la question de la confiance dans le cadre de la coopération judiciaire entre États européens, autour de trois contentieux : les mandats d'arrêt européens, la réglementation des politiques d'asile (Règlement Dublin) et la règlementation du marché intérieur. ZILINSKY Marek, « Mutual Trust and Cross-Border Enforcement of Judgments in Civil Matters in the EU: Does the Step-by-Step Approach Work? », *Netherlands International Law Review*, vol. 64, nº 1, 2017, p. 115-139 ; BROUWER Evelien Renate et GERARD Damien, « Mapping Mutual Trust. Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU law », *op. cit.* ; BROUWER Evelien, « Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof », *Utrecht L. Rev.*, vol. 9, nº 1, 2013, p. 135-147 ; KRAMER Xandra, « Cross Border Enforcement in the EU: Mutual Trust Versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure », *op. cit.* ; WELLER Matthias, « Mutual trust: in search of the future of European Union private international law », *Journal of Private International Law*, vol. 11, nº 1, 2015, p. 64-102 ; STORSKRUBB Eva, « Mutual Trust and the Dark Horse of Civil Justice », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 20, 2018, p. 179-201 ; MARIN Luisa, « "Only You": The Emergence of a Temperate Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice and Its Underpinning in the European Composite Constitutional Order », *European Papers*, vol. 2, nº 1, 2017, p. 141-157 ; SULIMA Aleksandra, « The Normativity of The Principle of Mutual Trust Between EU Member States within the Emerging European Criminal Area », *op. cit.* ; EFRAT Asif, « Assessing mutual trust among EU

ces chercheurs[231], la matière familiale restant ici aussi peu discutée[232]. Ce qui diffère, pour le cas de la version légaliste de la confiance, c'est qu'elle apparaît donc ici comme un principe juridique fondateur d'un espace transnational. Le réductionnisme ici opéré est donc d'un autre type que celui de la psychologisation ou de la politisation de la confiance : les acteurs sociaux ne sont pas égoïstes, mais disparaissent complètement. C'est une confiance réifiée dont on saisit mal par quels individus elle procède, comme si les États, réifiés également, pouvaient s'accorder une confiance sans intermédiaires humains.

Un dernier pan de recherche peut être délimité autour des approches de macrosociologie politique de la confiance au général. Ces approches se concentrent souvent sur la relation entre confiance et démocratie, et partant du constat d'un déclin problématique et néfaste de la confiance dans les sociétés contemporaines, et d'une thèse récurrente selon laquelle la confiance des citoyens permettrait à un gouvernement de remplir plus efficacement son rôle[233]. Les études procèdent typiquement par des sondages d'opinion sommaires qui visent à évaluer le niveau de confiance global d'une société, d'un état, ou d'une institution[234]. Il s'agit en ce sens de décrire les niveaux de confiance des citoyens entre eux, ou des usagers vis-à-vis d'institution, et, souvent, de chercher des moyens de pallier le manque de confiance mis au jour. Ces études présentent bien entendu un intérêt certain pour des comparaisons internationales ou pour saisir l'image d'une institution, mais elles manquent de tranchant quant à l'explication des mécanismes précis qui pourraient la constituer ou en expliquer les ressorts.

---

members: evidence from the European Arrest Warrant », *Journal of European Public Policy*, vol. 26, nº 5, 2019, p. 656-675 ; CAMBIEN Nathan, « Mutual Recognition and Mutual Trust in the Internal Market », *European Papers*, vol. 2, nº 1, 2017, p. 93-115 ; GILL-PEDRO Eduardo et GROUSSOT Xavier, « The Duty of Mutual Trust in EU Law and the Duty to Secure Human Rights: Can the EU's Accession to the ECHR Ease the Tension? », *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 35, nº 3, 2017, p. 258-274 ; ANDERSSON Torbjörn, « Harmonization and Mutual Recognition: How to Handle Mutual Distrust? », vol. 17, nº 3, 2006, p. 747-752 ; VICINI Giulia, « The Dublin Regulation Between Strasbourg and Luxembourg: Re-Shaping Non-Refoulement in the Name of Mutual Trust? », *op. cit.* ; WILLEMS Auke, « Mutual Trust as a Term of Art in EU Criminal Law: Revealing its Hybrid Character », *op. cit.* ; MITSILEGAS Valsamis, « The limits of mutual trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice », *op. cit.* ; WISCHMEYER Thomas, « European Union and the "Principle of Mutual Trust" », *op. cit.*

[231] MARTIN Maik, « Franchir l'infranchissable ? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté, et sécurité », *Cultures & conflits*, vol. 62, nº 2, 2006, p. 63-77 ; MITSILEGAS Valsamis, « The limits of mutual trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice », *op. cit.* ; SCHWARZ Michael, « Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *op. cit.*

[232] Double contraste – et double originalité donc – dans la sociologie juridique proposée ici : ce sont les enjeux de confiance des *professionnels* du droit *familial* en contexte transnational qui retiendront notre attention.

[233] HARDIN Russell, « Communautés et réseaux de confiance », *op. cit.*, p. 90.

[234] Sondages d'opinion dont les questions-type se présentent comme des variantes de : « de manière générale, pensez-vous qu'on peut faire confiance à la plupart des individus de… ? ».

Si nous récusons les limites des approches psychologisantes et politistes de la confiance, la version légaliste de la confiance possède un autre statut. En effet, compte tenu de notre objet de recherche et de l'approche interdisciplinaire que nous mobilisons, nous considérerons le principe de confiance mutuelle entre États comme faisant partie intégrante de notre objet d'étude, et, puisque notre volonté est de prendre le droit au sérieux et d'en reconnaître les spécificités, nous intégrerons les analyses juridiques de la confiance au cadre plus élargi de la compréhension sociologique du droit (cf. *supra*, introduction, 5).

La conception de la confiance que nous préconiserons se démarquera de ces approches en considérant la confiance à la fois *dans ses dimensions cognitives, morales et actancielles*. Il s'agira alors de saisir la confiance sous ses multiples facettes, allant de l'attente qui la caractérise aux fonctions qu'elle remplit, en passant par l'engagement qui la fonde. De plus, nous dépasserons les réductionnismes psychologique du dispositif expérimental, politiste de l'expérience de pensée et légal de la réification, par le déploiement d'une confiance empiriquement instruite à partir du point de vue des juges et des médiateurs.

Pour ce faire, nous développerons une approche à la fois originale et ciblée de la confiance par un triple mouvement analytique : un *retour* aux fondamentaux sociologiques de la confiance, une *spécification* thématique à l'objet étudié, et un *prolongement* de ces intuitions théoriques. Le travail de N. Luhmann sur la confiance, mais également la reprise subséquente de ses réflexions et leurs traductions en français par l'équipe de L. Quéré et A. Ogien en 2006, occuperont donc une place privilégiée dans les développements théoriques que nous proposerons[235].

Il convient de préciser encore que nous souscrivons à une approche qui tente une montée en généralité sans pour autant s'effacer devant une théorie totalisante, subsumant dès lors le droit et les acteurs qui le font exister à des systèmes abstraits, qu'ils soient auto-poïétiques[236] ou de domination[237]. Bien que les travaux de N. Luhmann œuvrent au centre de notre étude et fournissent des clefs de lecture théoriques précieuses en ce qui concerne la confiance comme mécanisme social fondamental, nous n'userons pas de la théorie unifiée des systèmes sociaux. La mobilisation des travaux de N. Luhmann sur la confiance peut cependant s'avérer pertinente

[235] OGIEN Albert et QUÉRÉ Louis, *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, coll. « Études sociologiques », 2006.
[236] LUHMANN Niklas, ZIEGERT Klaus A. et KASTNER Fatima, *Law as a social system*, Oxford ; New York, Oxford University Press, coll. « Oxford socio-legal studies », 2004.
[237] BOURDIEU Pierre, « La force du droit », *op. cit.*

pour notre analyse, sans pour autant souscrire au projet théorique global, et ce à plus forte raison que ces écrits préexistent à l'unification de la théorie des systèmes sociaux, laissant encore une certaine place à l'individu comme unité d'analyse valide. En ce sens, nous désirons proposer une approche de compréhension sociologique de moyenne portée théorique, à même de saisir le rôle de la confiance dans les cas individuels et les dynamiques institutionnelles de l'enlèvement parental international.

2 La confiance : caractéristiques générales

L'exploration de la notion de confiance que nous allons entreprendre nous ramène à des considérations fondamentales de la vie sociale, allant de la constitution subjective du sens du monde à la coordination de l'action. Si ces considérations fondamentales peuvent sembler assez éloignées des spécificités de l'enlèvement parental au premier abord, nous voulons rassurer le lecteur : ce détour est nécessaire pour tirer un maximum du décalage heuristique qu'apporte l'appréhension des transformations du droit sous le prisme de la confiance.

Le cheminement conceptuel fondamental qui structure cette section procèdera d'abord par la distinction entre familiarité et confiance tranquille (*confidence*), se poursuivra ensuite par l'élaboration d'une seconde distinction entre confiance tranquille (*confidence*) et confiance décidée (*trust*). Dans un troisième temps, nous ajouterons une dernière distinction conceptuelle entre confiance (*trust*) interpersonnelle et institutionnelle, afin de forger une architecture notionnelle qui soit à même de préserver la complexité des « couches » de la confiance face à la complexité et la contingence d'une société stratifiée socialement, mais également spécialisée fonctionnellement.

2.1 Familiarité, confiance tranquille et confiance décidée

Le premier pas analytique consiste à ne pas confondre familiarité et confiance. La familiarité est un donné primordial de la vie humaine, une condition de la connaissance humaine, une toile de fond qui permet l'activité symbolique des individus. Il en va, selon N. Luhmann, de la structure même de l'existence[238]. Les marquages de distinctions, opérations logiques de base de la formation d'identités et de création de formes, opèrent en ramenant le non-familier du côté du familier. En termes techniques, lorsque l'on indique quelque chose, « le côté indiqué revêt la qualité logique de l'identité, mais aussi la qualité métalogique de la familiarité »[239]. C'est-à-dire que toutes les distinctions qu'un individu pose pour se repérer, connaître et agir dans son environnement se font en inscrivant le non-familier dans le domaine du familier. Il s'agit donc du mouvement premier de la connaissance du monde auquel on ne peut échapper.

La familiarité représente une sorte de « proto-confiance », qui reste toujours spontanée, immédiate, non réflexive. Il s'agit, d'un point de vue conceptuel, de la condition de possibilité

[238] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 21.
[239] LUHMANN Niklas, « Confiance et familiarité. Problèmes et alternatives », *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 10.

d'autres formes plus complexes de confiance et de méfiance. Le point commun de la familiarité, de la confiance tranquille et de la confiance décidée, réside dans le fait de formuler une attente :

> « La familiarité permet en ce sens de formuler des attentes relativement sûres et, en cela, d'absorber les risques résiduels ; en elle-même, toutefois, elle ne constitue ni une attente favorable ni une attente défavorable, mais la condition de possibilité des deux. La familiarité est la condition de la confiance comme de la méfiance, c'est-à-dire de tout engagement en une certaine attitude par rapport à l'avenir »[240].

Si la familiarité est un donné qui colore la connaissance humaine de manière universelle, cela ne revient pas à en affirmer le caractère transhistorique ou a-contextuel : les conditions de la familiarité changent évidemment au cours du temps : l'apparition de l'imprimerie a par exemple notablement transformé le rôle et la portée de la confiance dans la société. Sans entrer dans les détails de l'évolution du rôle de la familiarité, on peut avancer que cette dernière fonctionnait jusqu'au XVIIe siècle principalement au travers d'un référent religieux qui permettait l'absorption du non-familier dans le familier. Ce dernier référent a été progressivement remplacé par la question de savoir si la connaissance et le pouvoir étaient utilisés de façon positive ou négative selon certains *intérêts* particuliers. C'est en ce sens que la confiance devient ce qui importe en termes de fonction sociale, tandis que la familiarité est principalement reléguée à la sphère privée[241].

Il nous paraît toutefois important de nuancer cette relégation hâtive de la familiarité à la sphère privée *stricto sensu*, et d'avancer que, si la familiarité ne constitue plus le cœur fonctionnel d'une société complexe, des formes de familiarité *nationales* demeurent aussi structurantes que tacites. En effet, là où N. Luhmann vise juste, c'est lorsqu'il affirme que l'imprimerie change les coordonnées de la familiarité de manière fondamentale, élargissant les possibilités des sentiments de proximité et d'appartenance à une communauté qui dépasse l'espace de l'expérience physique[242]. Ceci n'est évidemment pas sans rappeler les travaux de B. Anderson sur les communautés imaginées, selon lequel l'imprimerie aurait été la technologie décisive présidant à la création d'une communauté nationale, qui, en définitive, poussera des individus à se sacrifier pour elle[243]. Ce croisement entre familiarité et communauté imaginée nous semble

[240] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 21.
[241] LUHMANN Niklas, « Confiance et familiarité. Problèmes et alternatives », *op. cit.*, p. 27-28.
[242] *Ibid.*, p. 27.
[243] ANDERSON Benedict R. O'G, *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*, Rev. ed., New York, London, Verso, 2006.

fertile et connexe, puisque nous verrons dans la suite de ce chapitre que la familiarité vis-à-vis de la nation, et plus précisément des systèmes légaux nationaux et des institutions judiciaires nationales, peut faire obstacle à la régulation des litiges transfrontières, mais également que la familiarité du national se voit, sous certaines conditions, substituée fonctionnellement par la confiance décidée (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre I, 1.5).

N. Luhmann introduit son propos sur la confiance en insistant sur l'idée qu'une théorie de la confiance présuppose une théorie du temps. On ne peut comprendre la prégnance de la confiance dans les sociétés modernes sans se pencher sur les transformations de la perception et de l'expérience du temps. Puisque la confiance est caractérisée par la notion d'attente, on perçoit d'emblée, de manière intuitive, que la confiance est un mécanisme qui oriente le regard et l'action vers le futur.

2.2 Confiance et rapport au temps

Le temps peut être appréhendé par deux perspectives mutuellement exclusives, qui prennent des points de départ opposés de l'expérience subjective : la durée ou le changement. Ces deux perspectives sur le *continuum* temporel peuvent être ramenées à deux manières objectives de définir le temps : comme événement ou comme état.

> « En effet, quelque chose peut être identifié *d'une part* comme un *événement* qui est fixé à un moment, cela indépendamment de l'expérience présente qui progresse sur l'échelle des moments, conduisant sans cesse d'un moment à l'autre de l'avenir vers le passé. L'événement possède donc son identité liée au moment, indépendamment de sa qualification en tant qu'avenir, présent ou passé, et le sens de cette identité est précisément cette invariance par rapport au changement dans les qualités temporelles.
>
> Quelque chose peut *d'autre part* être identifié comme un *état* qui dure indépendamment du fait que les moments changent. Seul le présent continuellement actuel possède une telle durée ; tout avenir advient et tout passé fuit. Les états ne peuvent donc être identifiés qu'en tant que présents, dans l'avenir ou dans le passé, ils peuvent toutefois être saisis comme des séries d'événements et devenir des états sous la forme dérivée d'attentes continuellement présentes ou de souvenirs continuellement présents »[244].

[244] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 11.

Ces deux types d'identités, de par leurs caractères mutuellement exclusifs, mettent en exergue et éclairent ce que signifie le temps pour l'autre : « l'identité des événements constitue ce en quoi réside la problématique temporelle des états, notamment la progression du présent en tant que moment chaque fois actuel qui ne peut conserver avec lui ses états, mais qui doit, au contraire, se préoccuper de sa conservation et de son renouvellement ; l'identité des états constitue ce en quoi réside la problématique temporelle des événements, notamment leur fuite sans permanence de l'avenir dans le passé et leur alliance contingente et fortuite avec les états »[245].

La certitude sur les états, dès lors (et c'est ce qui importe pour notre propos), ne peut être déclinée qu'au présent et la certitude en général ne peut être garantie qu'au présent[246]. Le constat est identique pour la confiance elle-même qui ne peut se gagner et se conserver qu'au présent. Il en va autrement du futur et du passé, l'un étant inconnaissable et susceptible de bifurquer abruptement face à un événement inattendu, l'autre pouvant être révisé à l'aune d'une nouvelle information ou expérience. De sorte que le fondement de toute confiance ne peut trouver sa base temporelle que sur un continuum stable de moments qui se succèdent et qui traversent les événements. C'est à partir de ce continuum qui outrepasse l'avènement des événements contingents que se bâtissent les attentes caractéristiques de la confiance.

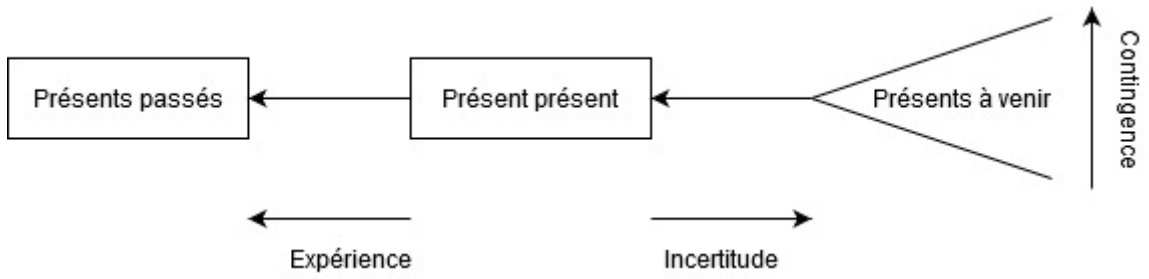
Si la confiance se gagne et se conserve au présent, elle est toutefois entièrement orientée vers l'avenir. De sorte que, s'intéresser au temps en ce qui concerne la confiance, revient avant tout à s'intéresser à l'avenir, puisque la confiance implique une forme d'anticipation de l'avenir[247]. Qu'elle soit symbolisée par la métaphore du pari ou du saut, la confiance oriente le regard de celui qui l'accorde vers les actions futures d'autrui, vers les évènements futurs, vers les conséquences d'une prise de décision individuelle ou collective. Et faire confiance revient à faire comme si l'on était certain de l'avenir. Mais l'avenir, pour N. Luhmann, s'apparente au problème de l'incertitude : le caractère inconnaissable du futur[248]. « [L]'avenir contient un nombre beaucoup plus élevé de possibilités que celles qui peuvent être actualisées dans le présent et qui de ce fait, peuvent être transférées dans le passé »[249]. Autrement dit : « l'avenir

[245] *Ibid.*
[246] *Ibid.*, p. 12.
[247] *Ibid.*, p. 9.
[248] FREDERIKSEN Morten, « Divided uncertainty: a phenomenology of trust, risk and confidence », dans Søren JAGD et Lars FUGLSANG (dir.), *Trust, Organizations and Social Interaction*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 48.
[249] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 13.

surcharge le potentiel de présentification de l'être humain »[250]. Pourtant, ce dernier doit vivre et faire face à ce débordement du futur sur le présent et le passé, il doit en permanence « découper son futur à l'aune de son présent, c'est-à-dire réduire la complexité »[251].

La distinction opérée par N. Luhmann entre *avenir présent* et *présent à venir* ouvre la possibilité de clarifier le rapport de la confiance au temps, mais également de relier l'appréhension temporelle depuis l'identité des états et des événements. Puisque tout présent détient son propre horizon des possibilités futures, il se re-représente un avenir dont seule la partie qui a été sélectionnée pourra dans l'avenir devenir le présent. « En progressant dans l'avenir, le présent produit, par une sélection parmi ces possibilités, de nouveaux présents et, simultanément, de nouveaux horizons d'avenir pour ces présents »[252]. La maxime générale, en ce sens, est que « le présent produit des états dans la mesure où ses présents présents et ses présents à venir demeurent identiques ; il produit des événements dans la mesure où il génère des discontinuités »[253].

Mais pour N. Luhmann, le temps lui-même est un mode de réduction de la complexité : « On peut donc concevoir le temps également comme une réduction de la complexité ; cela peut se faire soit en considérant le présent comme le point de vue de l'expérience subjectivement sélective qui progresse dans l'avenir ou bien en saisissant le présent comme le filtre stable, intégré dans le "cours du temps", qui transforme le possible en réel »[254]. Le schéma suivant permet de visualiser ces réflexions[255].



C'est là que se lie réellement l'affinité entre présent et confiance : cette dernière « renforce le présent dans son potentiel de saisie et de réduction de la complexité ; elle renforce les états par

[250] *Ibid.*
[251] *Ibid.*
[252] *Ibid.*
[253] *Ibid.*
[254] *Ibid.*, p. 16.
[255] Ce schéma est repris et traduit à partir de l'article de FREDERIKSEN Morten, « Divided uncertainty », *op. cit.*, p. 48.

rapport aux événements et permet ainsi de *vivre et d'agir face à une plus grande complexité en rapport avec les événements* »[256].

On peut réévaluer à nouveau frais notre distinction entre confiance et familiarité, riche des nouveaux apports de ces réflexions sur le temps. Dans la familiarité, c'est le rapport au passé qui est déterminant, plus que le lien avec le futur et le présent. Elle est en quelque sorte une extrapolation tranquille et non réflexive du passé dans le présent. Le passé comporte une complexité toujours réduite par rapport au futur, puisque certaines possibilités n'y existent plus, y sont consumées et écartées par le vécu réel. La contingence du monde social est reléguée à l'arrière-plan, voire oubliée, par l'idée que le monde connu se perpétuera dans l'avenir : on suppose qu'il demeurera tel qu'il est. La familiarité, en ce sens, rend la « constitution du sens du monde » anonyme au familier. Autrement dit : « sous l'aspect du passé, la dimension temporelle résout de cette manière un problème qui appartient à vrai dire à la dimension sociale : l'exclusion de l'action inattendue »[257].

À l'inverse, comme on l'a déjà mentionné, la confiance extrapole des informations à partir du passé pour déterminer un futur probable, et asseoir l'action sur cette extrapolation. Bien sûr, la confiance nécessite un monde familier dans une certaine mesure, puisque son action se base sur une expérience préalable et une histoire. « Dans l'acte de confiance, la complexité du monde à venir est réduite. Celui qui agit en toute confiance s'engage comme si l'avenir ne comportait que des possibilités déterminées. Il fait reposer son avenir présent sur un présent à venir. Il offre ainsi à l'autre homme un avenir déterminé, il lui offre un avenir commun qui ne résulte pas sans plus d'un passé commun, mais qui au contraire contient par rapport à celui-ci quelque chose de nouveau »[258]. C'est ce qui amène N. Luhmann à conclure que « la familiarité et la confiance constituent donc des moyens complémentaires d'absorption de la complexité et, tout comme le passé et l'avenir, ils sont interreliés »[259]. Dit encore autrement, « la complexité est synonyme de multiplicité des possibles. Pour agir, il faut réduire cette multiplicité. C'est précisément ce que permet la confiance : elle consiste à ne pas tenir compte volontairement d'un certain nombre de possibilités pour le futur »[260]. Les relations entre confiance et familiarité ne se résument donc pas uniquement à une attache temporelle opposée, puisque la confiance et la familiarité

[256] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 16-17.
[257] *Ibid.*, p. 21.
[258] *Ibid.*, p. 22.
[259] *Ibid.*
[260] QUÉRÉ Louis, « La structure cognitive et normative de la confiance », *op. cit.*, p. 137.

représentent des modes *complémentaires* d'absorption de la complexité. Cependant, la proportion des termes du rapport comme sa conditionnalité (la familiarité comme condition de la confiance) ne constitue pas une donne invariable. La valeur de chaque terme dépend en particulier de la complexité des systèmes sociaux en jeu, l'accent pouvant être placé sur la confiance ou la familiarité en fonction des besoins des ordres sociaux et de leurs relations au temps[261].

> « À mesure qu'un ordre social devient plus complexe et plus variable, il perd en tant que totalité son caractère d'évidence, de familiarité reconnue, puisque l'expérience quotidienne ne peut le faire voir ou le rappeler que d'une manière parcellaire. D'un autre côté, la complexité de l'ordre social fait naître un besoin accru de coordination et partant, un besoin de déterminer l'avenir, donc un besoin de confiance qui peut de moins en moins être satisfait par la familiarité. Dans ces conditions, la familiarité et la confiance doivent rechercher une nouvelle relation de stabilisation réciproque qui ne se fonde plus dans un monde de proximité déterminé par la tradition et pouvant être objet d'une expérience immédiate, une nouvelle relation, donc, qui ne peut plus être assurée au moyen d'une frontière déterminant ce qui n'est pas de l'ordre du familier, ce qui est donc étranger et ennemi. Ce n'est donc plus en tant qu'expérience accessible à la mémoire que l'histoire peut constituer le fondement de la confiance, mais uniquement en tant que structure des systèmes sociaux qui a déjà fait l'objet d'une décision, et la confiance doit se rapporter à ces systèmes eux-mêmes »[262].

Si ces lignes ont été écrites en 1968, il est évident que l'intuition qui les guide fait ressortir un nœud qui ne cesse de se resserrer à mesure que la complexité des institutions s'accroît et que les frontières des nations gagnent en porosité. La familiarité peut, aujourd'hui, appartenir à des communautés transfrontières, le caractère d'évidence et d'histoire commune se déployant notamment au moyen des technologies ayant amoindri les contraintes de la proximité spatiale. En ce sens, il faut insister que les conditions de la familiarité ne se présentent plus exclusivement sous l'aspect de la tradition en termes temporels et de la proximité en termes spatiaux.

De manière plus fondamentale, ces réflexions autour des relations entre familiarité et confiance dessinent un entrelacs d'enjeux propres à la transnationalisation du droit : il semblerait bien qu'au présent, les rôles joués par la familiarité et la confiance soient au cœur des possibilités de

[261] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 22.
[262] *Ibid.*

dépassement des formes d'appartenance et d'attachement nationales. Mais par quels mécanismes passent-ils alors ? Que voit-on se déployer actuellement sur la scène transnationale ? Un détachement d'une familiarité surannée pour progresser vers une confiance transfrontière ? La création de nouvelles conditions et de nouvelles formes de familiarité transnationales, où l'imprimerie du passé serait remplacée par le Skype d'aujourd'hui ? Ou par les communautés digitales des réseaux sociaux qui rassemblent des individus par des récits et des valeurs communes sans s'arrêter sur leurs nationalités ? Ou encore une méfiance accrue et de plus en plus généralisée, provoquant un repli sur des valeurs et des histoires nationales et régionales plus sécurisantes ?

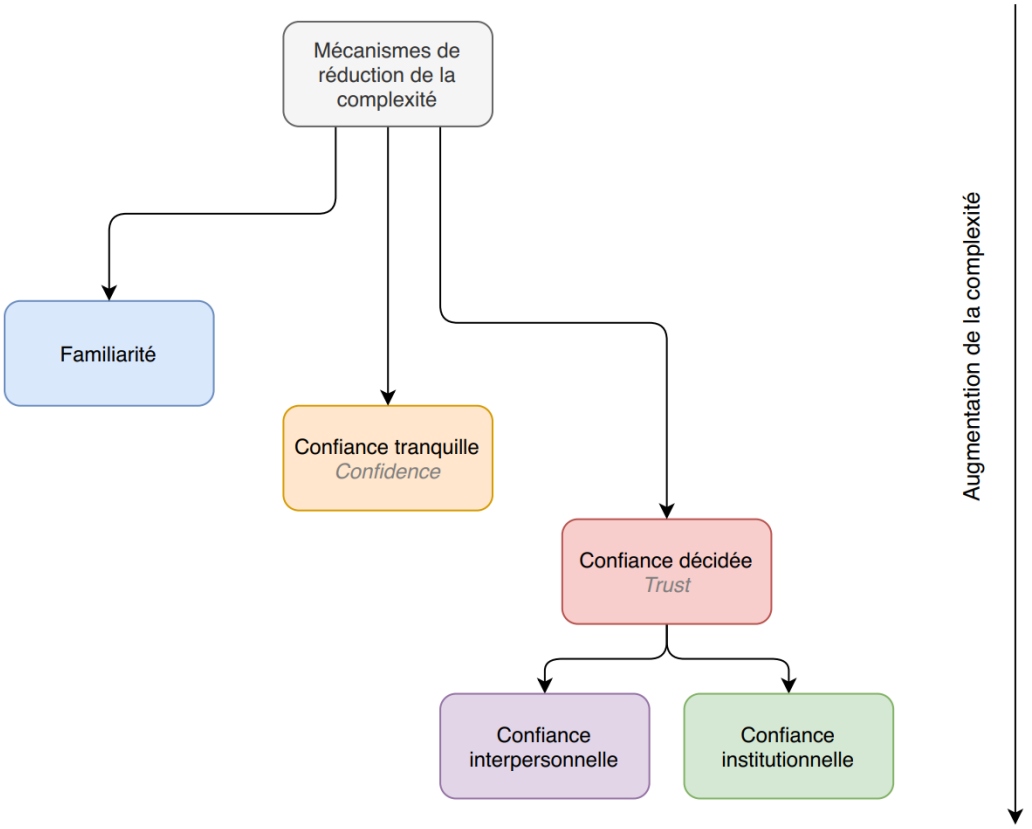
Nous laisserons, pour l'instant, ces questions encore trop vagues en suspens : elles nous servent de balises pour pointer un problème général, dont N. Luhmann avait eu l'intuition décisive il y a plus d'un demi-siècle. Mais nous y reviendrons, de manière plus précise, et tenterons d'apporter des jalons de réponses dans le cas particulier des enlèvements parentaux internationaux, dans le chapitre suivant (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre I, 1.5). Il convient pour l'heure d'approfondir notre réflexion en affinant ce que l'on entend par confiance, notion qui reste, en l'état, simplement dégrossie. En effet, l'hypothèse générale de N. Luhmann revient à dire qu'il y aurait un « changement de style en direction d'une complexité plus grande, d'une complexité faisant l'objet d'un traitement conscient »[263]. C'est des enjeux de ce traitement conscient de la complexité par une forme de confiance décidée dont nous allons discuter dans la section suivante.

2.3 Confiance tranquille et confiance décidée

Avant de distinguer les deux types de confiance décidée (interpersonnelle et institutionnelle), il est nécessaire de préciser la différence entre confiance tranquille et confiance décidée. Étant donné la multiplication des sous-types de confiance, le schéma ci-dessous permet de visualiser notre architecture conceptuelle dans son ensemble. Nous avons, jusqu'à présent, parcouru les distinctions entre la familiarité (bleu) et la confiance de manière générale (orange, rouge, violet et vert). Le présent propos se concentre sur les rapports entre confiance tranquille et familiarité (orange et rouge). Nous nous tournerons ensuite vers les deux formes de confiance décidée (violet et vert).

[263] *Ibid.*, p. 24.

Figure 7. Typologie de la confiance



Au-delà de la familiarité, on peut dégager les traits de deux types de confiance distincts : la confiance tranquille (*confidence*) et la confiance décidée (*trust*). Ces deux types de confiance ont comme point commun qu'elles impliquent une attente qui peut être déçue, mais ce sont des façons différentes de faire valoir des attentes, des manières distinctes de s'assurer.

Pour explorer cette distinction, revenons un instant sur le passage d'un régime de familiarité à un régime de confiance. Si cette métamorphose indique un renversement dans l'orientation temporelle qui fonde la réduction de la complexité, ce n'en est pas le seul aspect. En effet, ce passage d'un régime à l'autre ne peut être appréhendé à juste titre sans se référer à la notion de risque[264].

Historiquement, toujours selon N. Luhmann, le dispositif symbolique pour faire face au non familier était, jusqu'au XVIIe siècle, le domaine de la religion. Très sommairement, on peut avancer qu'avec l'arrivée de la modernité s'installe la notion de risque qui supplante progressivement la notion de *fortuna*[265]. On passe donc d'un régime où des facteurs externes

[264] LUHMANN Niklas, « Confiance et familiarité. Problèmes et alternatives », *op. cit.*, p. 11.
[265] *Ibid.*

sur lesquelles les individus n'ont pas de prise (le sens caché de la nature ou des plans divins) définissent le cours d'action d'une vie, à une perception selon laquelle les décisions individuelles peuvent produire des effets inattendus dont on porte la responsabilité. Cette révolution cosmologique dans l'appréhension des causes et des effets de l'action humaine, propre à la modernité, ouvre le champ à la notion de risque qui a remplacé progressivement l'idée de danger. Le risque, en effet, implique « la possibilité de dommages futurs pouvant résulter de nos actions ou de nos omissions, possibilités que nous avons à prendre en considération »[266].

Ce qui permet de distinguer la confiance décidée de la confiance tranquille dépend donc largement d'une question de *perception* et *d'attribution*[267]. Du côté de l'attribution il faut saisir que la confiance tranquille se base sur une attribution externe, dans une situation de danger : elle est la situation normale de la vie humaine, où la formation d'attentes est nécessaire à la vie, mais où la prise de conscience qu'elles puissent être déçues ne se présente que très rarement à l'esprit. Ce sont, par exemple, des situations telles que marcher sur le trottoir sans craindre qu'une voiture vous écrase, ou s'asseoir sur une chaise sans craindre qu'elle craque. Mais c'est également parce qu'on ne sait pas quoi faire d'autre qu'en définitive, l'alternative – une existence sans confiance tranquille – reviendrait à vivre dans un état d'incertitude permanente[268], voire même d'angoisse perpétuelle.

La confiance décidée, quant à elle, demande un engagement de la part de celui qui l'accorde. Elle présuppose une situation de risque. L'attribution est interne, et si vous accordez votre confiance, vous aurez potentiellement à regretter le choix qui a fondé le cours de vos actions. Par exemple, l'engagement d'un *baby-sitter* pour la soirée ou l'achat d'une voiture d'occasion sont des situations où la confiance est décidée. Vous prenez un risque, que vous avez calculé en amont, en fonction, par exemple de la fiabilité de la personne qui vous a vendu la voiture ou de la réputation du *baby-sitter*. L'important est en définitive que vous auriez pu agir autrement : la distinction entre les deux types de confiance dépend donc de notre capacité à différencier le risque du danger. « Si vous choisissez une action de préférence à d'autres, nous dit N. Luhmann, en dépit de la possibilité d'être déçu par l'action des autres, vous définissez la situation comme une situation de confiance décidée »[269]. C'est en ce sens que la perception du danger ou du

[266] *Ibid.*, p. 22.
[267] *Ibid.*, p. 13.
[268] *Ibid.*
[269] *Ibid.*

risque, c'est-à-dire de la possibilité d'un choix alternatif, est décisive pour différencier la confiance décidée de la confiance tranquille.

Somme toute, il s'agit d'une question de définition, qui déborde la place prescrite à l'une ou à l'autre forme de confiance par des structures sociales ou des impératifs culturels. « Pour ce qui est de la confiance décidée, on peut choisir de voir la relation – la décision de consulter son médecin, par exemple – soit comme une confiance assurée [confiance tranquille dans notre traduction], inévitable, dans le système médical, soit comme un choix risqué »[270].

Au terme de ce premier examen des notions de confiance et de familiarité, ressortent déjà de nombreuses considérations générales qui permettent de mieux saisir la diversité des formes que revêtent ces mécanismes particuliers de réduction de la complexité. La familiarité est un donné humain, structure même de l'existence, dont la création de sens procède par l'absorption de l'étranger et du non-familier dans le domaine du familier et extrapole tranquillement et non réflexivement le passé vers le présent. La confiance tranquille, quant à elle, reste la majorité du temps non problématisée, et constitue une attente orientée vers le futur qui implique une attribution externe et la perception qu'aucune autre alternative ne pouvait être à portée ; il s'agit donc d'une confiance qui fait face à un danger. La confiance décidée, à son tour, nécessite une conscience du risque et un engagement conscient en vue d'une attente particulière face à la liberté d'action d'autrui. Il s'agit dès lors d'une action dont l'attribution est interne, et dont la déception peut entraîner des formes de regrets. La structure temporelle de la confiance décidée est tout entière orientée vers le futur et tente d'en réduire l'incertitude bien qu'elle se gagne et ne se conserve qu'au présent. Miser sur la confiance décidée, c'est en définitive parier sur le futur pour faire face à l'incertitude, c'est-à-dire au caractère inconnaissable de l'avenir.

2.4 Confiance interpersonnelle, confiance institutionnelle et dispositifs de confiance

Nous avons entamé cette exploration théorique de la confiance au général. Si cela s'avère instructif dans une certaine mesure, le terme est si polysémique et insaisissable (*elusive* diraient les anglophones), qu'on ne peut se satisfaire d'une approche aussi englobante de cet hyper-concept[271]. Pour certains, la confiance relève uniquement d'une catégorie cognitive[272]. Pour d'autres elle est une forme d'action impliquant un engagement[273]. Pour d'autres encore, elle est

[270] *Ibid.*, p. 17.
[271] MANGEMATIN V. et THUDEROZ C. (dir.), *Des mondes de confiance*, *op. cit.*, p. 20.
[272] HARDIN Russell, *Trust and trustworthiness*, *op. cit.*
[273] QUÉRÉ Louis, « La structure cognitive et normative de la confiance », *op. cit.*

un acte[274], un phénomène social[275], une hypothèse[276], ou encore un système symbolique[277]. De manière générale, la réponse à cette interrogation n'est pas univoque : la confiance est multiple et les situations de confiance si différentes qu'il est nécessaire de faire place aux diverses modalités de la confiance en fonction de la situation, tant les contextes institutionnels et historiques influencent les caractéristiques qu'elle est susceptible de revêtir[278].

De sorte que parler de confiance en général reste une opération hasardeuse. C'est en ce sens que L. Quéré introduit son propos, lorsqu'il souligne que « la diversité des conceptions de la confiance reflète l'hétérogénéité du phénomène lui-même. S'il semble vain de vouloir y remédier en en proposant une définition unique et définitive, il est devenu urgent de clarifier les usages du concept de confiance, afin de contrer l'inclination, en partie inhérente aux possibilités qu'ouvre le concept lui-même, à discourir en termes généraux sur une catégorie nominale »[279].

C'est très précisément à cette ambition de clarification des usages conceptuels de la confiance que répond la présente section. Nous nous inspirerons des intuitions et réflexions théoriques de chercheurs ayant travaillé la confiance dans différentes optiques pour les rapporter systématiquement à la situation qui nous concerne ici directement : les enjeux de confiance dans les enlèvements parentaux internationaux. Tout le défi sera dès lors de développer des notions de confiance qui satisfassent aux exigences que nous nous sommes posées en termes théoriques. C'est-à-dire avant tout des concepts qui permettent à la fois de prendre en considération la notion de confiance développée dans la doctrine et la théorie du droit, tout en la dépassant par une compréhension sociologique du droit comme phénomène social. C'est donc bien à notre projet interdisciplinaire de compréhension sociologique des idées juridiques que se rapporte la spécification de la notion de confiance sur les contours de l'enlèvement.

Nous nous sommes donc appesantis jusqu'ici sur les notions de familiarité et de confiance tranquille, ainsi que leurs caractéristiques propres par rapport à la confiance décidée. Il est à présent temps d'explorer cette dernière en profondeur car s'agira du type de confiance le plus

[274] NOOTEBOOM Bart, « Apprendre à faire confiance », *op. cit.*, p. 64.
[275] WATSON Rod, « Constitutive Practices and Garfinkel's Notion of Trust: Revisited », *Journal of Classical Sociology*, vol. 9, nº 4, 2009, p. 476.
[276] SIMMEL Georg, *Secrets et sociétés secrètes*, *op. cit.*, p. 23.
[277] KARPIK Lucien, « Pour une conception substantive de la confiance », *Les moments de la confiance. Connaissance, affect et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 111.
[278] GAMBETTA Diego, *Trust: making and breaking cooperative relations*, *op. cit.*
[279] OGIEN Albert et QUÉRÉ Louis, *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, *op. cit.*, p. 5.

important pour notre objet d'étude. La confiance décidée, pour être appréhendée de manière adéquate, peut être subdivisée elle-même en deux types : la confiance interpersonnelle et la confiance institutionnelle[280].

Nous entendons par confiance interpersonnelle une confiance qui implique une relation *personnelle* entre deux individus, dont la base motivationnelle repose sur l'évaluation *de la fiabilité d'autrui* à partir de *l'expérience*. Il s'agit donc de l'ordre de l'interaction dans le sens classique du terme, d'un « engagement face à face » selon les mots de A. Giddens[281]. La confiance interpersonnelle trouve sa source de motivation dans l'expérience intersubjective à travers une récurrence d'interactions entre deux individus, au fil desquelles les enjeux de présentation de soi sont essentiels dans l'évaluation mutuelle de la fiabilité[282]. Ce sont une série de signes sensibles (corporels, langagiers, sémantiques) qui orientent graduellement les individus vers un engagement mutuel qui peut déboucher sur l'édification progressive d'une relation de confiance. Pour N. Luhmann, ce type de confiance est une manière de faire face à la liberté d'autrui, et en définitive, de répondre à la complexité engendrée par la double contingence des relations intersubjectives, déjà théorisée par T. Parsons[283]. « La confiance est alors l'attente généralisée que l'autre fera usage de sa liberté, du potentiel inquiétant de ses possibilités d'action, dans le sens de sa personnalité ou, plus précisément, dans le sens de sa personnalité qu'il a présenté et manifesté socialement comme sienne »[284].

En revanche, la confiance institutionnelle renvoie à une confiance qui implique une forme *d'engagement vis-à-vis d'un inconnu*, mais motivée *indirectement* au titre d'un *savoir impersonnel* tiré d'une *appartenance à un groupe* ou d'une *confiance en une institution*. Il s'agira alors plutôt d'une confiance qui procède par ce que A. Giddens qualifie « d'engagements anonymes », dont l'ordre de l'interaction est dé-localisé et médiatisé, forme de confiance propre à la modernité[285]. Les juges et les médiateurs, dans ce contexte, s'apparentent dès lors à *des points d'accès*, « des points de contact entre profanes, collectivités

[280] La plupart des chercheurs s'étant penché de manière approfondie sur la théorisation de la confiance distinguent systématiquement deux niveaux de confiance : confiance personnelle et systémique chez, LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.* ; confiance marquée par un engagement en face à face et engagement anonyme chez GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, *op. cit.* ; confiance personnelle et impersonnelle chez SHAPIRO Susan P., « The social control of impersonal trust », *American journal of Sociology*, vol. 93, nº 3, 1987, p. 623–658.
[281] GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, *op. cit.*, p. 85-86.
[282] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 43.
[283] T. PARSONS, *The Social System*, Psychology Press, 1951.
[284] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 43.
[285] GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, *op. cit.*, p. 86.

et représentants des systèmes abstraits », ici les systèmes judiciaires et juridiques[286]. Ils sont, pour emprunter encore à A. Giddens, « des lieux de vulnérabilité [pour les systèmes abstraits], mais aussi des points de jonction où peut s'entretenir ou s'édifier la confiance »[287]. Déplions cette définition assez dense en plusieurs étapes.

Tout d'abord, une des caractéristiques les plus importantes de la confiance institutionnelle par rapport à son équivalent interpersonnel est qu'elle installe une *indifférence* vis-à-vis des *motifs individuels* qui la justifient. Il s'agit d'une confiance qui se détache de la situation d'interaction intersubjective, en face à face, mais qui opère également une mise à distance de la confiance comme expression d'un intérêt individuel en vue d'une maximisation des profits. Cette confiance institutionnelle est une confiance indirecte : si elle s'accorde effectivement à un individu, ce n'est pas en vertu de ses caractéristiques personnelles, présentées par interaction, mais bien en raison d'un savoir impersonnel que l'on a accumulé sur l'individu, l'institution ou le système dans lequel il s'insère. La caractérisation que nous en proposions ci-dessus permet de souligner que ce savoir impersonnel est tiré d'une *confiance en une institution.* Il peut paraître paradoxal ou tautologique que la confiance trouve sa source dans la confiance. C'est pourtant le propre d'une confiance institutionnelle. Pour s'en convaincre, il est utile de prendre un des exemples les plus aboutis et remarqués de confiance institutionnelle : la monnaie. C'est, en dernier ressort, la confiance en la confiance que les autres accordent à la monnaie, en particulier à sa capacité de conversion en n'importe quel bien ainsi qu'à stabiliser sa valeur, qui fonde la confiance qu'on lui prête. « Quiconque a de l'argent n'a pas besoin […] de faire confiance aux autres. La confiance généralisée dans l'institution de la monnaie remplace alors […] les démonstrations, innombrables, individuelles et difficiles, de confiance qui seraient nécessaires pour fournir à la vie sociale une fondation sûre »[288].

Pour approfondir les sources motivationnelles de la confiance, on peut donc, si l'on résume le premier raisonnement mené ici, accorder une confiance institutionnelle en vertu de la confiance que les autres portent en une institution. Mais, à un niveau sous-jacent, on peut décomposer la source motivationnelle de cette confiance faite à une institution en se référant soit à une *appartenance à un groupe*, soit à une *idée normative* à laquelle cette institution est censée répondre[289]. Si ces deux sources motivationnelles se superposent partiellement elles ne sont

[286] GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, *op. cit.* p. 94.
[287] *Ibid.*
[288] QUÉRÉ Louis, « Les « dispositifs de confiance » dans l'espace public », *Réseaux*, vol. 132, nº 4, 2005, p. 196.
[289] *Ibid.*, p. 189.

pourtant pas identiques. Dans le premier cas, la confiance institutionnelle dont il est ici question se base sur une « *appartenance catégorielle* » qui « […] consiste à régler l'accord de la confiance sur une connaissance des propriétés généralement attribuées aux membres d'un groupe ou d'une catégorie donnée, ou sur celle des valeurs et des normes réputées régler leurs comportements »[290]. Dans le second cas, il faut qu'une *idée normative* de l'institution « […] soit admise comme valide, ou plausible, qu'elle suscite le consentement de tous, qu'elle donne lieu à des '*committed beliefs*' partagées »[291]. Dit encore autrement :

> « ce qui se substitue ainsi à la connaissance interpersonnelle des concitoyens, comme source de confiance, est la connaissance des institutions 'qui motivent, guident et contraignent' tous ceux qui appartiennent à un même espace institutionnel, plus particulièrement celle de leur idée normative : 'les citoyens édifient la confiance en tenant compte non pas de ce qu'ils savent sur les personnes auxquelles ils font confiance, mais de ce qu'ils savent sur les institutions sous lesquelles elles agissent et dans lesquelles elles sont insérées' »[292].

Enfin, L. Quéré ajoute encore que la question de la légitimité « devient alors essentielle, ainsi que celle de la conformité de l'institution à l'idée normative qui la constitue, et celle de la conformité des pratiques et des comportements de leurs agents à cette idée »[293]. On le voit, que ce soit en vertu d'une appartenance catégorielle ou de l'idée normative d'une institution, les enjeux de la légitimité et du partage de normes et de valeurs se situent à l'épicentre de la possibilité de création et de maintien de la confiance institutionnelle.

Mais la confiance institutionnelle ne s'applique pas pour autant à toutes les institutions. Certaines – celles que L. Quéré intitule les « institutions de la vie sociale »[294] – n'auraient pas de sens à se voir accorder une confiance, même institutionnelle, parce que nous évoluons en elles sans rapport réflexif. Le langage en constitue un bon exemple. Ce qui différencie ces institutions, c'est « vraisemblablement la prise que nous avons sur elles, en particulier la possibilité que nous avons de les évaluer, de les critiquer et de les modifier sous l'aspect de leur

[290] QUÉRÉ Louis, « La structure cognitive et normative de la confiance », *op. cit.* p. 145.
[291] QUÉRÉ Louis, « Les « dispositifs de confiance » dans l'espace public », *op. cit.*, p. 202.
[292] *Ibid.*, p. 199-200.
[293] *Ibid.*, p. 202.
[294] C'est-à-dire, « selon la définition de M. Mauss, les institutions de la vie sociale se rapportent à l'ensemble des manières réglées de dire et de faire, des procédures et des dispositifs qui structurent implicitement nos échanges, nos activités et nos interactions de la vie courante », *Ibid.*, p. 192.

conformité aux idées normatives et aux standards impersonnels sous l'autorité desquels elles se placent »[295].

Dès lors, « [q]uelles sont les institutions pour lesquelles il y a un sens à dire que nous leur faisons confiance, ou avons confiance en elles ? », s'interroge le sociologue[296]. Comme il est difficile de proposer une réponse générale, ce dernier prend trois exemples, dont le dernier nous intéresse tout particulièrement : la confiance en la « justice de notre pays ». Cela nous rapproche progressivement de la situation qui nous concerne. À partir du travail de C. Offe sur la confiance civique[297], L. Quéré développe plus avant les enjeux de la confiance en la justice en tant qu'institution. Deux mécanismes facilitent ou engendrent la confiance civique : la qualité substantive des institutions ou leur plausibilité morale, d'une part, et la fourniture de garanties contre les risques de la confiance, d'autre part. Le premier mécanisme est le plus important : il « favorise l'adhésion, la loyauté et la conformité, et facilite l'estimation de la probabilité que tout un chacun va se conformer à la loi »[298].

Si la connaissance des idées normatives incorporées dans les institutions facilite la production d'un lien de confiance avec les individus qui s'y réfèrent, la création de ce lien de confiance dépend également de la qualité de l'institution et de sa capacité à faire connaître son idée directrice, à l'expliciter et la justifier[299]. Selon C. Offe, deux idées normatives sont centrales pour les institutions modernes : la vérité et la justice. La vérité est divisée en deux vertus, dire la vérité et tenir ses promesses, et la justice également : elle doit faire preuve d'impartialité et d'équité et doit aussi s'en prendre aux inégalités et viser la solidarité. « […] Bref les institutions qui développent des pratiques informées par ces valeurs contribuent à accroître la confiance entre citoyens, plutôt qu'à susciter la confiance en elles-mêmes »[300]. Il s'agit bien des idées normatives, de l'*ethos* incorporé dans l'institution, qui justifient les règles, les contraintes, et leur donnent sens. L. Quéré, citant C. Offe, conclut : « Si j'adhère à ces idées normatives ou à ces valeurs, que je reconnais comme s'imposant à moi, je peux supposer que les autres aussi partagent mon engagement en leur faveur, et que leurs conduites seront informées par elles ; j'en fais ainsi des 'compatriotes' dignes de confiance et en qui je peux effectivement avoir

[295] *Ibid.*, p. 206.
[296] *Ibid.*, p. 192.
[297] OFFE Claus, « How Can We Trust Our Fellow Citizens? », dans Mark E. WARREN (dir.), *Democracy and Trust*, Cambridge University Press., Cambridge, 1999, p. 42-87.
[298] QUÉRÉ Louis, « Les « dispositifs de confiance » dans l'espace public », *op. cit.*, p. 200.
[299] *Ibid.*, p. 201.
[300] *Ibid.*

confiance ».[301] On saisit d'emblée que l'adhésion à une idée normative est intimement reliée à celle de la légitimité d'une institution, à la fois donc la conformité de l'institution à l'idée normative qui la fonde et la conformité pratique des agents de l'institution à cette idée normative.

Ces considérations sont précieuses en ce qu'elles nous informent sur les mécanismes de la confiance institutionnelle, et précisément sur le type de confiance institutionnelle qui se déploie vis-à-vis des institutions juridiques et judiciaires. Mais si l'on revient à la dernière citation, il est saisissant de relever que la confiance concerne uniquement les « compatriotes » ou « concitoyens ». En effet, bien que la complexité de la question du rapport de confiance aux institutions fait l'objet d'une étude minutieuse, ces institutions restent malgré tout confinées dans des espaces nationaux. Le travail, pour notre part, consistera donc à développer d'autres formes d'appartenance que les appartenances nationales et à explorer comment ce type de confiance institutionnelle peut être traduit à un contexte transnational (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre I, 1.5). Si « nous faisons confiance à nos concitoyens grâce au fait que nous partageons un espace institutionnel doté de signification, avec une signification suffisamment forte pour rendre l'immense majorité d'"étrangers" parmi eux dignes de confiance, parce que nous anticipons qu'ils reconnaîtront cette signification » [302], alors il est nécessaire d'analyser comment se reconfigure ce rapport à l'étranger et la géométrie de l'espace institutionnel partagé en contexte transnational.

Enfin, au-delà de l'appartenance catégorielle et de l'adhésion à l'idée normative d'une institution, notre définition implique également la nécessité d'une forme d'engagement de la personne qui témoigne une confiance institutionnelle. En effet, la confiance en une institution ne revient pas simplement à se reposer sur sa continuité ou son maintien et à adhérer à ses idées normatives. De sorte qu'on ne peut parler de confiance « […] que là où il y a un engagement personnel en faveur de quelqu'un à qui l'on s'en remet du soin de quelque chose à quoi l'on tient, en lui concédant un pouvoir quasi-discrétionnaire, sans craindre qu'il n'exploite la vulnérabilité ainsi créée en sa faveur »[303].

Dans le cas qui nous concerne, les juges peuvent dès lors contribuer ou non à l'instauration et au maintien d'une confiance institutionnelle par des *formes d'engagements particulières*. En ce

[301] *Ibid.*, p. 200-201.
[302] *Ibid.*, p. 199.
[303] *Ibid.*, p. 203-204.

sens, la confiance n'est pas simplement une évaluation, mais bien une attitude active. Nous entendons le terme d'engagement comme un *acte significatif* qui a une influence sur la confiance entre les partenaires. Nous avancerons que ces actes significatifs, dans le cas des juges en charge d'enlèvements soumis au régime conventionnel, sont au nombre de trois : le jugement de retour (ou de non-retour), la reconnaissance de ce jugement à l'étranger et l'exécution de ce jugement à l'étranger[304]. La focale se concentrera ici surtout sur l'acte significatif du jugement du retour ou non-retour, mais il est néanmoins essentiel de garder à l'esprit que les enjeux de reconnaissance et d'exécution des décisions peuvent également influencer le maintien ou le déclin de la confiance institutionnelle. Comme on le voit, ces formes d'engagement structurent les voies empruntées par la confiance et les formes qu'elle est susceptible de prendre.

Pourtant la confiance institutionnelle ne se construit pas dans le vide. Elle nécessite des supports, matériels et symboliques. En effet pour que la confiance ne soit pas aveugle il est nécessaire que celui qui confère sa confiance ne renonce pas à exercer son jugement et à être informé, mais également qu'il maintienne une vigilance active sur le bénéficiaire de sa confiance tout en respectant la délégation de pouvoir qui y est inhérente. Étant donné qu'« [i]l n'est malheureusement pas en notre pouvoir d'exercer un contrôle direct sur quoi que ce soit au-delà de la sphère immédiate de nos interactions »[305], et que la confiance institutionnelle déborde par définition cette sphère, des *dispositifs* de confiance sont élaborés et mis en œuvre pour répondre à cette incapacité de contrôle direct. Ce sont des dispositifs auxquels on s'en remet pour évaluer la fiabilité des partenaires ou des institutions. Ce sont ceux-là même qui se chargeront de nous informer sur autrui, seront les garants de la crédibilité de l'engagement des institutions, et nous protègeront des manipulations, de l'opportunisme et des tromperies des individus. C'est L. Karpik qui, le premier, a approfondi le concept afin de comprendre comment des engagements problématiques se métamorphosent en engagements crédibles dans la sphère économique[306]. Il y distingue deux types de dispositifs qui servent à faire face à l'opacité des marchés : les dispositifs de *promesse* et ceux de *jugement*. Les premiers permettent de réduire

[304] SCHWARZ Michael, « Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *op. cit.* p. 12. Comme nous le verrons plus bas, les jugements de fond, tel que l'attribution d'une autorité parentale exclusive, constituent également des actes significatifs en termes de confiance institutionnelle (cf., *infra*, deuxième partie, chapitre I, 2.3).
[305] QUÉRÉ Louis, « Les « dispositifs de confiance » dans l'espace public », *op. cit.*, p. 207.
[306] KARPIK Lucien, « Dispositifs de confiance et engagements crédibles », *Sociologie du travail*, vol. 38, nº 4, 1996, p. 527–550.

l'ignorance sur la qualité des biens et des services proposés, les seconds préservent du comportement opportuniste des partenaires.

Bien que le contexte d'action des magistrats et des médiateurs se distingue de celui de partenaires économiques faisant face à l'opacité du marché, on y retrouve cependant une confiance organisée normativement par des dispositifs de jugement et de promesse. Dans le cas qui nous intéresse ici, ces dispositifs de confiance sont juridiquement organisés et l'on peut, dans une certaine mesure, affirmer que la loi s'en remet à des dispositifs de confiance pour favoriser la coopération transnationale. Les dispositifs de jugement (tel que le réseau des magistrats européens pour les juges ou le réseau global de médiateurs familiaux internationaux) servent à augmenter la connaissance sur les systèmes légaux nationaux et les formes familiales propres à chaque contexte national et culturel. On peut affirmer, par ailleurs, que, dans son essence même, la Convention de La Haye de 1980 incarne un dispositif de promesse : c'est un instrument qui cherche avant tout à favoriser la confiance entre partenaires et à minimiser la méfiance entre les États, les comportements opportunistes revêtant ici les atours du protectionnisme des ressortissants nationaux, nous approfondirons ce point loin dans ce chapitre (cf. *infra*, 3.2).

3 Relecture du cadre conventionnel et réglementaire à l'aune de la confiance

Avant de proposer une relecture du cadre conventionnel, nous aimerions insister sur le fait que l'analyse de cette section relève d'un examen des textes juridiques et donc de ce qu'on pourrait qualifier de *law in the books*, plutôt que des pratiques juridiques en tant que telles. Il est crucial d'acter le hiatus entre intention normative et action sociale, *gap* dont l'analyse est d'ailleurs devenue lieu commun de la sociologie du droit[307]. Il s'agira donc dans cette section de se cantonner à l'analyse des textes de droit, en ce qu'ils expriment des prescriptions normatives ayant plus à faire avec une présomption de confiance que d'une confiance effective. L'effectivité empirique de la confiance en situation sera l'objet des chapitres I et II de la deuxième partie de cette thèse, entièrement dédiés à l'analyse des discours sur les pratiques des juges et des médiateurs, aux prises avec les difficultés et les opportunités de l'établissement et du maintien d'une confiance entre États et entre parents.

Nous considérons donc la CLaH80 comme le Règlement Bruxelles II bis comme des *dispositifs de confiance organisés juridiquement*. Ces instruments juridiques, entièrement orientés vers la coopération entre États et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, requièrent des magistrats en charge des dossiers de témoigner une confiance institutionnelle à un magistrat étranger. Ce faisant, le juge ne fait pas confiance à proprement parler à un inconnu : il accorde sa confiance à son *homologue étranger*, c'est-à-dire à un membre appartenant à un même groupe, que nous nommerons *communauté de confiance.* En effet, N. Luhmann avait pointé l'existence des communautés de confiance sans pour autant s'y attarder, nous y voyons pourtant un concept porteur que nous nous proposons d'opérationnaliser dans le cadre de notre analyse[308]. Nous avançons en ce sens que la Convention de La Haye de 1980, au-delà de la simple régulation du litige, *institue une communauté de confiance*[309], dont le maintien se pérennise par le biais du dispositif de confiance juridiquement cadré qu'elle organise : la procédure de retour immédiat et ses exceptions.

[307] NELKEN David, « The Gap Problem in the Sociology of Law: A Theoretical Review », *Windsor Y.B. Access Just*, vol. 1, 1981, p. 35-51.
[308] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.,* p. 82.
[309] On retrouve d'ailleurs cette double fonction de régulation et d'institution dans l'analyse du commerce des juges proposée par J. Allard et A. Garapon, cf. ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit, op. cit.,* p. 31.

On peut élaborer une définition de cette communauté de confiance par distinctions successives, en prenant comme points de repère la communauté d'intérêts, développée dans la sociologie des professions de M. Weber, et la communauté de valeurs, notion juridique clef de l'intégration européenne. La notion de communauté d'intérêts réfère à la communauté la plus faiblement solidaire, qui vise uniquement à rassembler des individus partageant un intérêt commun vis-à-vis de la concurrence ou de l'extérieur[310]. Il s'agit donc de procéder à la simple association d'intérêts individuels, visant ainsi à protéger l'intérêt collectif de ces individus par agrégation. La communauté de valeurs, quant à elle, trouve son origine dans le droit de l'Union, et implique une présomption de partage de valeurs entre ses membres, tels les États de l'Union européenne censés partager les valeurs véhiculées par le droit des droits fondamentaux[311]. En poussant le cadre un peu plus loin encore, nous avançons que les communautés de confiance sont des communautés de valeurs qui impliquent une présomption de confiance mutuelle entre États, au-delà d'une simple présomption de partage de valeurs. Gardons à l'esprit que c'est bien la *présomption* de confiance qui constitue le critère de définition de la communauté de confiance et non pas l'existence d'une confiance effective entre les États membres.

Comme mentionné précédemment, bien que l'acte fondateur de la communauté de confiance de la CLaH80 remonte à 1980, son institution *ex nihilo* ne peut en garantir le fonctionnement continu : chaque jugement de retour ou de non-retour, selon la motivation qui le justifie, met en péril ou contribue au maintien de cette communauté de confiance, réinstituant indéfiniment la communauté. Il en va de même pour chaque reconnaissance, et exécution de jugements à l'étranger.

Même si la fondation et le maintien de la communauté de confiance ne peuvent être considérés comme des dynamiques séparées en pratique, il est cependant bienvenu d'en effectuer la distinction au niveau analytique. Nous explorerons donc ces deux aspects via une relecture des instruments d'encadrement de l'enlèvement d'enfants à l'aune des concepts de confiance développés ci-dessus. Nous nous arrêterons sur la CLaH80, d'une part, en examinant la *fondation* de cette communauté de confiance et les enjeux propres à l'ouverture relative de la Convention concernant l'acceptation de ses nouveaux membres et la stratification subséquente de la communauté en sous-groupes (3.1) ; d'autre part, nous explorerons les ressorts du

[310] WEBER Max, *Economie et Société*, Plon., Paris, 1971.
[311] RIZCALLAH Cecilia, « Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 118, nº 2, 2019, p. 298 ; BARATTA Roberto, « La "communauté de valeurs" dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Revue des affaires européennes*, vol. 1, nº 1, 2018, p. 81-91.

maintien de cette communauté en se focalisant sur les conditions du *bon fonctionnement* de la coopération judiciaire en matière d'enlèvements (3.2). Nous apporterons enfin des considérations supplémentaires au sujet du Règlement Bruxelles II bis, qui incarne une communauté de confiance à haute intensité (3.3), avant de conclure ce chapitre et de nous tourner vers les aspects empiriques de notre enquête.

3.1 Le moment fondateur : l'institution de la Convention de La Haye de 1980 en tant que communauté de confiance

Il faut d'abord noter que la notion de confiance est totalement absente du texte conventionnel. Le rapport explicatif de la Convention, quant à lui, en contient seulement deux mentions explicites en plus de soixante pages de commentaires. L'une d'elles se retrouve au point 41 du rapport explicatif de la Convention concernant « l'ouverture de la convention aux États non-membres de la Conférence de La Haye »[312], sous cette formulation :

> « 41. […] la Convention s'est manifestée en tant que Convention de *coopération*, en déterminant *son caractère semi-ouvert*. En principe, tout Etat pourra adhérer à la Convention, mais son adhésion « n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérant et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion » (article 38). En agissant de la sorte, les États contractants ont cherché à maintenir *l'équilibre nécessaire entre le désir d'universalisme et la conviction qu'un système de coopération n'est efficace que lorsqu'il existe entre les Parties un degré de confiance mutuelle suffisant* » (nous soulignons).

Le caractère semi-ouvert du mode d'adhésion à la communauté conventionnelle signifie donc que bien qu'acceptant qu'un État fasse partie de la communauté, il est laissé à l'appréciation de chacun des États membres d'accepter ou non d'entamer des relations bilatérales avec les nouveaux États adhérents. Autrement dit, les États déjà parties à la Convention gardent une maîtrise sur la mise en place de relation bilatérales, même si le nouvel État fait effectivement partie de la Convention.

Il n'est pas étonnant de trouver la mention de la notion de « confiance mutuelle » à cet endroit, en lieu et en place de l'usuelle « coopération judiciaire ». L'idée sous-jacente est que, pour qu'une coopération judiciaire soit autre chose qu'un vain mot, qu'une intention sur papier, il est nécessaire qu'existe et soit entretenue une confiance mutuelle minimale entre les systèmes

[312] PÉREZ-VERA Elisa, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants*, *op. cit.* p. 436.

légaux et les institutions judiciaires des États membres de la Convention. Cette confiance est cependant conditionnée par une *similitude* et une *compatibilité* minimales des systèmes juridiques et une *fiabilité* minimale des institutions judiciaires. C'est donc ici le *principe de confiance mutuelle (« mutual trust »)* entre États qui nous intéresse et qui constitue le véritable ciment de la Convention, ouvrant des possibilités d'actions autrement indisponibles.

S'attarder plus avant sur les modes d'appartenance à la CLaH80 est révélateur à cet égard. On peut délimiter trois sous-groupes au sein de la communauté de confiance, soumis à des règles d'appartenance différentes en fonction de la similitude et de la compatibilité des systèmes juridiques, mais également de l'ancienneté de l'appartenance[313]. En premier lieu, le noyau dur de la Convention rassemble les États membres de la HccH à l'époque de la ratification de la CLaH80, s'adossant à une communauté de confiance historiquement attestée par la rédaction et la ratification de conventions antérieures. La CLaH80 entre en vigueur automatiquement entre ces États, sans possibilité d'exception de relation bilatérale (les colonnes « R » sur le document consultable en ligne, seuls États autorisés à « ratifier » à proprement parler la Convention). Un second sous-groupe est constitué par les membres ayant adhéré à la HccH après l'adoption de la Convention, ceux-ci étant dès lors uniquement en mesure « d'adhérer » à la CLaH80 et non pas de la ratifier à proprement parler[314]. Ici s'applique la prescription mentionnée précédemment, concernant le caractère semi-ouvert de la Convention, qui laisse donc à chaque État membre le loisir d'accepter ou non d'entamer des relations bilatérales avec le nouveau venu (les États estampillés d'un « A » dans la première colonne de la matrice, dans

[313] Cette matrice consultable en ligne permet de visualiser les divers sous-groupes de la communauté de confiance de la CLaH80. Sa consultation est nécessaire à la compréhension du développement qui suit.

[314] La FAQ de la HccH l'explique en détail comme suit : « En signant une Convention, un Etat exprime, en principe, son intention de devenir Partie à la Convention. La signature ne préjuge en aucune manière l'éventuelle suite (ratification ou non) que donnera cet Etat.
La ratification entraîne une obligation juridique pour l'Etat ratifiant d'appliquer la Convention. Dans la terminologie de la Conférence de La Haye, la ratification est, en général, réservée aux seuls États membres. Font exception, notamment, la Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises qui est ouverte à la signature et à la ratification de tous les États sans distinction, et la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale qui est ouverte à la signature et à la ratification de tous les États ayant participé à la Dix-septième session.
Les autres États désirant devenir Parties à une Convention de La Haye peuvent adhérer à celle-ci. Pour ce faire, la Convention doit être en vigueur. Cette adhésion doit, dans certains cas, être acceptée par les États déjà Parties à la Convention. Ce système d'acceptation varie d'une Convention à l'autre : certaines Conventions prévoient un système d'acceptation tacite (à défaut d'opposition dans un certain délai ; voir, par exemple, l'art. 58 (3) de la Convention de 1996 sur la protection des enfants), alors que d'autres exigent une acceptation expresse par les États parties à la Convention (voir, par exemple, l'art. 38 (4) de la Convention de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants). Rappelons que la Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises prévoit que tout Etat (y compris des États membres de la Conférence) peut adhérer à la Convention », https://www.hcch.net/fr/faq, au point [s] (dernière consultation le 01.11.20).

le premier « carré »). Enfin, un troisième sous-groupe de la communauté de confiance se dessine au bas de la matrice, reprenant les États non-membres de la HccH, soumis aux mêmes règles d'appartenance que le second sous-groupe, mais dont les relations de confiance mutuelles entre États sont moins nombreuses.

On peut tirer diverses conclusions de la lecture de cette matrice : premièrement, que cette communauté de confiance est organisée selon des niveaux d'intensité de relations de confiance distincts, et les règles qui président à l'entame d'une relation de confiance entre États varient également en fonction des types d'appartenance au groupe. En second lieu, que l'adhésion à la HccH semble être un gage de confiance et une garantie de compatibilité et de fiabilité minimales des institutions judiciaires et systèmes juridiques nationaux, puisque les relations bilatérales actées sur papier sont bien plus nombreuses entre les « Adhérents » membres de la HccH qu'avec les « Adhérents » non-membres de la HccH. Cette cassure nette est lisible dans la partie inférieure du tableau. En troisième lieu, on constate sans ambiguïté que la confiance se gagne avec le temps et que les États ayant ratifié en dernier lieu la Convention sont les moins susceptibles d'entretenir des relations bilatérales avec les autres États (exception faite évidemment des États membres de la HccH ayant rejoint tardivement la Convention). Enfin, il convient de noter que l'ouverture tous azimuts aux membres de la Convention n'est pas en soi garante d'une confiance institutionnelle effective : le cas du Brésil, par exemple, qui a développé des relations bilatérales au-dessus de la moyenne, doit être rapporté à l'effectivité des retours et le fait de « jouer le jeu » de la Convention[315]. C'est dire que la confiance ne s'exige pas, mais ne se décrète pas non plus[316]. C'est donc non seulement l'adhésion, mais aussi le maintien *en pratique* de la confiance mutuelle entre États qui s'avèrent décisifs, d'où l'intérêt de se pencher, comme nous le ferons dans le chapitre suivant, sur le fonctionnement de la Convention du point de vue situé des magistrats belges.

En termes plus généraux, on peut confirmer que la confiance est ici « décidée »[317], systémique, c'est-à-dire réflexivement instituée par le système juridique pour faire face à la complexité de la situation, à la variabilité des systèmes juridiques nationaux et des cultures familiales

[315] Plusieurs témoignages différents lors de la VIIe Commission Spéciale sur la CLaH80 corroborent un engagement formel, voire cosmétique, du Brésil vis-à-vis des États contractants, puisque, bien qu'il soit engagé vis-à-vis de nombreux États, on lui reproche de se faire passer pour le bon élève tout en ne jouant pas le jeu de la Convention en pratique. Il faudrait bien évidemment des indices objectifs tels que les taux de retour ou la lenteur des procédures pour étayer ces affirmations, mais le point ici est surtout de souligner que l'acceptation d'adhésion n'équivaut pas à l'effectivité du fonctionnement conventionnel, ni, partant, de la confiance institutionnelle.
[316] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 49.
[317] LUHMANN Niklas, « Confiance et familiarité. Problèmes et alternatives », *op. cit.*

nationales. On observe donc bien le *rôle fonctionnel de réduction de la complexité sociale* de la confiance[318]. Pour N. Luhmann, la conservation d'un système ou d'un sous-système passe par sa relation à son environnement et la sélection de la réalité pertinente pour le système. Cette sélection se fait selon un code binaire, qui sera celui du droit/non-droit pour le système juridique couplé ici, nous le verrons, au mécanisme de réduction de la complexité fonctionnant également par code binaire : le code, moins formalisé, confiance/méfiance[319].

On ne s'étonnera pas, dès lors, que la notion de confiance reste tacite dans l'intégralité du texte conventionnel (et ce, malgré qu'elle soit décidée) et qu'une des seules mentions explicites concerne la règle d'admission des membres dans la communauté de confiance évoquée plus haut. Suivant N. Luhmann toujours :

> « Alors que la réflexivité est l'exception en matière de confiance personnelle, la confiance systémique se construit sur le fait que l'autre fait également confiance et que cette communauté de confiance devient consciente. Il est évident que, dans les cas concrets, il n'est pas nécessaire de réfléchir au fait que la capacité fonctionnelle *repose* sur la confiance dans la confiance. Il semble plutôt que le rapport à l'argent, au pouvoir et à la vérité est appris en tant que *comportement* et que la réflexivité de ce mécanisme et le risque élevé qu'il comporte demeurent latents. […] Pourtant, la base rationnelle de la confiance systémique se trouve dans la confiance dans la confiance des autres »[320].

Il n'est pas surprenant que surgisse alors au cœur de l'efficience de la confiance mutuelle organisée juridiquement la question du degré d'ouverture de la communauté de confiance : il en va de la nécessité de partager des normes et des valeurs réputées régler les comportements des membres de cette communauté comme le commande l'« appartenance catégorielle » déjà évoquée ci-dessus[321]. Quelles sont ces normes, quelles sont ces valeurs ? Au niveau des normes, on peut sans hésiter avancer que les règles explicitement instituées par la Convention de La Haye de 1980 et les critères retenus pour qualifier le litige doivent bien évidemment être supposés partagés par tous ses membres[322]. C'est au niveau des valeurs que l'affaire se

---

[318] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.* pp. 2-8.
[319] Bien qu'étant une alternative fonctionnelle au droit, la confiance n'en comporte pas les mêmes caractéristiques, et ne peut être conçue comme « appartenant » à un système : sa caractéristique est d'être un mécanisme de réduction de la complexité *transversal*, moins formalisé que le droit.
[320] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.* p. 82.
[321] QUÉRÉ Louis, « La structure cognitive et normative de la confiance », *op. cit.* p. 145.
[322] Notons, par exemple l'existence mentionnée précédemment des définitions *autonomes* des droits de garde et de visite (art. 5), indépendantes des droits nationaux, que les juges et les avocats sont contraints de manier *selon la définition de la Convention* et non pas en fonction du système juridique du justiciable en cause.

complique et qu'en pratique, l'efficience de la coopération peut se voir mise à mal. Un premier complexe de valeurs substantielles, primordiales, mais floues, qui sera approfondi ultérieurement, doit déjà être mis en avant ici tant il importe au niveau du fondement et du fonctionnement de la communauté de confiance : l'intérêt supérieur de l'enfant et ses soubassements en matière de droits fondamentaux. Ce principe s'adosse, comme nous l'avons vu, à la Convention des droits de l'enfant de 1989 et à la Convention des droits de l'homme de 1950, mais il s'agit avant tout d'un principe de jugement flou, ouvrant une marge d'appréciation laissée au juge. À un second niveau, on pourrait soutenir que la confiance peut excéder le rôle purement fonctionnel qui lui était initialement assigné et se muer en valeur – glisser de moyen à fin[323]. Dès lors, souscrire à la délégation de pouvoir organisée par la Convention implique un engagement, latent ou non, envers les valeurs de coopération et de confiance, nous y reviendrons (cf. *infra*, 3.2 et 3.3). Chacun des jugements motivés de manière adéquate, et spécialement chacun des jugements de retour sont autant de *preuves en actes* d'un juste engagement entre nécessité fonctionnelle et respect des valeurs qui soudent la communauté. En ce sens, la confiance institutionnelle ne se base sur rien d'autre en réalité que sur la confiance mutuelle que se portent les membres de la communauté.

3.2 Le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 : confiance par défaut, méfiance légitime et illégitime

On pourrait espérer, en s'inspirant de certains penseurs de la confiance, que l'acte instituant de la communauté de confiance suffise à sa contagion généralisée, que l'on puisse ensuite laisser la confiance, phénomène vertueux et « auto-vérifiant »[324] par essence, s'autoalimenter[325]. Néanmoins, cette posture trop confiante vis-à-vis de la confiance reviendrait à ignorer le versant contraire de la confiance, à importance égale, que constitue la méfiance. Cette dernière, à la fois le contraire et un équivalent fonctionnel de la confiance, incarne également un phénomène autoalimenté, si pas *le* phénomène auto-vérifiant par excellence, appelant sa propre confirmation :

---

[323] C'est d'ailleurs en ce sens que M. Schwarz critique le caractère téléologique de la confiance mutuelle entre États de ce qu'il considère comme une idéologie portée par les Cours européennes : la confiance mènerait, naturellement, vers plus de coopération et serait donc une valeur à poursuivre, une fin en soi, alors qu'il s'agit en réalité d'un moyen qui doivent être mis en œuvre de manière équilibrée dans la politique l'intégration européenne. Nous y reviendrons dans la section 3.3 de ce chapitre. SCHWARZ Michael, « Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *op. cit.*

[324] CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », *op. cit.* p. 181.

[325] *Ibid.*

> « La méfiance a […] une tendance inhérente à se confirmer, se renforcer dans les relations sociales ; cela constitue un bon exemple, voire même le cœur de ces processus auxquels Merton a consacré un essai classique sous l'appellation de « *self-fulfilling prophecy* ». Ils se fondent pour ainsi dire sur un principe de rétroaction inversée ; un système mal organisé ou encore organisé de manière incertaine s'équilibre avec son environnement, cela non pas du fait qu'il se corrige en se basant sur ses effets, mais plutôt du fait qu'il se trouve confirmé dans ses effets et qu'il y trouve des points de départ pour de nouvelles causes »[326].

Bien qu'équivalente fonctionnellement parlant, la méfiance présente cependant une efficacité moindre car elle entraîne des opportunités d'action réduites par rapport à la confiance. En effet, « [l]a méfiance opère elle aussi une simplification, une simplification souvent drastique. Celui qui se méfie a besoin d'un plus grand nombre d'informations et il diminue en même temps la quantité d'informations sur lesquelles il peut s'appuyer en confiance. Il devient *plus fortement* dépendant d'un *plus petit nombre* d'informations. Et ainsi, la possibilité d'être déçu gagne à nouveau en importance »[327]. De surcroît, la méfiance est loin d'être un phénomène anodin, puisque sa *généralisation* entraîne une dynamique destructrice qui paralyse l'action. Selon les termes, à nouveau, de N. Luhmann, « un système social qui a besoin du comportement méfiant de ses participants en vue de certaines fonctions ou qui ne peut l'éviter, a besoin en même temps de mécanismes qui empêchent que la méfiance prenne le dessus, qu'elle devienne réciproque et se transforme en une force destructrice sous l'effet de processus d'amplification réciproque »[328]. L'enjeu donc, pour que la coopération judiciaire au sein de la communauté de confiance instituée par la Convention de La Haye soit effective, est d'éviter la généralisation de la méfiance, ce qui reviendrait en réalité à rétablir l'état antérieur à l'adoption de la Convention : le cloisonnement dans l'espace national.

Ne nous méprenons pas pour autant, ni la confiance ni la méfiance ne peuvent être généralisées à titre de principe unique : c'est l'alternative binaire de la confiance et de la méfiance qui forme le socle rationnel au niveau systémique. Ou selon N. Luhmann : « [l]a rationalité systémique ne peut être attribuée uniquement à la confiance. Elle se situe plutôt à un niveau qui englobe la confiance et la méfiance, notamment dans la *schématisation binaire* d'une relation originaire au monde et d'une *alternative*, structurée entre la confiance et la méfiance »[329]. Il s'agira alors

[326] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.* p. 87.
[327] *Ibid.* p. 84.
[328] *Ibid.* p. 89.
[329] *Ibid.* p. 105.

toujours d'une confiance relative, limitée par une méfiance justifiée, considérée légitime, « bien placée ».

Le dispositif de la Convention de La Haye consacre un encadrement institutionnel fonctionnant effectivement sur le couplage binaire confiance/méfiance. En ce sens, la CLaH80 institue, par son principe de retour immédiat, la *confiance comme principe par défaut*, une sorte de « présomption de confiance » encadrée par des exceptions justifiées que l'on pourrait qualifier de *méfiances légitimes*. En effet, des exceptions ont été prévues à ce principe de confiance, puisqu'il s'agit avant tout de ne pas la rendre aveugle. L'esprit de la Convention de La Haye de 1980 correspond assez bien par là aux vertus éthiques classiques de la confiance comme obligation : « même si une obligation générale de faire confiance est formulée à titre de principe, la décision de la suivre ou non doit être déléguée et confiée à la situation »[330]. Effectivement, le tout-à-la-confiance comme le tout-à-la-méfiance semblent identiquement entraîner des situations de régulation inefficaces : le retour systématique met en péril les droits de l'enfant, puisqu'il ignore tout examen de la situation familiale ; le refus de retour systématique met en péril la coopération internationale et la confiance institutionnelle, puisque c'est le mécanisme même par lequel ces dernières procèdent.

Mais en quoi consiste cette méfiance illégitime pour le juge ? Il s'agit du *non-retour systématique*, du refus récurrent de renvoi vers la juridiction compétente ; elle s'évalue donc sur le *long terme*. Le taux de retour d'un État devient alors un indicateur de sa fiabilité concernant la confiance institutionnelle[331]. La méfiance s'incarne dans le vocable du *protectionnisme des ressortissants nationaux*, qui s'apparente à une sorte de crispation souverainiste, un refus de délégation, une rétention *non motivée* ou *mal justifiée*. Mais que renferme l'idée de protectionnisme des ressortissants nationaux ? Par quel moyen s'infiltre-t-elle dans le fonctionnement de la Convention ?

La voie royale qu'emprunte cette méfiance consiste à faire passer la protection de l'enfant et de son intérêt pour la protection des valeurs familiales que sa nationalité exprimerait. C'est-à-dire, par exemple, une préférence pour le rôle parental dévolu exclusivement à la mère, favorisant

[330] *Ibid.* p. 101.
[331] Ce taux est très variable selon les États membres : en 2011 il était de 88% au Canada pour seulement 30% en Pologne. La moyenne se stabilise quant à elle à 64%. (MCELEAVY Peter, « The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection? », *Netherlands International Law Review*, vol. 62, nº 3, 2015, p. 365–405. p. 369).

donc la maternité au détriment du principe d'égalité parentale[332]. Autrement dit, il s'agit de faire coïncider l'intérêt supérieur de l'enfant et la protection des valeurs familiales nationales. Cet usage stratégique, détourné du droit, constitue le moyen par lequel s'infiltre la méfiance illégitime dans le fonctionnement du système de coopération internationale encadrant l'enlèvement parental international.

Pour saisir cet usage stratégique du droit il est nécessaire de distinguer *l'objet de la méfiance*. En effet, si les exceptions au principe de confiance par défaut apparaissent au niveau de l'individu (les articles 11 à 13 de la Convention de La Haye), *les possibilités de méfiance à l'égard d'un État sont, bien qu'existantes, extrêmement limitées*[333]. En ce sens, faire passer la protection des ressortissants nationaux pour une protection de l'intérêt supérieur de l'enfant est au cœur de certaines critiques houleuses provenant de magistrats que nous avons interrogés, cette pratique, leur semblant relever d'un mésusage de l'instrument conventionnel, et donc d'une forme d'instrumentalisation du droit.

Le calibrage interprétatif de l'article 13 (1) (b) de la CLaH80, exception par excellence où se loge la méfiance des juges vis-à-vis des individus entourant l'enfant, devient alors cardinal pour jauger de la légitimité de la méfiance institutionnellement encadrée[334]. Dès lors, le double enjeu de savoir *quelle place donner à l'examen de l'intérêt de l'enfant* et *quelle liberté d'appréciation laisser au juge* (dans l'interprétation de la notion, en amont du mécanisme de retour immédiat) est absolument crucial : il en va, comme le soulignent d'une voix quasi unanime les juristes, de

[332] C'est en ce sens que deux magistrats interrogés considèrent que la Pologne donne toujours raison à la mère : « Concernant le pays elle-même je pense que la Pologne ne comprend pas le traité : ce sont toujours les mères qui sont dans leur droit et qui ont raison. Mais pour le reste la plupart des pays respectent la philosophie du traité » (J6, entretien 1) et « Au niveau des magistrats… la Pologne ne veut pas connaître les Conventions internationales, c'est clair. C'est tout pouvoir pour la maman, point quoi » (J1, entretien 1).

[333] La méfiance légitime vis-à-vis d'un État est par contre acceptable au moment de l'évaluation de l'adhésion à la communauté de confiance d'un État par un autre, en amont de la situation du jugement du cas individuel qui concerne un magistrat en particulier.

[334] D'innombrables commentaires ont été développés sur les évolutions de ce point de jurisprudence (par ex : L. WALKER et P. BEAUMONT, « Shifting the balance achieved by the Abduction Convention: the contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice », *Journal of Private International Law*, 2011, p. 231–249 ; SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.* ; PFEIFF Sylvia, « L'enlèvement international d'enfants dans l'Union européenne : la fin du retour immédiat ? », *op. cit.*, spécialement concernant les affaires Cour EDH, arrêt du 6 décembre 2007, *Mamousseau et Washington c. France*, req. n° 39388/05 ; Cour EDH (Grande Chambre), arrêt du 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07 ; Cour EDH, arrêt du 26 novembre 2013, *X c. Lettonie*, req. n° 27853/09.

la raison d'être même de l'instrument conventionnel[335]. Et de la continuité de l'existence de la communauté de confiance[336].

La possibilité de méfiance *à l'égard d'un État* membre de la communauté de confiance mentionnée ci-dessus est encadrée par l'article 20 de la CLaH80, particulièrement flou et général, selon lequel « le retour de l'enfant […] peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Néanmoins, il est intéressant de noter que cette exception incarnant une forme de méfiance prévue comme légitime directement à l'encontre d'un État est presque inusitée, puisque son usage reste extrêmement peu fréquent (4 cas comptabilisés depuis 2008, soit 1% des motifs de refus de retour[337]). Ceci peut s'expliquer, pour les États non-membres de la HccH lors de l'adoption de la Convention, par le fait qu'un garde-fou de la confiance envers un État a déjà été placé en amont, lors de l'adhésion des membres à la communauté de confiance. Bien entendu, une actualisation de la situation pourrait remettre en cause la confiance en un État, particulièrement en vertu de la situation politique et de la solidité de ses institutions, fluctuantes au cours du temps. Il semble cependant que la voie privilégiée de la méfiance vis-à-vis d'un État reste donc de la faire passer pour la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, plutôt que de la diriger sur les principes juridiques fondamentaux de l'État en question[338].

---

[335] Par exemple, voyez S. PFEIFF, « L'enlèvement international d'enfants dans l'Union européenne : la fin du retour immédiat ? », in L. Barnich *et al.*(dir.) *Le Droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruylandt., Bruxelles, 2016, p. 149-177.

[336] Le rapport explicatif de la CLaH80 exprime clairement cette inquiétude en son point 34 : « Il semble nécessaire de souligner que les exceptions de trois types au retour de l'enfant doivent être appliquées en tant que telles. Cela implique avant tout qu'elles doivent être interprétées restrictivement si l'on veut éviter que la Convention devienne lettre morte. En effet, la Convention repose dans sa totalité sur le rejet unanime du phénomène des déplacements illicites d'enfants et sur la conviction que la meilleure méthode pour les combattre, au niveau international, est de ne pas leur reconnaître des conséquences juridiques. La mise en pratique de cette méthode exige que les États parties à la Convention soient convaincus de ce qu'ils appartiennent, malgré leurs différences, à une même communauté juridique au sein de laquelle les autorités de chaque Etat reconnaissent que les autorités de l'un d'entre eux — celles de la résidence habituelle de l'enfant — sont en principe les mieux placées pour statuer en toute justice sur les droits de garde et de visite. *De sorte qu'une invocation systématique des exceptions mentionnées, substituant ainsi au for de la résidence de l'enfant le for choisi par l'enleveur, fera s'écrouler tout l'édifice conventionnel, en le vidant de l'esprit de confiance mutuelle qui l'a inspiré* » (nous soulignons).

[337] N. LOWE et V. STEPHENS, *A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Part I*, 2017, p.28.

[338] C'est du moins l'hypothèse que nous posons pour saisir les divergences considérables de taux de retour entre les États parties à la Convention qui, comme mentionné précédemment, varient de seulement 30% à près de 90%. Un tel écart semble difficilement imputable aux seuls caractéristiques intrinsèques et factuelles des cas rencontrés par les juges des divers États. Les statistiques montrent d'ailleurs que 64% des refus des juges polonais ont été prononcés sur base de l'exception de l'art. 13 (b) (bien au-delà de la moyenne globale), ce qui solidifie encore davantage cette hypothèse (N. LOWE, *A statistical analysis of applications made in 2008 under The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 2011, p. 36).

Pour comprendre pourquoi l'usage détourné de la lettre du droit semble être monnaie courante dans les cas d'enlèvements parentaux, il faut garder à l'esprit qu'une présomption d'un partage de valeurs communes n'est pas égale à l'effectivité de ce partage. En effet, les communautés de confiance, spécialement la CLaH80, rassemblent des États dont les législations nationales en droit familial sont difficilement compatibles entre elles, mais également avec les valeurs prônées par la Convention (et ses soubassements en matière de droits fondamentaux)[339]. Autrement dit, il est improbable qu'un consensus au niveau des valeurs soit en réalité atteint entre les membres de la communauté de confiance.

On perçoit alors sans peine le caractère ambivalent du principe directeur d'intérêt supérieur de l'enfant dans ces conditions. Il incarne à la fois un vecteur de coopération au niveau systémique, mais également le point fragile par lequel se manifeste la méfiance légitime, puisqu'il constitue le lieu par excellence du pouvoir discrétionnaire, de la marge d'appréciation laissée au juge requis. Si ce principe de jugement, de par les largesses interprétatives qu'il autorise, est vivement critiqué pour son caractère frôlant l'arbitraire[340], il n'empêche qu'au niveau institutionnel, son caractère sémantiquement flou et indéterminé permet de perpétuer l'illusion d'un consensus de valeurs au sein de la communauté de confiance que représente la Convention de La Haye de 1980[341]. Autrement dit, l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion floue à la

[339] Pour ne prendre qu'un exemple, la récente adhésion du Japon à la CLaH80 répond à un compromis délicat entre nécessité politique et diplomatique (presqu'aucun retour d'enfants en quarante ans) et compatibilité juridique. En effet, le droit familial japonais ne connaît pas de notion d'autorité parentale conjointe après divorce, ce qui, en pratique, tend à aller à l'encontre de son droit à entretenir des contacts avec ses deux parents suite à une séparation ou un enlèvement. Pour plus de précisions concernant les difficultés de la ratification de la CLaH80 par le Japon, voyez HANLEY Paul, « Black Hole in the Rising Sun: Japan and the Hague Convention on Child Abduction », *International Human Rights Law Journal*, vol. 2, nº 1, 2016, p. 1-22. Pour une analyse détaillée des incompatibilités entre droit national japonais et droit international privé, et, de manière plus générale des enjeux du pluralisme juridique dans ce cas de figure, voyez STRUELENS Olivier, « Le droit face à l'enlèvement parental international. La poursuite de l'intérêt de l'enfant au prisme du pluralisme juridique », *op. cit.*

[340] Voyez par exemple les conclusions de B. Vassallo : « La notion d'intérêt de l'enfant peut-elle faire échec aux règles de compétence ou permettre d'écarter une disposition nationale contraire ? Certains voient dans une trop grande extension de ce concept la porte ouverte à un certain arbitraire ». VASSALLO Bénédicte, *Présentation des instruments internationaux de coopération concernant l'enfance: conventions de la Haye sur les déplacements illicites d'enfants et sur l'adoption internationale, Bruxelles II bis*, 2009. p. 37 ; ou encore « Le fait que depuis les années 1990, de nombreux instruments internationaux, mais aussi des jurisprudences internes et européennes, fassent appel à la formule « intérêt supérieur de l'enfant » semble démontrer l'existence d'un consensus international autour d'un concept dont il faut pourtant bien reconnaître que déterminer le sens n'a rien d'évident » M. EUDES, « La convention sur les droits de l'enfant, texte emblématique reconnaissant l'intérêt de l'enfant… et passant sous silence les droits des femmes ? », *Revue des droits de l'homme*, juin 2013 p. 3. Voir également LETO Marisa, « Whose Best Interest-International Child Abduction under the Hague Convention », *Chi. J. Int'l L.*, vol. 247, nº 3, 2002, p. 247.

[341] La notion d'illusion ne revêt ici aucune portée épistémologique : il ne s'agit pas d'adhérer à une science sociale du dévoilement qui condamnerait l'illusion des acteurs pour y substituer une vérité sociologique. L'illusion est comprise ici en un sens plus restreint et commun, il s'agit plutôt du rapport entre abstraction et concrétude, entre

fonction finalement claire : permettre l'illusion d'un consensus dans une communauté de confiance au pluralisme juridique marqué. Pourtant, ceci ne revient pas à nier ou sacrifier le caractère signifiant du principe d'intérêt supérieur de l'enfant : à n'en pas douter, au niveau de la pratique individuelle, il représente un standard de justice qui dirige l'action et le jugement des magistrats. Il contient une visée réelle de justice, il incarne un idéal et est en ce sens un véritable moteur à l'action des praticiens et des justiciables – à la fois ressource et référénce[342]. Il est tout à fait possible, grâce aux marges de manœuvre interprétatives et à la délégation de pouvoir que permet la relation de confiance, de satisfaire dans une certaine mesure le sens du principe de justice au niveau individuel et l'accomplissement de sa fonction au niveau institutionnel.

3.3 L'Union européenne : une communauté de confiance à trop haute intensité ?

Les considérations exposées ci-dessus concernant la CLaH80 sont en grande partie valides pour le Règlement Bruxelles II bis, puisque l'instrument européen opère par le même mécanisme de retour immédiat et connaît des exceptions au retour identiques. Néanmoins, quatre différences majeures doivent être prises en compte et justifient à elles seules le fait de consacrer une section indépendante à l'instrument européen : premièrement, l'Union européenne constitue une communauté de confiance qualitativement différente de la HccH, dont l'histoire et les politiques d'intégration présentent des caractéristiques distinctes ; deuxièmement, la notion de « confiance mutuelle » entre États est un référent explicite du droit européen, abondamment discuté et considéré par la Cour de Justice comme l'une des raisons d'être de l'UE[343] ; troisièmement, la régulation de l'enlèvement d'enfants dans l'espace européen présente des différences qui indiquent l'existence d'une communauté de confiance à plus haute intensité que la HccH ou la CLaH80. Quatrièmement enfin, la communauté de confiance que constitue l'UE est formellement uniforme, homogène, contrairement aux différentes strates que nous avons exposées dans le cadre de la CLaH80.

Puisqu'il y a similitude entre les instruments juridiques, le constat global est partiellement valable : l'encadrement de l'enlèvement parental international procède par une présomption de

idéal et expérience : l'adhésions à des valeurs abstraites s'avèrent moins compatibles que prévu lors de leur mise en œuvre dans les pratiques juridiques.

[342] COMMAILLE Jacques, *A quoi nous sert le droit?*, *op. cit.*, p. 16.

[343] BROUWER Evelien Renate et GERARD Damien, « Mapping Mutual Trust. Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU law », *op. cit.*, p. 1.

confiance mutuelle encadrée par des exceptions au retour. Les différences relèvent dès lors plutôt de l'ordre du dosage, de l'équilibre ou du déséquilibre entre confiance et méfiance autorisées. Comme nous l'avions vu précédemment (cf. *supra*, première partie, chapitre I, 1.2.2), le Règlement Bruxelles II bis instaure trois différences notables par rapport à la CLaH80 : premièrement, l'abolition de la procédure d'*exequatur* normalement nécessaire à la reconnaissance de la force exécutoire des jugements à l'étranger ; deuxièmement, l'article 11.4 du Règlement qui fait peser une contrainte de justification accrue sur le refus de retour (établir que l'État de retour serait inapte à la protection de l'enfant) ; troisièmement, l'article 11.8 qui renforce le pouvoir du juge de l'État requérant, puisque ce dernier a le dernier mot concernant le retour de l'enfant.

Le premier point est simple à interpréter : l'abolition de la procédure d'*exequatur* signifie que la reconnaissance du jugement étranger est automatique (moyennant la simple délivrance d'un certificat qui assure le droit de la défense et l'audition de l'enfant) dans les cas d'enlèvements, et, donc, qu'aucune possibilité de méfiance au niveau de *la reconnaissance* et de *l'exécution* d'un jugement à l'étranger n'est possible. Ceci est justifié entre autres par la nécessité d'agir rapidement compte tenu de l'urgence qui caractérise les litiges d'enlèvements parentaux. C'est donc, ici, une confiance qui s'applique pratiquement sans exception – et qui traduit, sur le point particulier de la reconnaissance, l'achèvement d'une communauté de confiance de haute intensité, puisque la force exécutoire du jugement est appliquée extra-territorialement de manière quasi-automatique[344]. Pour bien prendre la mesure de l'automaticité de la reconnaissance d'un jugement étranger en matière d'enlèvement, ainsi que le rôle que prend la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) dans la défense du principe de confiance mutuelle, l'arrêt Zarraga[345] est instructif à cet égard. Lors d'un cas soumis au Règlement Bruxelles II bis, la CJUE a considéré qu'une autorité nationale ne pouvait vérifier si l'audition de l'enfant prévue par le Règlement pour l'obtention du certificat nécessaire à la reconnaissance du jugement étranger sans *exequatur* avait été effectuée – n'autorisant dès lors aucun contrôle sur le respect de son droit à être entendu. Ceci est motivé par le fait que les ordres juridiques nationaux des deux États impliqués « sont en mesure de fournir une protection équivalente et

[344] BARTOLINI Silvia, « In the Name of the Best Interest of the Child: The Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases », *op. cit.*, p. 11.
[345] CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *Zarraga c. Pelz*, aff. aff. n°C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828

effective des droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, en particulier, dans la Charte des droits fondamentaux »[346].

La seconde différence, l'article 11.4 du Règlement, réduit encore la place laissée à la méfiance par la restriction des exceptions au retour considérées comme légitimes. Le constat est plus délicat à interpréter. L'exception 13 (b), qui se centre normalement sur la figure individuelle de l'enfant et son environnement, est ici directement élargie vers l'objet étatique, en ce que la capacité de l'État à prendre des mesures pour assurer la protection de l'enfant devient déterminante. On ne peut s'en tenir à l'évaluation d'un risque grave pour l'enfant : il doit être de surcroît établi que l'État ne peut assurer la protection du mineur. Dès lors, l'objet de la méfiance étant également un État, le refus de retour soumis au Règlement Bruxelles II bis présente des enjeux diplomatiques sensibles.

En troisième lieu, soulignons qu'il est de toute façon possible pour le juge de l'État d'origine, donc requérant, d'ignorer cette justification et d'ordonner le retour sans moyens de recours ou de marge de manœuvre pour le juge de l'État où l'enfant a été déplacé. Dès lors, cette restriction de l'ampleur des justifications légitimes semble perdre en partie son sens, puisque le juge de l'État d'origine peut subséquemment forcer un retour, quelle que soit la justification proposée par son homologue, s'il statue sur le fond et décide que la résidence de l'enfant sera établie dans l'État d'origine. En pratique, presque aucun magistrat n'établit l'incapacité de protection d'un État, et l'équilibre que l'on pourrait déceler entre refus de retour justifié et retour effectif forcé n'est pas, de l'avis de nombre de commentateurs, satisfaisant[347].

Si l'on prend en compte ces trois aspects de manière conjointe, ces dispositions du Règlement Bruxelles II bis paraissent révéler que l'espace européen constitue une communauté de confiance homogène à plus haute intensité que celle matérialisée par la CLaH80. Pourtant, il semblerait que les possibilités de méfiance soient à ce point réduites à de rares exceptions que la confiance mutuelle entre États mette en danger à la fois la souveraineté étatique et les droits

[346] CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *Zarraga c. Pelz*, aff. aff. n°C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828, point 70.

[347] BARTOLINI Silvia, « In the Name of the Best Interest of the Child: The Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases », *op. cit.* ; RIZCALLAH Cecilia, « Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? », *op. cit.* ; RIZCALLAH Cecilia, « The challenges to trust-based governance in the European Union: Assessing the use of mutual trust as a driver of EU integration », *European Law Journal*, vol. 25, n° 1, 2019, p. 37-56 ; ANAGNOSTARAS Georgios, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant », *op. cit.*

fondamentaux des individus[348]. Ce point n'a pas échappé aux juristes dont l'interrogation sur la justesse de l'équilibre entre confiance mutuelle et protection des droits fondamentaux a donné lieu à de nombreux débats, débordant d'ailleurs le seul enjeu de la coopération judiciaire en matière civile[349]. Ici, les discussions propres au champ juridique sur la notion de confiance mutuelle entre États deviennent intéressantes pour notre analyse interdisciplinaire de compréhension sociologique des idées juridiques.

Certains chercheurs décrivent en effet ce qui s'apparente à une *marche idéologique forcée* de la confiance au sein de l'Union européenne[350], particulièrement portée par la Cour de Justice européenne, qui s'en est officiellement constitué le garant dans la poursuite de l'intégration européenne. Dès lors, l'enjeu de l'alternative équilibrée entre confiance et méfiance semble atteindre un point de dysfonctionnement en faveur d'une confiance presque obligatoire, dont les garde-fous deviennent si faibles qu'ils courent grandement le risque de la rendre aveugle[351].

Dans le cas des enlèvements parentaux internationaux, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui se voit relégué à l'arrière-plan, au profit de l'affirmation du principe de confiance mutuelle entre États[352]. Dans cette configuration, l'intérêt supérieur de l'enfant est préservé par la confiance mutuelle, en tant qu'intérêt présumé et abstrait, et non pas comme intérêt concret examiné en substance[353]. Dit autrement, la gouvernance européenne sacrifie sa visée éthique sur l'autel de la nécessité fonctionnelle. Comme l'illustre de manière exemplaire l'arrêt Zarraga évoqué précédemment, la confiance réciproque entre États membres se justifie, paradoxalement, par le fait qu'ils soient signataires de la Charte des droits fondamentaux, et

---

[348] RIZCALLAH Cecilia, « The challenges to trust-based governance in the European Union », *op. cit.*

[349] C. RIZCALLAH, « Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2019, p. 297-322 ; C. RIZCALLAH, « The challenges to trust-based governance in the European Union: Assessing the use of mutual trust as a driver of EU integration », *European Law Journal*, janvier 2019, p. 37-56 ; E. NI CHAOIMH et C. RIZCALLAH, « Les principes de reconnaissance mutuelle et de confiance mutuelle : pierres angulaires de l'espace européen sans frontières intérieures », *Actualités du contentieux européen*, 2020 ; S. BARTOLINI, « In the Name of the Best Interest of the Child: The Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases », *op. cit.* ; H. BATTJES, E. BROUWER, P. DE MORREE, et J. OUWERKERK, *The Principle of Mutual Trust in European Asylum, Migration, and Criminal law*, Meijers Committee, 2011 ; E. BROUWER, « Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof », *Utrecht L. Rev.*, 2013, p. 135-147.

[350] SCHWARZ Michael, « Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *op. cit.*

[351] BARTOLINI Silvia, « In the Name of the Best Interest of the Child: The Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases », *op. cit.*

[352] *Ibid.*

[353] MAOLI Francesca, SCIACCALUGA Giovanni, LEMBRECHTS Sara, VAN HOF Tine, CARPANETO Laura, KRUGER Thalia et VANDENHOLE Wouter, « Understanding the Best Interests of the Child in EU Child Abduction Proceedings: Perspectives from the Case Law », *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 14, nº 2, 2020, p. 347.

donc, présumés partager les mêmes valeurs. En ce sens, C. Rizcallah met en exergue dans ses travaux la relation circulaire entre présomption de partage de valeurs et présomption de confiance mutuelle. Cette double présomption entraîne en réalité une situation de régulation défaillante qui va à l'encontre de l'idéal axiologique de l'Union, d'où sa caractérisation sous le vocable d'utopie malheureuse[354]. La chercheuse conclut en ce sens « [qu'] ainsi maintenu, le principe de confiance mutuelle constitue, à nos yeux, un danger pour la construction européenne. Outre les risques concrets qu'il présente pour les droits fondamentaux des individus dans l'Union, le principe de confiance mutuelle est susceptible d'entraîner un effet de contagion du délitement des valeurs fondatrices à travers l'ensemble de l'espace européen »[355].

Contrairement à la CLaH80 donc, il semblerait que le fait d'imposer un espace formellement homogène par une présomption de partage de valeurs et de confiance sans stratification selon des modes d'appartenance distincts, eu égard aux divergences légales et culturelles, mais également à l'ancienneté de l'appartenance au groupe, induise des problématiques de régulation spécifiques. De surcroît, en tentant de réduire l'opportunisme des États membres par la limitation des possibilités de méfiance légitimes, la confiance devient automatique et le Règlement Bruxelles II bis tend à mettre en danger le projet axiologique qu'il cherche par là même à défendre. Des améliorations pourraient alors prendre la voie d'un aménagement des exceptions possibles afin de transformer une *blinded trust* en *binding trust*, par exemple en rééquilibrant la balance vers une confiance plus limitée par la protection des droits fondamentaux[356]. L'essentiel résiderait dans une réorientation de l'encadrement de l'enlèvement parental international vers une approche basée sur l'intérêt supérieur de l'enfant de manière concrète, en autorisant une levée de la présomption de confiance dans des cas limitativement définis – cas dans lesquels le retour de l'enfant menacerait sérieusement la protection de son intérêt supérieur[357].

[354] RIZCALLAH Cecilia, « Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? », *op. cit.*
[355] *Ibid.*, p. 322.
[356] BARTOLINI Silvia, « In the Name of the Best Interest of the Child: The Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases », *op. cit.*
[357] *Ibid.*, p. 28.

4 Conclusion

Les enseignements tirés de la conceptualisation des divers mécanismes de réduction de la complexité que sont la familiarité, la confiance tranquille, les confiances institutionnelle et interpersonnelle et la méfiance offrent un panorama théorique pour l'analyse de l'enlèvement parental international. Les magistrats, aux avant-postes de la transnationalisation du droit familial, sont directement concernés par les dispositifs de confiance mis en œuvre à travers la Convention de La Haye de 1980 et le Règlement Bruxelles II bis, mais se voient également garants des communautés de confiance instituées par ces instruments. Les jugements qu'ils édictent ont une incidence bien entendu sur le sort des familles en question, mais représentent simultanément un comportement signifiant, engagé ou désengagé vis-à-vis d'une communauté de confiance qui ne se maintient que par l'oscillation entre retour et refus de retour, confiance et méfiance, toutes deux légitimes ou illégitimes en fonction des justifications et des croyances qui les caractérisent.

Ce chapitre fut l'occasion d'une analyse des enjeux systémiques de la confiance et de ses variantes dans la régulation des enlèvements parentaux internationaux. Il ressort de l'analyse que les deux communautés de confiance investiguées ne présentent pas des caractéristiques identiques, et que les problématiques de régulation qui les concernent diffèrent : pour la CLaH80 il s'agit avant tout de maîtriser son degré d'ouverture, entre volonté d'extension de la communauté et possibilité de méfiances spécifiques par des modalités d'appartenances à plusieurs niveaux ; pour l'Union européenne, il s'agit de ne pas laisser s'évaporer les garanties en matière de droits fondamentaux sous la pression de la confiance mutuelle entre États, et donc de réinstaurer des garde-fous à la confiance institutionnelle afin de la rendre à nouveau rationnelle au niveau systémique. En un certain sens, il semble nécessaire de replacer la confiance à son niveau fonctionnel comme *moyen* de coopération à même d'assurer la protection des droits fondamentaux et non pas comme équivalent à la protection de ces droits.

Nous retrouvons dans ces deux formes d'encadrement distinctes, mais sensiblement similaires les deux niveaux enchevêtrés (ou plutôt, à présent analytiquement désenchevêtrés) du litige familial et du litige juridictionnel, à partir desquels juges comme médiateurs doivent tirer les fils qui les concernent en priorité. C'est à ces figures du tiers, que nous allons consacrer les deux prochains chapitres de cette thèse de doctorat.

Le magistrat, comme nous l'avons déjà ici discuté, constitue une pièce maîtresse des procédures dérivées des instruments juridiques qui organisent l'encadrement de l'enlèvement parental international. C'est avant tout à travers son action que se matérialise empiriquement la confiance mutuelle entre États qui restent, dans la plupart des analyses, réifiés ou flottants, comme si ces États étaient dotés de capacité d'action intrinsèque. L'analyse de leur rôle en matière de confiance a déjà été partiellement effectuée ici, mais uniquement d'un point de vue systémique, leurs voix étant restées éteintes. Le chapitre suivant sera l'occasion de suivre les magistrats *in situ*, aux prises avec des cas concrets, qui certes n'atteignent pas les grandes chambres des plus hautes juridictions, mais en sont peut-être justement d'autant plus instructifs qu'ils représentent la majorité du contentieux et du quotidien d'un magistrat. Nous nous attarderons particulièrement sur les enjeux individuels et pratiques de la confiance : au gré des usages du droit pour le magistrat en charge à la fois de déléguer son pouvoir et d'appliquer la loi, mais aussi d'accorder sa confiance ou sa méfiance à un homologue étranger et anonyme ; au fil du parcours de médiation pour le médiateur qui œuvre au soutien et à l'émergence de la confiance interpersonnelle entre les parents, véritable travail d'artisanat que nous étudierons dans le dernier chapitre de cette thèse.

Deuxième partie :
Le droit en action : les juges et les médiateurs face à la confiance

Nous avons pu jauger la pertinence de la notion de confiance institutionnelle pour éclairer les règles de droit qui encadrent l'enlèvement parental international. Ce premier pas analytique s'est néanmoins cantonné au droit des livres, et donc à une mise en œuvre théorique de la confiance *présumée*, au général, en dehors de situations concrètes. L'ambition du chapitre suivant est d'approfondir la mise en œuvre de ces règles et les enjeux concrets de confiance pour les magistrats en charge d'enlèvements parentaux internationaux. À « la fiction de l'immaculée conception de la parole juridique »[358] d'un Législateur neutre et désincarné, se confrontera dès lors le grain de la voix des juges et des médiateurs en tant *qu'acteurs* sociaux situés. Autrement dit, nous entendons ici suivre le droit en action, mais aussi jauger l'effectivité ou les accrocs de la confiance au-delà de sa simple présomption, et par-delà son organisation espérée par des règles censées régir l'enlèvement parental international. Le matériau empirique servira ici au premier plan : études de cas, reproduction de jugements, observation participante, entretiens semi-directifs, et méthodes d'analyses de groupes seront mis au profit d'une analyse située des confiances et des méfiances requises, espérées, accordées aux magistrats en charge du litige. L'échelle individuelle sera favorisée ici au détriment de l'échelle systémique que nous avons développée dans le chapitre II de la première partie, et ce, plus particulièrement à partir de la position spécifique des juges belges en charge d'enlèvements parentaux internationaux.

En préambule à la discussion du droit en action que nous proposerons au fil des deux chapitres suivants, nous voudrions revenir sur l'enchevêtrement de deux niveaux d'enjeux juridictionnels et interpersonnels, consubstantiels à l'existence du litige, déjà brièvement mentionnés auparavant (cf, *supra*, introduction). Ceci nous permettra de mieux saisir les places respectives des juges et des médiateurs, mais également de clarifier les rôles qu'ils doivent remplir dans la régulation de l'enlèvement parental international.

Pour rappel, l'enlèvement parental international doit rassembler deux éléments pour être catégorisé comme tel : d'une part, le passage d'une frontière étatique et, d'autre part, la violation d'une autorité parentale établie (et, entendu en ce sens, une violation du consentement d'un détenteur ou d'une détentrice d'autorité parentale quant au déplacement ou à la rétention de l'enfant ou des enfants). On en voudra pour preuve que si le premier élément venait à manquer, il s'agirait (en droit belge du moins) d'une non-représentation d'enfant[359] (cf. *supra*,

[358] COMMAILLE Jacques, *A quoi nous sert le droit?*, *op. cit.*, p. 383.
[359] Tel que défini à l'articles 431 du Code pénal belge. L'article 431, alinéa 1, énonce que « Seront punis d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt-six [euros] à cent [euros] ou d'une de ces peines

première partie, chapitre I, 1.1) et que si le second élément venait à faire défaut, il s'agirait, si le projet parental fait une demande d'approbation du juge, d'un déménagement international, ou, selon la terminologie anglophone faisant référence en la matière, d'un « *relocation case* »[360].

En ce sens, le nœud formé par l'enlèvement parental international est constitué de deux fils principaux qui constituent autant d'enjeux à démêler par les praticiens qui tentent de participer à son dénouement : un enjeu juridictionnel et un enjeu interpersonnel. D'une part, l'enlèvement parental international concerne en effet un enjeu de juridiction, où l'essentiel est de prévenir soit une litispendance[361], soit un conflit de compétence, soit carrément un conflit effectif entre des décisions contradictoires ordonnées par deux juges au nom de deux États. D'autre part, l'enlèvement parental international relève d'un enjeu interpersonnel, proprement parental et/ou familial, entre les deux détenteurs ou détentrices d'autorité parentale, ainsi que le ou les enfants concernés par le litige. Il y a une blessure affective, une violation du consentement, une brisure de la confiance (*breach of trust*), dans l'acte même de l'enlèvement, et ses conséquences débordent bien évidemment le domaine juridique au sens strict.

Dès lors, ce double niveau d'enjeux inextricablement liés, à la fois juridictionnel et interpersonnel, allie la nécessité d'une détermination du for compétent et de la stabilisation des relations conjugales et parentales – visant, généralement, une forme minimale de coparentalité (et idéalement apaisée) dans le respect des droits et devoirs de chacun[362]. Ce double niveau de

---

seulement, ceux qui, étant chargés d'un mineur de moins de douze ans, ne le représenteront point aux personnes qui ont le droit de le réclamer ».

[360] Les *relocation cases* sont des cas de déménagements internationaux, où l'aspect de la violation d'une autorité parentale, caractéristique de l'enlèvement, est inexistant. C'est donc un projet d'établissement familial à l'étranger soumis à l'aval du juge, et que celui-ci entérine ou non en fonction de divers facteurs, parmi lesquels les motifs du projet d'expatriation, le caractère commun du projet des parents, la qualité du projet d'expatriation, les incidences du départ, et, avant tout, l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant au regard du projet d'expatriation. OMRANI Feyrouze, « L'expatriation dans la famille désunie: quel est le sort de l'enfant? Chronique de jurisprudence (2007-2013) », *Actualités du droit de la famille*, vol. 4, 2014, p. 106-163. Ce contentieux est en quelque sorte l'envers de l'enlèvement parental international, puisqu'il constitue un déplacement *licite* d'enfants. Aucun instrument de droit international privé n'existe pour réguler ce contentieux, tributaire donc des évaluations par le juge national. Cependant, suite à un déménagement international d'*un* des parents à l'étranger ayant reçu l'aval du juge, le non-respect des arrangements en termes de droit de visite du parent resté dans l'État d'origine est susceptible d'être catégorisé comme enlèvement parental international. WARSHAK Richard A., « In a Land Far, Far Away: Assessing Children's Best Interests in International Relocation Cases », *Journal of Child Custody*, vol. 10, nº 3-4, 2013, p. 318.

[361] Se dit de l' « [é]tat d'un litige porté simultanément devant deux tribunaux du même degré, l'un et l'autre compétent pour en connaître, et susceptible de provoquer le dessaisissement de l'un en faveur de l'autre », https://www.cnrtl.fr/definition/litispendance.

[362] Si la recherche de coparentalité minimale incarne la règle générale (comme l'indique entre autres l'article 9 §3 de la Convention de 1989 sur les droits de l'enfant) il n'est bien évidemment pas exclu que le juge puisse opérer une déchéance d'autorité parentale ou aménager l'exercice exclusif de l'autorité parentale si selon lui, l'intérêt de

conflit potentiel n'est pas sans incidence pour le juge comme pour le médiateur, et influence également nos hypothèses et interrogations sur la problématique de la confiance, que nous reproduisons pour rappel ci-dessous.

Notre interrogation inaugurale cherche à saisir *en quoi consistent les enjeux de confiance, institutionnelle et interpersonnelle, qui se présentent aux juges et aux médiateurs en charge de l'enlèvement parental international (Q1)? Et, de manière plus générale, qu'est-ce que ces enjeux de confiance nous enseignent sur le rôle de la confiance dans le contexte de la transnationalisation du droit familial (Q2) ?*

Ces questions de recherche sont précisées par deux hypothèses conjointes qui constituent le fil rouge des deux chapitres à venir. Premièrement, nous avançons que *les juges et les médiateurs familiaux internationaux sont confrontés dans leurs pratiques à une double dynamique potentiellement contradictoire, devant gérer simultanément enjeux de juridictions et enjeux interpersonnels (H1).*

Deuxièmement, nous soutenons *qu'il existe une hiérarchie inversée dans l'ordre des priorités entre ces deux figures du tiers, en ce sens que les magistrats font passer au premier plan la mise en ordre des compétences juridictionnelles (s'il le faut aux dépens de la relation interpersonnelle), là où les médiateurs s'attachent avant tout à la stabilisation de la relation entre les parents, visant idéalement une coparentalité apaisée (H2).* Il est clair que les magistrats ne peuvent faire l'économie de l'enjeu juridictionnel et que les outils dont ils disposent sont relativement limités pour faire face à l'enjeu proprement interpersonnel. Nous verrons néanmoins que les magistrats, en fonction des cas, des procédures enclenchées, et de leurs positions dans lesdites procédures, auront plus ou moins de marge de manœuvre en ce sens. Du côté des médiateurs, c'est avant tout l'enjeu interpersonnel qui réside au cœur de leur action : l'essentiel de leur pratique consiste à travailler le conflit familial sous-jacent au litige juridique afin de pouvoir, au mieux court-circuiter les enjeux juridictionnels complexes par l'obtention d'un accord amiable sur le fond (principalement sur l'État de résidence des enfants), au pire de tenter de rendre acceptable une adjudication du cas.

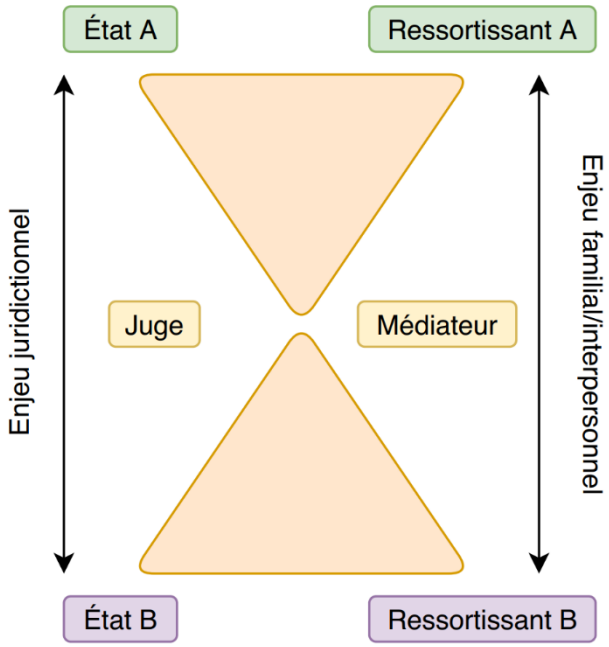
En termes de confiance, nous avançons que le rôle du *juge* est avant tout celui d'un *garant de la confiance institutionnelle d'une communauté de confiance,* là où le *médiateur* représente en

l'enfant le commande, ou si cela permet, à titre temporaire d'apaiser le conflit (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre I, 2.3).

priorité *un travailleur de la confiance interpersonnelle déchue*. Ce faisant, le travail du juge se constitue avant tout autour de la *confiance institutionnelle*, puisqu'il s'agit d'ordonner le retour ou non de l'enfant, et donc de faire confiance à un homologue étranger. À l'inverse, le travail du médiateur se centre plus spécifiquement sur le conflit interpersonnel, et tente de favoriser la *confiance interpersonnelle entre les justiciables,* via le rétablissement d'un dialogue souvent rompu suite à la voie de fait. Le magistrat traite de manière impersonnelle avec un étranger au nom d'un État, là où le médiateur se concentre sur l'interaction en face à face entre les justiciables (ou par vidéoconférence si la présence physique est impossible). Dès lors, l'action du magistrat répond avant tout aux enjeux posés par la transnationalisation du droit et celle du médiateur compose avec les exigences de justice propre à la matière familiale contemporaine : le maintien des liens parentaux post-séparation conjugale. En définitive, le juge est avant tout un travailleur de la confiance institutionnelle, là où le médiateur se présente au premier chef comme un travailleur de la confiance interpersonnelle. C'est donc ici qu'apparaît toute la spécificité de la matière familiale au regard de la confiance : il ne s'agit pas uniquement de la transnationalisation du droit par le biais de la confiance institutionnelle, mais également de la matière même, de l'objet (ou plutôt du sujet) à réguler, et des contraintes de justice qui en découlent : favoriser la confiance interpersonnelle afin de stabiliser les relations familiales dans un régime de coparentalité post-séparation.

La forme d'un « sablier » permet de rassembler et clarifier en un schéma unique les enjeux superposés que nous avons identifiés concernant l'enlèvement parental international ainsi que de travailler les deux niveaux de confiance que nous désirons investiguer par nos hypothèses.

Figure 8. Rôles des juges et des médiateurs en charge d'enlèvements



S'il apparaît analytiquement important de distinguer ces niveaux, c'est également parce que la confusion semble particulièrement prégnante du côté des justiciables[363]. Il ne s'agit en effet jamais *uniquement* d'un parent ni *uniquement* d'un État, mais des deux entités qui se superposent, complexifiant fortement la situation. Les critiques, les méfiances et les confiances s'adressent simultanément et de manière confuse aux États et aux individus, aux juges et aux États, aux ressortissants nationaux et aux médiateurs. Un entretien avec une fonctionnaire de l'Autorité centrale belge témoigne de la confusion qu'elle dit rencontrer fréquemment chez les parents qui font appel à l'institution : « Ils [les parents] vont très vite dire : 'la Belgique n'a rien fait ; l'Allemagne a volé mes enfants'. Ce ne sont plus les parents qui sont responsables du rapt, mais les pays ! Vous allez entendre ça chez ces justiciables » (AC1). Un des enjeux de ce travail doctoral est de mettre au clair *les objets de la confiance ou de la méfiance en jeu*, entre entités individuelles et institutionnelles.

On peut enfin constater qu'il existe une *asymétrie fondamentale* entre enjeu familial et enjeu juridictionnel. En effet, c'est l'existence d'une voie de fait qui exprime souvent un conflit familial qui entraîne un litige juridictionnel, et, dès lors, la résolution de l'enjeu familial entraîne

[363] Mais pas uniquement du côté du justiciable. On peut avancer prudemment que l'absence d'analyses désenchevêtrant les deux niveaux présentés ici atteste que la formalisation analytique de cet aspect du litige ne semble pas retenir l'intérêt des praticiens. Soit qu'elle ne nécessite pas cette formalisation parce qu'instinctivement comprise, voire même simplement triviale, soit que cette confusion reste en l'état et n'est dès lors pas précisément perçue.

automatiquement le règlement de l'enjeu juridictionnel. L'accord des parties sur le fond règle le problème de juridiction. À l'inverse, la mise en ordre de l'enjeu juridictionnel (en ordonnant le retour vers l'État compétent, par exemple) n'entraîne pas nécessairement le règlement du conflit familial. Autrement dit, la mise en ordre juridictionnelle est une condition nécessaire mais non suffisante au règlement du litige, alors que la résolution du conflit familial est une condition nécessaire et suffisante au règlement du litige juridictionnel. C'est pour cela que l'action des médiateurs et des juges, lorsque cela s'avère possible, se concentre sur l'aspect familial ou parental du litige et que la Convention, qui est avant tout un outil de coopération judiciaire en vue de garantir la mise en ordre juridictionnelle, favorise également le règlement amiable du conflit et la remise volontaire de l'enfant à tous les stades de la procédure[364]. Ceci explique la tentation à jouer les médiateurs de certains magistrats en charge du litige, bien conscients de la possibilité de faire d'une pierre deux coups en invitant les parties, par un laïus en marge, à trouver un accord en dehors des règles juridiques, qui traitent avant tout des enjeux juridictionnels[365], nous y reviendrons (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre I, 2.6 et 2.7).

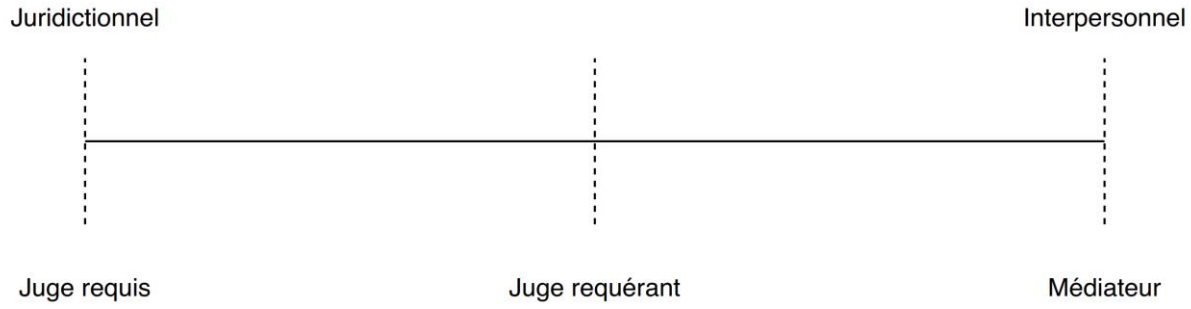
L'essentiel de la deuxième partie de cette thèse se concentrera donc sur la mise à l'épreuve de ces hypothèses, sur le travail de la confiance institutionnelle et interpersonnelle effectué par les magistrats (chapitre I) et les médiateurs (chapitre II). Nous subdiviserons néanmoins notre investigation de la figure du juge en deux sections distinctes, qui traiteront chacune d'un rôle particulier du juge en fonction de la place qu'il occupe dans la procédure judiciaire, en tant que magistrat représentant de l'État requis (chapitre I, 1) ou de l'État requérant (chapitre I, 2).

Nous devons en ce sens nuancer les hypothèses que nous avons posées ci-dessus. Il existe en réalité une *hybridation* des rôles allant du juge requis au médiateur, en passant par le juge requérant. La binarité des rôles entre juge et médiateur, tant en matière de confiance qu'en termes d'enjeux interpersonnels et institutionnels doit en effet être nuancée : si le juge requis se situe du côté juridictionnel et traite avant tout de confiance institutionnelle, et que le médiateur incarne effectivement le pôle interpersonnel du conflit et du travail de la confiance,

[364] L'article 10 de la CLaH80 indique que « L'Autorité centrale de l'État où se trouve l'enfant prendra ou fera prendre toute mesure propre à assurer sa remise volontaire ».

[365] Comme l'illustre ce juge : « je leur ai dit : 'écoutez, il ne vous est peut-être pas interdit aussi de trouver un accord sur le fond, dans ce cas-là, vous mettez toute cette question [la détermination du for compétent] de côté !'. Je leur ai dit ça, je leur ai fait mon petit laïus habituel pour essayer de leur montrer que finalement c'est à eux de faire, qu'ils ne doivent pas se laisser complètement déposséder par leurs avocats. Mais en tout cas, je ne peux pas passer outre, moi, le conflit juridictionnel, enfin ces questions de droit, je ne peux pas passer outre pour décider pour eux. Mais je peux les inviter à trouver eux-mêmes l'accord qui permettrait de court-circuiter le problème juridictionnel » (J2, entretien 1).

nous identifierons le juge de l'État requérant soumis au régime Bruxelles II bis, comme une *figure hybride* de ces deux pôles. Il s'agit donc en réalité plus d'un continuum allant du juge requis au médiateur en passant par le juge requérant que d'une rigide division binaire entre les rôles des tiers.



Dès lors, dans le chapitre suivant (chapitre II), nous suivrons, à l'autre extrême du continuum, les médiateurs familiaux internationaux, dont le travail s'inscrit dans la continuité des juges requérants puisque leurs préoccupations (enjeu interpersonnel) et leurs objectifs (coparentalité et désescalade du conflit) se recoupent, bien que selon des pratiques distinctes. En premier lieu, nous montrerons que la médiation familiale internationale incarne un dispositif au service de la coparentalité qui participe d'un mouvement plus large de politique publique de la parentalité (chapitre II, 1). Nous enchaînerons par une caractérisation de la médiation familiale internationale au regard de son rapport au droit, bâtie à la fois sur les limites et dans les limites du droit (chapitre II, 2). Enfin, nous conclurons ce chapitre en décrivant les étapes du parcours de médiation, dont le travail d'artisanat du médiateur réside, entre autres, dans le cadrage du dialogue à même d'opérer la conversion de la méfiance mutuelle entre parties en une confiance interpersonnelle entre parents (chapitre II, 3).

CHAPITRE I :

LE JUGE EN CHARGE D'ENLÈVEMENTS D'ENFANTS : ENTRE GARANT DE LA CONFIANCE INSTITUTIONNELLE ET DE LA COPARENTALITÉ

En fonction de la place occupée par le magistrat dans les procédures encadrant l'enlèvement parental international, son rôle diffère et les marges de manœuvre disponibles à sa prise de décision également. Il est donc nécessaire de spécifier *d'où* agit un magistrat, puisque les enjeux de confiance auxquels il sera confronté seront variables en fonction de cette position[366]. Pour rappel, les deux rôles principaux que les magistrats peuvent remplir sont soit ceux de représentant de l'État requérant, c'est-à-dire de l'État dans lequel l'enfant résidait immédiatement avant l'enlèvement, soit ceux de représentant de l'État requis, donc, de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé unilatéralement. Ce faisant, le juge par excellence du litige de l'enlèvement parental international est le juge de l'État requis, étant donné que c'est lui qui est en charge de la mise en œuvre du mécanisme de retour immédiat, clef de voûte des encadrements règlementaire et conventionnel. Néanmoins, l'action de ce magistrat ne tire son sens que parce qu'il est suivi d'un jugement sur le fond de l'affaire par une juridiction nationale, que ce soit celle de l'État de résidence habituelle ou l'État vers lequel l'enfant a été déplacé. On ne peut donc détacher totalement l'action du juge de l'État requis de l'action du juge du fond.

Les discussions avec les praticiens ont fait ressortir, des diverses configurations possibles, deux positions spécifiques des magistrats qui sont à la fois les plus problématiques et les plus riches à analyser : d'une part, la *position du juge de l'État requis* dans un *cas soumis à la Convention de La Haye de 1980,* et, d'autre part, la *position du juge de l'État requérant (et à plus forte raison lors d'un refus de retour)* dans une *procédure Bruxelles II bis*. En ce qui concerne le juge requis, s'intéresser à un *cas limite* avec un État récemment intégré à la CLaH80, dont le droit national diffère sensiblement du droit belge et dont les coordonnées culturelles sont relativement éloignées, octroie la possibilité de mieux saisir et questionner, de par son caractère problématique, les enjeux de la confiance institutionnelle que dans un cas où la confiance est

[366] Certains développements de ce chapitre ont déjà été publiés, cf. STRUELENS Olivier, « « Kafka n'est pas loin, sauf quand les juges se tiennent la main » », *op. cit.*

plus facilement accordée[367]. Il s'agit donc d'un parti pris, à savoir d'interroger la confiance par sa mise en crise, lorsqu'elle devient sujet de réflexion, plutôt que de s'intéresser à la confiance par défaut, tacite, non problématisée. Par le fait qu'elle soit réfléchie, elle prend une épaisseur discursive qui devient précieuse pour en saisir les subtilités et les paradoxes. Autrement dit, il s'agit d'approcher la confiance institutionnelle par ses accrocs, sa problématisation explicite. En ce qui concerne le juge requérant dans le cadre réglementaire, l'intérêt de cette position tient de la spécificité même du cadre européen par rapport à la CLaH80, puisque la distinction la plus notable réside dans la possibilité pour le juge requérant d'outrepasser le refus de retour de la juridiction étrangère et d'ordonner le retour par le biais d'un jugement qui traite simultanément du fond de l'affaire. En nous intéressant à cette position spécifique, nous pourrons alors faire d'une pierre deux coups : appréhender le rôle du juge requérant et détailler le travail du juge du fond – l'octroi des droits de garde et de visite en contexte transfrontières[368].

Nous investiguerons ces deux positions et leurs enjeux de confiance spécifiques principalement à partir de deux études de cas : en ce qui concerne la première configuration, nous partirons d'un cas d'enlèvement depuis le Maroc vers la Belgique ; en ce qui concerne l'analyse de la seconde configuration, nous nous baserons sur les arrêts d'un jugement en appel d'un cas d'enlèvement parental international depuis la Belgique vers la Pologne.

Dans un premier temps, nous nous attarderons sur la figure du juge requis dans le cadre conventionnel, garant par excellence de la confiance institutionnelle, devant ordonner ou non le retour de l'enfant (1). Nous développerons notre analyse à partir d'un cas difficile entre le Maroc et la Belgique, afin de prendre la mesure des limites de la confiance institutionnelle dans le cadre de la CLaH80 (1.1). Sur base de ce cas, nous approfondirons ensuite l'analyse de la confiance au niveau individuel, d'une part, comme relation de délégation (1.2), d'autre part, en tant que mécanisme de gestion de l'incertitude (1.3), structuré en trois temps : l'interprétation, la suspension et l'attente (1.4). Nous nous tournerons également vers les attitudes que le juge requis peut endosser, entre réflexe national et dilemme éthique (1.5). Nous conclurons par l'analyse de la modalisation du retour, outil permettant au magistrat requis de particulariser la

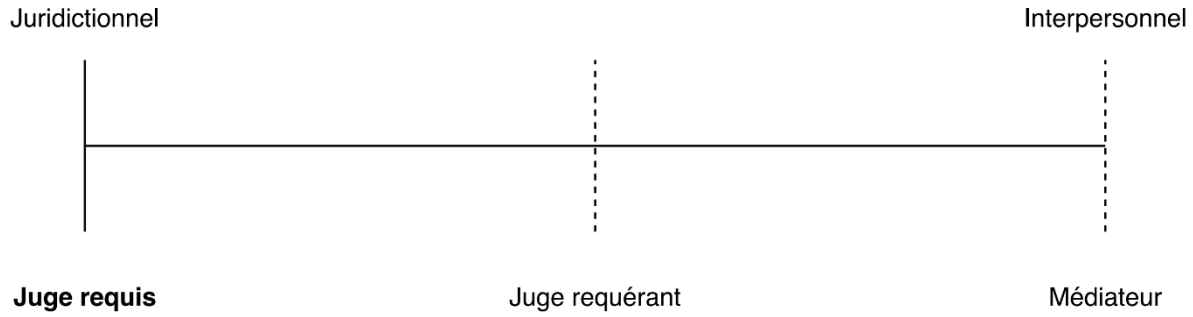
[367] Nous investiguerons cependant également partiellement les cas intra-européens, afin de mieux mettre en contraste les cas limites de la CLaH80 avec les cas plus classiques. Nous ne nous limiterons donc pas *strictement* aux cas soumis à la CLaH80, bien que l'étude de cette position constitue l'essentiel de l'analyse du juge requis proposée.

[368] Ce qui nous permet de faire l'économie d'une investigation du travail du juge du fond, moins directement lié aux procédures conventionnelles et réglementaires, puisqu'il s'agit alors d'une simple procédure interne sans élément d'extranéité, évacuant totalement l'enjeu juridictionnel.

présomption de l'intérêt de l'enfant lors de l'exécution du retour (1.6), ainsi que par des considérations sur les contraintes que fait peser l'urgence sur le litige (1.7).

Dans un second temps, nous investiguerons la place du juge de l'État requérant soumis au régime réglementaire européen (2). Tiraillée entre l'aspect juridictionnel et interpersonnel du litige, cette figure médiane du tiers doit gérer à la fois l'ordonnancement des compétences judiciaires et le fond de l'affaire familiale. À partir d'un cas entre la Belgique et la Pologne, nous approcherons le travail de ce magistrat qui vise à stabiliser les relations familiales, tout en étant attentif à calibrer finement ses décisions de fond afin de ne pas crisper l'État partenaire (2.1). Nous examinerons les tensions entre le versant pénal et civil de l'enlèvement (2.2), ainsi que la tentation de la sanction civile sous forme d'attribution d'autorité parentale exclusive (2.3), pour ensuite nous pencher sur la substance de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont la non-conflictualité et la coparentalité constituent des coordonnées essentielles (2.4). Nous esquisserons la figure d'un juge dominant-démuni cherchant à dé-conflictualiser la situation coûte que coûte (2.5), et nous montrerons également que les effets des procédures et les comportements judiciaires des justiciables informent l'évaluation du juge quant à leurs capacités à la parentalité (2.6). Il s'agira, au terme de cette analyse, d'explorer les relations ambigües entretenues entre confiance interpersonnelle et droit (2.7), puis de rendre compte des dynamiques de transformation des méfiances mutuelles en confiance interpersonnelle, mécanisme de stabilisation des attentes favorisant l'autonomie des parents et l'autorégulation de la sphère privée (2.8).

Nous entamerons donc notre analyse avec le juge de l'État requis, dont le rôle se situe par excellence du côté de l'enjeu juridictionnel du conflit, comme illustré ci-dessous :



1 Le juge de l'État requis comme garant de la confiance institutionnelle

La première étude de cas d'étude concerne un déplacement illicite de trois fillettes de trois, quatre et huit ans, par leur mère, Madame E. depuis le Maroc vers la Belgique[369]. Madame E. arrive en Belgique en 2017 avec ses trois enfants sans l'accord de Monsieur S, elle est auditionnée en 2018 par les services de police belges et refuse de ramener les enfants au Maroc. Monsieur S., assisté par les autorités marocaines, introduit une demande de retour vers le Maroc. La mère ne conteste pas avoir emmené les enfants en dehors du territoire marocain sans l'accord du père, mais affirme y avoir été acculée par l'attitude de Monsieur S.

Madame E. plaide que le retour des enfants leur fait encourir un risque grave d'être exposées à un danger physique ou psychique, ou d'être placées dans une situation intolérable (article 13(b)) de la CLaH80). Elle invoque qu'elle a fui le Maroc pour éloigner ses enfants d'une éducation religieuse et parce que le père voulait obliger ses filles à se marier dès l'âge autorisé dans le pays. Elle a également indiqué qu'elle avait régulièrement été victime de coups portés par son époux. Les documents qui attestent de cette dernière allégation sont, selon le magistrat, suspects, en partie parce que le témoignage de la supposée voisine de Madame E., s'avère en réalité être la voisine de ses parents. Il est également fait mention de condamnations de Monsieur S. pour adultère, ayant d'ailleurs fait l'objet d'une demande de divorce au Maroc en 2015, non versée au dossier – omission imputée comme choix tactique de l'avocat marocain de Madame.

En définitive, le juge ordonne le retour des enfants au Maroc pour la fin de l'année scolaire.

1.1 Analyser la confiance institutionnelle par ses limites

Ce jugement nous intéresse, car il met en exergue les limites et les difficultés que peut impliquer l'ordre de retour vers un État qu'un magistrat perçoit comme présentant une différence légale et culturelle marquée. Selon les termes mêmes d'un juge :

> « Il y a des dossiers d'enlèvements internationaux où on est à la maison. C'est-à-dire c'est un cas facile. […] On voit qu'on est dans des ordres juridiques assez similaires, donc, si une décision ne se prenait pas de la même manière, on sent qu'on est quand même dans un cadre connu. Dès qu'on est en Europe, on est plus relax quoi. Un dossier entre la Belgique, le

[369] Le jugement de ce cas nous a été transmis sous le sceau de la confidentialité par un magistrat interrogé, nous en exposerons les aspects essentiels faute de pouvoir le reproduire ici.

> Luxembourg ou la France… OK on n'est pas un grand pays unique, c'est les dispositions des conventions qui s'appliquent, mais on se rend bien compte qu'elles sont disproportionnées. On n'est pas dans les mêmes problématiques de fond qu'un enfant qui va au Maroc, au Pérou… » (J3, entretien 1).

Le cas du Maroc, à l'inverse de ces cas où « on est à la maison », permet donc de prendre la mesure des *limites* de la confiance instituée juridiquement par la Convention de La Haye de 1980. Si les « cas faciles » d'enlèvements semblent cantonner le juge à une vérification de routine sur l'effectivité de l'exercice de l'autorité parentale et le respect des délais de dépôt de la demande de retour, les cas difficiles en termes individuels (allégation de violence familiale, opposition au retour lors de l'audition des enfants, etc.) demandent une gymnastique décisionnelle plus délicate. Et quand, au-delà de la difficulté factuelle du cas, viennent s'ajouter des divergences culturelles entre les États[370], la décision de retour peut faire l'objet d'une réflexion approfondie, et peut entraîner plus vite un tiraillement *moral* pour le magistrat en charge du litige – nous y reviendrons plus loin dans ce chapitre (cf. *infra*, 1.5). Le jugement, en son point 11, indique que Madame E. articule l'argumentation de sa plaidoirie sur deux niveaux : « l'un plus général portant sur la vie au Maroc pour une femme et pour des enfants et l'autre plus spécifique sur les risques qui pèseraient sur les enfants en cas de retour ». Le magistrat soutient dès lors, toujours dans le même jugement :

> « Il y a lieu d'emblée d'écarter l'argument général exposé par Madame E. : il ne s'agit pas ici de comparer les conceptions des deux sociétés belges et marocaines. L'argumentation relative à l'obligation du port du voile notamment est irrelevante en l'espèce dans le cadre du présent litige de même que la conception plus patriarcale de la société marocaine, même si la Moudawana [le Code du statut personnel marocain, équivalent du droit familial] a fait évoluer les mentalités. L'État marocain est signataire de la Convention de La Haye, au même titre que l'État belge. Il ne s'agit pas, sous couvert du présent débat, de procéder à des comparaisons quant au fonctionnement des deux sociétés ».

On voit directement que le magistrat se cantonne ici aux règles juridiques qui organisent le retour, puisque les exceptions ne peuvent concerner effectivement que le deuxième niveau, c'est-à-dire le risque grave qui pèse sur l'enfant en cas de retour. En rappelant le fait que « l'État marocain est signataire de la Convention de La Haye », ce magistrat affirme effectivement qu'il

[370] Par exemple, lorsque les solutions juridiques en matière de droit de visite et de droit de garde, ou d'autorité parentale, semblent trop éloignées des conceptions du magistrat belge.

se porte garant de la confiance institutionnelle et ne compte pas entrer dans un débat comparatif des fonctionnements des sociétés belges et marocaines. En ce sens, il est clair que pour des acteurs tels que les magistrats, dont le rôle est juridiquement balisé par des règles hautement formalisées, la confiance est ici avant tout institutionnelle : c'est une relation de rôle qui implique peu de risque *personnel* (dont on peut déceler la mise à distance de ces risques par le magistrat dans l'expression « jouer le jeu » de la Convention). Comme l'avait déjà perçu N. Luhmann :

> « Les relations de rôle qui ne présentent aucun risque, lorsque les participants sont protégés contre toute conséquence personnelle par exemple du fait qu'ils sont membres d'une organisation, n'offrent pratiquement aucun point d'appui pour le développement et la stabilisation de la confiance personnelle. Dans ces circonstances, des limites étroites sont posées au développement même de relations personnelles. La confiance ne demeure pas moins alors indispensable en tant que fondement de la conduite de l'existence, mais elle ne prend pas d'abord la forme de la confiance personnelle »[371].

C'est bien avant tout la confiance institutionnelle dont il s'agit dans le cas du juge de l'État requis, puisque l'essentiel est de *remplir la relation de rôle qui lui est imposée par sa fonction (et par la loi)* : ordonner ou non le retour de l'enfant dans son État de résidence habituelle, compte tenu des exceptions au retour formulées dans la CLaH80.

Néanmoins, si le rôle est extrêmement balisé et qu'il ne s'agit pas d'une confiance interpersonnelle mettant en danger le magistrat en tant que tel, cela n'équivaut pas à affirmer que la confiance institutionnelle est simple à accorder, qu'il s'agit d'une routine quotidienne du renvoi à la juridiction étrangère. Ce sont ces atermoiements que relate dans ce long extrait le magistrat en charge du cas marocain qui nous intéresse :

> Lorsque j'ordonne le retour de l'enfant, je dois m'abstraire de toute tentation de me substituer au juge du pays requérant. Je ne suis *pas* le juge du fond. Je ne peux pas statuer sur les hébergements. Alors, récemment, j'ai ressenti une frustration absolument énorme, j'avoue que ça m'a pris quand même quelques nuits blanches, lorsqu'on doit renvoyer des enfants dans un pays où les conceptions religieuses, culturelles et éducatives sont totalement différentes des nôtres. J'ai renvoyé comme ça trois fillettes au Maroc. La maman exprimait vouloir sortir du joug religieux de son mari, bon c'était tout à fait légitime concernant sa position personnelle. Le problème, c'est qu'elle avait emmené les enfants en Belgique. Et c'était organisé, les enfants

[371] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 52.

> s'étaient bien intégrés en quelques mois. Si j'étais le juge du fond [entendre : le juge du fond marocain], je confierais l'hébergement à cette maman [en Belgique, donc], mais je n'étais pas le juge du fond. Donc j'ai fait le *pari* du retour. Mais sans savoir ce qui allait se passer, parce qu'elle évoquait le risque d'être placée sous mandat d'arrêt au Maroc, mais il y a un risque inhérent lié à l'enlèvement. Or, l'intérêt de l'enfant, lorsque je dois envisager le risque inhérent, ce n'est pas celui lié à l'enlèvement, qui existe de par l'enlèvement, c'est vraiment un autre risque. Et là, le papa est adéquat, il y avait tout un milieu familial. Je dis : ben voilà, la maman risque de devoir supporter les conséquences d'un acte répréhensible au Maroc, mais je ne peux pas considérer que les enfants courent eux-mêmes un risque grave si ce n'est la perte de contact possible avec la mère, mais il y a tout un environnement familial. En partant de ce principe-là, je fais le pari que lorsque le cas contraire se présentera, j'aurai peut-être un jugement d'un magistrat marocain qui décidera du retour. Mais ils sont signataires de la convention de La Haye donc voilà : je ne peux pas moi, poser ma propre échelle de valeurs sur ce genre de demande. Ici, mon rôle, c'est un petit peu donc une sorte de garant étatique, mais je ne vous cache pas que mon cœur de juge de la famille a un peu saigné (J1, entretien 3).

Cet extrait, extrêmement riche, condense nombre d'éléments d'analyse des enjeux de confiance institutionnelle qui se présente au juge de l'État requis. Insistons dès lors sur la pertinence et l'importance de la tenue d'entretiens ethnographiques pour l'étude empiriquement fondée de l'enlèvement parental international. En ce sens, il convient de garder à l'esprit le cas marocain, et particulièrement cet extrait, qui fera objet d'un examen détaillé, section par section, dans la suite du raisonnement.

On peut y déceler la confirmation de notre hypothèse H1 concernant la tension existante entre résolution de l'enjeu juridictionnel et interpersonnel, qui résulte au plan individuel en une « frustration absolument énorme » du magistrat. Un des passages les plus marquants de cet extrait est certainement l'expression de la difficulté d'accorder la priorité à l'enjeu juridictionnel au détriment de l'enjeu familial (notre hypothèse H2), lorsque le magistrat insiste qu'il doit se limiter à incarner « une sorte de garant étatique », mais que, ce faisant, son « cœur de juge de la famille a un peu saigné ». Un autre magistrat abonde en ce sens : « [Dans un jugement,] je ne me suis gardé de me prononcer sur les problématiques du conflit parental. C'est pas notre job. Dire ça, c'est pas notre job, notre job c'est : y a eu un enlèvement international oui ou non, et si on ordonne le retour est-ce qu'on met l'enfant en péril ? Et on a des balises très claires, en disant : *a priori* on va faire confiance à un État » (J3, entretien 1).

Encore une fois, l'essentiel du travail du juge de l'État requis dans les cas d'enlèvements parentaux internationaux réside dans le choix motivé d'ordonner ou non le retour de l'enfant, sans se soucier outre mesure du fond de l'affaire. On conçoit donc aisément qu'il existe une forme d'asymétrie en fonction de la place occupée par le juge dans le litige soumis au régime de la CLaH80 : lorsque le magistrat est amené à statuer au nom de l'État requis, il est attendu qu'il accorde sa confiance à son homologue étranger, en partant du principe que celui-ci est digne de confiance ; quant au juge représentant l'État requérant, il demande au magistrat étranger de lui faire confiance, de lui *déléguer* son pouvoir d'appréciation sur le fond de l'affaire en renvoyant l'enfant en dehors de sa juridiction[372]. L'asymétrie de la relation de pouvoir entre le juge de l'État requis et le juge de l'État requérant, au profit du second, renvoie en réalité à l'asymétrie de pouvoir caractéristique d'une relation de confiance[373]. Selon L. Karpik, la confiance est en effet une *relation de délégation*. En ce sens, la *nature* de la relation de confiance est caractérisée par « l'interaction de la *dépendance volontaire* du représenté, du *pouvoir discrétionnaire* du représentant et de *la règle de réciprocité* »[374]. Pour comprendre pourquoi et comment le juge requis en vient à se mettre en position de dépendance volontaire, en position de « vulnérabilité » caractéristique de l'entame d'une relation de confiance[375], il est nécessaire de se rappeler qu'il ne s'en remet pas à un *n'importe qui* et que la confiance est organisée institutionnellement, et même juridiquement, par l'appartenance à la CLaH80.

Revenons un instant sur les trois aspects de la relation de délégation dépliés ci-dessus : la dépendance volontaire (et la vulnérabilité qu'elle comporte), le pouvoir discrétionnaire et la règle de réciprocité. Nous passerons en revue les deux premiers aspects pour nous appesantir plus longuement sur le troisième – la réciprocité.

En ce qui concerne le premier aspect, la vulnérabilité du magistrat doit être nuancée dans le cas de la confiance institutionnelle commandée par la fonction du juge de l'État requis, en ce sens que la vulnérabilité propre à la relation de confiance interpersonnelle est ici limitée. Cela tient au fait que le magistrat endosse une relation de rôle fortement balisée, comme nous l'avons déjà

[372] L'idée de « juge requérant » ou de « juge requis », bien qu'omniprésente dans le discours des magistrats interviewés, ne doit pas nous induire en erreur quant à la procédure réelle : la CLaH80 organise une coopération directe entre Autorités centrales, mais aucunement entre magistrats (exception faite des communications judiciaires directes). Cependant, les magistrats considèrent que leur jugement s'adresse indirectement au magistrat étranger qui sera saisi du fond de l'affaire, et dont ils tentent de présumer et d'imaginer l'action future.
[373] CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », *op. cit.* ; KARPIK Lucien, « Pour une conception substantive de la confiance », *op. cit.*
[374] KARPIK Lucien, « Pour une conception substantive de la confiance », *op. cit.* p.111. Les emphases sont nôtres.
[375] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.* p. 49.

mentionné, et que le juge ne risque pas *à titre personnel*, de se mettre en danger. De même, il est difficile d'avancer que la dépendance du juge soit entièrement volontaire, étant donné que c'est l'encadrement juridique et le fait que l'État qu'il représente soit partie à la Convention qui commandent au juge de déléguer son pouvoir à son homologue. On ne peut pas pour autant évacuer totalement la présence d'une forme de vulnérabilité et d'une dépendance indirecte, proprement juridique, comme en attestent les nuits blanches passées par le juge, et le pari qu'elle prend en renvoyant les enfants.

Concernant les deux autres aspects de la relation de délégation qu'est la confiance, ils s'appliquent ici pleinement : en cas de retour, le pouvoir discrétionnaire du magistrat du fond marocain est bien présent, puisqu'il reviendra à ce dernier, selon sa volonté et en vertu du droit national marocain, de déterminer les dispositions d'hébergement, de garde et de visite dans l'intérêt de l'enfant. Ce pouvoir discrétionnaire découlant de la délégation de pouvoir qu'implique le fait d'accorder sa confiance est palpable dans la position du juge de l'État requis, selon ce même magistrat : « quand on est comme ça, État requis, la tentation est grande – et c'est ça qui est tellement compliqué – on a envie de statuer au fond. On a envie de statuer. En préparant déjà la future décision du juge de l'État requérant. On ne peut pas le faire, c'est retour ou pas retour » (J1, entretien1). Autrement dit, déléguer, et, partant, faire confiance, c'est aussi se forcer à *ne pas agir*, résister à la tentation de substituer sa propre volonté à celle d'autrui. Cette forme d'inaction au détriment de celle d'autrui, ce réfrènement volontaire, cette retenue judiciaire à la plus stricte dimension procédurale, est, en définitive, une des difficultés majeures qui s'imposent au juge de l'État requis en charge d'enlèvements parentaux internationaux.

1.2 L'attente de réciprocité de la confiance institutionnelle

Le troisième aspect que nous aimerions approfondir consiste dans l'attente de réciprocité caractéristique de la confiance. Le rapport à la réciprocité est ici assez ambivalent, en ce que, le même magistrat indique à la fois « qu'en partant de ce principe-là, je fais le pari que lorsque le cas contraire se présentera, j'aurai peut-être un jugement d'un magistrat marocain qui décidera du retour » (J1, entretien 2), mais elle exprime simultanément que « pour l'instant, à Bruxelles on joue le jeu [de la Convention] et j'ai presque l'impression qu'on est les seuls » (J1, entretien 2). Un autre juge indique également qu'il a le sentiment d'être le seul à « jouer le jeu » : « j'ai appliqué la Convention de La Haye, j'ai ordonné le retour de l'enfant, mais c'était très difficile parce que de plus en plus, moi, j'ai l'impression que les juges familiaux nationaux,

il y en a beaucoup qui font ce qu'ils veulent et ils appliquent l'intérêt de l'enfant et ne se conforment pas à la Convention » (J4, entretien 1). Il semblerait donc qu'il y ait bien un espoir que les retours ordonnés vers le Maroc puissent favoriser la réciprocité[376], mais que l'expérience d'une non-réciprocité n'entache pour autant pas la capacité du juge à ordonner des retours. C'est ici que s'exprime le paradoxe de la confiance institutionnelle encadrée juridiquement : si la confiance vient à être unilatérale, cela n'empêche pas pour autant les magistrats de continuer à ordonner des retours, puisqu'ils se portent garants, à plus grande échelle, de la communauté de confiance sans laquelle encore moins de possibilités d'action seraient disponibles.

Cette persévérance dans la confiance malgré l'absence de réciprocité peut être éclairée sous trois aspects qui se superposent partiellement : la posture légaliste stricte, la foi en la justice et la confiance en la confiance.

Il s'agit en premier lieu d'acter que le magistrat peut s'en tenir à une relation de rôle strictement juridique, une posture légaliste stricte selon laquelle il applique le droit tel un impératif catégorique sans égard au contexte de son action, sous une sorte voile d'ignorance[377], faisant abstraction de son « âme et conscience » pour appliquer strictement le règlement procédural de renvoi juridictionnel (qui est, de manière évocatrice, parfois nommé retour « automatique »). C'est ce qu'indique par exemple, le juge cité plus haut lorsqu'il affirme que « notre job c'est : y a eu un enlèvement international oui ou non, et si on ordonne le retour est-ce qu'on met l'enfant en péril ? Et on a des balises très claires, en disant : *a priori* on va faire confiance à un État » (J3, entretien 1). On peut alors rapprocher cette posture légaliste en une attitude « dogmatique », une sorte de confiance aveugle dans le droit.

En second lieu, et de manière potentiellement complémentaire au premier aspect évoqué, c'est aussi en vertu d'une croyance en des *idéaux*, d'une sorte de *foi* en la Justice (ou en la Confiance) et donc en le droit qui la matérialise, qui justifierait une forme d'indifférence face à la non-réciprocité. G. Simmel avait effectué le rapprochement entre la confiance et la notion de *foi* dès ses premiers travaux sur la confiance[378]. Discutant la notion de crédit, G. Simmel souligne :

> « […] dans le cas du crédit, de la confiance en quelqu'un, vient encore s'ajouter un moment autre, difficile à décrire, qui s'incarne de la façon la plus pure dans la foi religieuse. Quand on

[376] Et que l'attention à cette réciprocité soit d'ailleurs d'autant plus grande que le Maroc est un nouveau membre de la communauté de confiance, puisqu'il n'a rejoint la CLah80 qu'en 2010.
[377] RAWLS John, *Théorie de la justice*, Paris, éd. du Seuil, 1987.
[378] SIMMEL Georg, *Philosophie de l'argent*, *op. cit.*

> dit que l'on croit en Dieu, il ne s'agit pas seulement d'un degré imparfait dans le savoir relatif à Dieu, mais d'un état d'âme qui ne se situe absolument pas dans la direction du savoir ; c'est, d'un côté, assurément moins, mais, de l'autre, bien davantage que ce savoir. Selon une excellente tournure, pleine de profondeur, on « croit en quelqu'un » sans ajouter ou même sans penser clairement ce que l'on croit en vérité à son sujet »[379].

Dès lors, cette formule pourrait s'appliquer également au droit et non pas uniquement à une personne, ce qui impliquerait que le juge croit dans le droit comme on croit en quelqu'un, croit dans le droit dans le sens d'une croyance en sa capacité à poursuivre des idéaux, au premier titre desquels la Justice. Et que le savoir dont on peut disposer sur l'(in)capacité du droit à remplir ses visées normatives ne suffit pas à changer l'état d'âme du juge vis-à-vis du droit, puisqu'il « ne se situe absolument pas dans la direction du savoir » : c'est à la fois « assurément moins » en « bien davantage que ce savoir ». Est-ce dire alors que la confiance en les idéaux, la confiance dans les idées normatives d'une institution, telles que la Justice, dont a mentionné combien elle était importante pour les institutions modernes (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 2.4), fonctionne sur un mode proche de la foi ? Si l'on a balisé la confiance dans son rapport interpersonnel ou en vertu de la confiance en un groupe, le rapport d'un individu à un idéal ne devrait-il pas également être compris pour caractériser au mieux les méandres par lesquels se profile la confiance institutionnelle ? Cette dynamique du rapport intime aux idéaux, entre croyance et désillusion, doit alors certainement être animée par des règles propres qui diffèrent de la croyance en des individus. Sans pouvoir avancer davantage dans ces réflexions, on peut souligner que la confiance en l'autre en vertu du droit et la confiance en le droit en lui-même, en vertu de la foi dans les idéaux qu'il poursuit, apparaissent comme deux couches distinctes de la confiance institutionnelle, deux façons différentes de s'assurer d'une indifférence face aux déceptions de la confiance.

En troisième lieu, on peut comprendre cette persévérance dans la confiance malgré l'absence de réciprocité d'une autre manière encore, propre, à notre avis, au contexte de la transnationalisation du droit dans lequel progressent ces magistrats. Selon la formule condensée et riche de sens d'un magistrat : « ce n'est pas le cas qui est important, c'est l'Europe » (J6, entretien 1). Lorsque ce magistrat avance que le cas individuel importe moins que la communauté de confiance dont il se porte garant, on saisit que son action n'est pas isolée, et que la confiance accordée, même dans l'absence de réciprocité, implique simultanément de

[379] *Ibid.*, p. 197.

participer à quelque chose qui déborde la relation bilatérale entre juges. La confiance est ici explicite, juridiquement instituée comme moyen de créer de la cohésion à une échelle supranationale. C'est donc une référence à la confiance mutuelle entre États qui n'est autre que la confiance en la confiance sous forme d'un principe juridique explicite. C'est par la confiance que l'on crée la confiance, qu'à mesure que l'on fait confiance à son homologue étranger, la confiance mutuelle entre États se resserre – d'où la formule qu'à travers le cas c'est l'Europe qui importe. Ce qui affleure dès lors c'est bien la confiance en la confiance que les autres porteront à la communauté, le propre d'une confiance institutionnelle qui n'a d'autre fondement qu'elle-même. Cette autofondation de la confiance en contexte transnational est bien évidemment fragile (surtout à ses débuts), mais elle est cependant soutenue par la solidité de l'institution juridique, qui lui permet de jouir d'un soubassement institutionnel, matériel et symbolique fort – les atours de la juridicité. C'est ici que l'aspect juridique que l'on vient de décrire s'avère décisif pour la confiance en la confiance en contexte transnational : en dernier ressort, si la confiance est trahie ou non réciproque, la foi dans le droit ou la justification juridique permettent de ne pas subir une offense ou un affront au niveau individuel malgré qu'elle soit l'objet d'une non-réciprocité, ou qu'on ait l'impression d'être le seul à jouer le jeu – puisqu'on respecte le rôle qui nous incombe, appliquer le droit.

En ce sens, la confiance dans la confiance ou dans le droit est partiellement indifférente aux déceptions individuelles : la confiance institutionnelle est effectivement « résistante, voire même immunisée face aux déceptions individuelles, lesquelles peuvent toujours être expliquées d'une manière sociale ou être calmées, tandis que la confiance interpersonnelle peut s'effondrer devant de petites trahisons »[380]. L'absence de réciprocité n'entache pas directement la confiance institutionnelle, mais, il est cependant nécessaire qu'une certaine réciprocité *en général* existe dans le cadre d'une communauté de confiance, étant donné que malgré la tolérance de la confiance institutionnelle quant aux des déceptions individuelles, « les piliers de la confiance doivent reposer sur un sol »[381].

On le conçoit donc, la confiance institutionnelle est ici juridicisée, c'est une confiance qui prend une forme juridique et qui sert de fin et de moyen aux communautés de confiance dont l'institution et le maintien participent à la transnationalisation du droit familial. C'est dire qu'en faisant confiance, on « fait » du droit également. Faire confiance, dans ce contexte, revient à

[380] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 68.
[381] *Ibid.*, p. 66.

produire du droit, et cette production juridique participe effectivement à la ré-institution permanente de ces communautés de confiance.

Ce mode de fonctionnement, cet engagement juridique dans une histoire commune, n'est pas sans rappeler la métaphore du roman à la chaîne développé par R. Dworkin, selon laquelle chaque juge participerait à l'écriture d'un roman unique, dont il œuvre à ce qu'il soit le meilleur possible[382]. R. Dworkin file la métaphore en ces termes :

> « Imaginons un groupe de romanciers qui se lancent dans une entreprise peu commune. Ils jouent au sort le tour de chacun. Celui qui a tiré le numéro le plus faible écrit le premier chapitre d'un roman, qu'il renvoie alors à celui qui a le numéro suivant. La tâche de ce dernier va être d'ajouter un chapitre à l'histoire tout en faisant en sorte que le roman en cours soit le meilleur roman possible. Quand il a terminé son chapitre, il adresse les deux chapitres au romancier suivant, auquel une tâche identique est assignée, et ainsi de suite. Il incombe ainsi à chaque romancier, à l'exception du premier, d'interpréter le matériau qu'il doit considérer comme faisant partie intégrante du roman à la rédaction duquel il participe »[383].

C'est donc, au-delà des cas individuels, l'application que chaque juge met à l'écriture de son chapitre qui participe à la création d'une œuvre unique, le roman du droit, rassemblant par la même occasion ses écrivains et exégètes en une même communauté d'interprétation. Pour le juge cité ci-avant (J6), on peut dès lors considérer que « l'Europe » (mais cela pourrait être le cas pour la CLaH80 également) représente le roman à la chaîne, la trame historique dont le juge hérite et dont le chapitre à venir orientera la direction, même de manière infime. Il s'agit alors de garantir la communauté de confiance en participant au roman du droit le plus justement possible, en étant à la fois à la hauteur de la confiance institutionnelle et de l'œuvre commune rédigée par des juges de différents États.

1.3 La confiance comme mécanisme de gestion de l'incertitude

Par ailleurs, la confiance intervient effectivement ici comme moyen de faire face à la contingence, c'est-à-dire ce qui n'est ni nécessaire ni impossible. Cette contingence se manifeste lorsqu'il y a une possibilité de choix et la liberté qui l'accompagne, ce qui engendre de l'indétermination. C'est bien le cas du retour au Maroc, ici, qui n'est ni nécessaire ni impossible, et dont les conséquences ne peuvent être anticipées par le magistrat. C'est là où la

[382] DWORKIN Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Mass, Belknap Press, 1986, p. 229.
[383] DWORKIN Ronald, « La Chaîne du droit », *Droit et société*, vol. 1, nº 1, 1985, p. 52-53.

confiance intervient puisqu'elle *suspend* la contingence – et l'incertitude qui en découle – pour permettre l'action. Cette suspension de l'incertitude est une caractéristique décisive de la confiance comme l'avait déjà perçu G. Simmel en son temps. Ce dernier propose en effet une double définition de la confiance : premièrement, la confiance est « une hypothèse sur une conduite future, assez sûre pour qu'on fonde sur elle l'action pratique », il ajoute ensuite que, « la confiance est aussi un état intermédiaire entre le savoir et le non-savoir »[384]. La confiance serait donc une évaluation qui n'a pas une prétention à la vérité, mais bien qui doit être *assez sûre* pour être la base de l'action pratique (ici, ordonner un jugement), et elle ne peut être assurée sinon cela reviendrait à en nier le caractère incertain. La notion de *croyance*, prend, dans l'aspect individuel de la confiance, qu'elle soit institutionnelle ou interpersonnelle, une place centrale. L. Karpik ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que « la confiance désigne l'association intime d'une relation asymétrique - la délégation - et d'un mode d'existence particulier du monde : la croyance »[385].

Au cœur de la confiance (et de la méfiance) se profile donc une forme de *gestion de l'incertitude*. Pour le juge, cette incertitude est triple : premièrement, par rapport aux situations institutionnelles judiciaires et aux systèmes légaux particuliers (le propre du pluralisme juridique); deuxièmement, par rapport à la situation familiale, dont l'examen doit être à la fois succinct et approfondi (établissement des « faits » du cas) ; troisièmement, par rapport à la suite du dossier, dont l'absence de suivi des cas après jugement ne peut permettre au magistrat d'évaluer les effets de ses décisions. Dès lors, le type de confiance que le juge doit mettre en place correspond à ce que P. Livet conceptualise comme la « confiance en incertitude », c'est-à-dire, « […] la confiance qui implique de surmonter une certaine incertitude (non probabilisable) pour aboutir à une activité conjointe qui implique des coopérations de la part de la plupart des partenaires, et qui a des chances (mais n'est pas assurée) de promouvoir des situations impossibles à mettre en œuvre sans cette confiance »[386]. Ce discours est présent chez les acteurs professionnels, même critiques, impliqués par l'enlèvement parental international : les règles sont injustes, les règles peuvent être considérées comme critiquables, insuffisantes, voire néfastes, mais elles permettent néanmoins des possibilités d'actions impossibles à mettre

[384] SIMMEL Georg, *Secrets et sociétés secrètes*, *op. cit.*, p. 22.
[385] KARPIK Lucien, « Dispositifs de confiance et engagements crédibles », *op. cit.*, p. 528.
[386] LIVET Pierre, « Confiance, émotions et manifestation des valeurs », *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 201.

en œuvre sans cette confiance, des formes de coopérations étatiques inenvisageables sans les conventions.

Si l'incertitude provenant du caractère inconnaissable du futur est classique et commune à la plupart des situations de confiance, on peut mettre au jour un second niveau d'incertitude, plus spécifique à la question judiciaire (familiale transfrontière), concernant la *justice*. En effet, si les règles juridiques existantes doivent être appliquées par le magistrat, une incertitude fondamentale persiste quant à savoir si le droit est adapté au litige, et dans quelle mesure son application garantit effectivement une juste résolution du conflit. La réflexivité du magistrat sur sa propre pratique tient une place centrale dans les entretiens que nous avons menés, et on ne peut en ce sens présumer une confiance tranquille (*confidence*) par défaut du magistrat vis-à-vis des règles juridiques. On doit plutôt acter que si des magistrats témoignent d'une confiance tranquille vis-à-vis du droit, d'autres se débattent avec les contradictions ou les limites que présentent, selon eux, les règles juridiques en vigueur encadrant l'enlèvement parental international. C'est donc, au-delà d'une incertitude factuelle, *une incertitude normative* qui se présente aussi au magistrat, comme nous le montrerons dans la suite de ce chapitre (cf. *infra*, 1.5)

Néanmoins, si la décision de retour exprime bien ce lâcher-prise propre à la confiance, il n'empêche que les *croyances* concernant les juridictions dans lesquelles seraient ou sont renvoyés les enfants s'avèrent cruciales dans la possibilité d'accorder une confiance au magistrat étranger. L'enjeu pour le juge, dans la relation médiate qu'il entretient vis-à-vis des juges du fond de l'État de résidence habituelle en cas de retour ordonné, sera bien de lui accorder sa confiance en vertu des croyances qu'il porte sur son homologue étranger, et ceci à deux niveaux. À un premier niveau, la confiance portera sur l'usage adéquat d'une liberté personnelle de jugement, toujours potentiellement inquiétante, une liberté d'appréciation autorisée par les règles et les principes juridiques – mais que l'appartenance à une communauté de confiance devrait rassurer[387]. Le spectre de l'usage stratégique du droit en vue d'un protectionnisme des ressortissants nationaux, octroyé par un pouvoir discrétionnaire d'autant plus important que le flou sémantique de l'intérêt supérieur de l'enfant est grand, plane en effet

[387] Comme le note N. Luhmann au sujet de la confiance interpersonnelle comme moyen de faire face à la liberté d'autrui « [l]a confiance est alors l'attente généralisée que l'autre fera usage de sa liberté, du potentiel *inquiétant* de ses possibilités d'action, dans le sens de sa personnalité ou, plus précisément, dans le sens de sa personnalité qu'il a présentée et manifestée socialement comme sienne ». LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 43. (nous soulignons).

sur le fait d'accorder sa confiance. À un second niveau, ce sont les croyances du magistrat vis-à-vis de l'institution judiciaire ou du système juridique de l'État partenaire qui sont remises en cause : sont-ils dignes de confiance, doivent-ils être soupçonnés de corruption ou ne répondent-ils pas effectivement aux principes de base de la justice (droits fondamentaux, spécialement le droit à un procès équitable) ?

En réponse aux incertitudes qui se présentent au juge dont il est attendu qu'il accorde sa confiance à son homologue étranger – mais pas aveuglément – des initiatives de *réticularisation de la magistrature* ont vu le jour à l'aube du XXIe siècle, garantissant un niveau de confiance supplémentaire aux juges en charge de litiges transfrontières. C'est ainsi que le « International Hague Network of Judges (IHNJ) » a vu le jour en 1998, spécifiquement afin d'améliorer la mise en œuvre pratique de la CLaH80, entre autres par le développement de relations professionnelles de confiance mutuelle entre juges[388]. Ce réseau fonctionne par la nomination d'au moins un juge par État[389], comptabilisant à l'heure actuelle 124 juges issus de 81 États[390]. Les juges peuvent alors procéder à ce qui est appelé des « communications judiciaires directes », moyennant le respect de certains principes procéduraux[391]. Ces communications judiciaires directes renferment un potentiel et un espoir pour favoriser la confiance entre les magistrats, selon ce juge :

> « Mais peut-être que par les communications judiciaires on peut favoriser cette confiance. Parce que moi, je suis sûre qu'un juge au fin fond des USA qui est saisi d'un cas X ou Y, il va juger de façon nationale, à sa manière. Mais dès qu'il a été contacté par le juge d'un autre État pour lui demander ce qui se passe, il va avoir une attention vers le fait qu'il a un peu l'œil de Moscou qui le regarde, qu'il n'est pas tout seul, et que son jugement va servir encore à quelqu'un d'autre. Donc il va être quand même plus prudent. Moi, je suis sûr que oui. Le juge de province dont je parlais tout à l'heure, c'est parce qu'il croit qu'il est tout seul qu'il peut faire ce qu'il fait. Mais

[388] Le rapport de 2017 du IHNJ le rappelle en toutes lettres : « The tenure of members of the IHNJ should be of sufficient length to enable members to contribute to the work of the IHNJ and the practical operation of the Hague Children's Conventions to the fullest extent. In particular to ensure […] the development of professional relationships of mutual trust and confidence with other members of the IHNJ ».

[389] Le mode d'adhésion est bien moins contraignant que celui présidant à l'acceptation de membres dans la communauté de confiance internationale, c'est en partie en cela que se distingue le *réseau* de la *communauté*. Cette adhésion présuppose simplement que « les juges désignés au sein du RIJH doivent être des juges du siège disposant de l'autorité et de l'expérience idoine dans le domaine du droit international de la famille ».

[390] L'IHNJ est passé de 24 membres issus de 17 États à 124 membres issus de 81 États en dix ans, cet engouement témoigne de l'actualité du phénomène de réticularisation de la magistrature.

[391] Une harmonisation des législations nationales cherchant à établir une base légale commune aux États du réseau est en cours de développement à la HccH, pour l'instant, retenons qu'il s'agit avant tout du « respect for the rule of law, judicial independance and due process ».

> dès qu'il comprend qu'il n'est pas tout seul et qu'il comprend qu'il y a un enjeu international, il va peut-être un peu se renseigner et il va peut-être faire autrement. La communication dans ce cas particulier va pouvoir faire sortir la personne de son isolement » (J2, entretien 1).

Au-delà d'un « canal privilégié » de communication et de coordination judiciaire entre la magistrature « à l'international » et « domestique », le réseau fonctionne également comme un moyen de développer une interconnaissance accrue des magistrats en tant qu'*individus*. La confiance interpersonnelle vient donc ici se superposer à la confiance institutionnelle.

1.4 La confiance : un processus structuré en trois temps

Si la réticularisation de la magistrature et les communications judiciaires directes peuvent effectivement réduire les risques d'accorder sa confiance, il n'empêche que ce risque ne peut être totalement évacué et qu'une incertitude, même réduite, subsiste. Effectivement, « les points d'appui sur lesquels se forme la confiance n'éliminent pas le risque, ils ne font que le réduire » avance N. Luhmann, « Ils [les points d'appui] ne fournissent pas une information complète sur le comportement attendu de la personne envers qui la confiance doit se porter. Ils ne servent que de tremplin pour effectuer un saut dans l'incertitude qui est toujours structuré et limité »[392]. En ce sens, c'est bien la confiance (ou la méfiance) qui, en définitive, permet de faire face à l'incertitude. G. Möllering offre un appui intéressant pour opérationnaliser la confiance en termes de recherche, en considérant la confiance comme *un processus structuré en trois temps : interprétation, suspension, attente (« expectation »)*[393]. La confiance fonctionne de manière à ce qu'une *interprétation* du monde entraîne un « bond cognitif » risqué[394] (*« mental leap »*) nécessaire pour atteindre un état *d'attente* vis-à-vis d'autrui (*expectation*)[395]. Ce passage nécessaire de suspension du jugement et de la justification, ce « saut » dans l'incertitude, renvoie au « paradoxe de l'information » propre à la confiance : « d'une part, la confiance nécessite un manque d'information (lorsqu'une conduite future est certaine, il est inutile de parler de confiance) ; et d'autre part, elle repose sur l'information recueillie, dans l'observation des conduites, d'autrui ou dans leur description rapportée, au sujet des motifs de son action ou de ses compétences »[396].

---

[392] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 36.
[393] MÖLLERING Guido, « The Nature of Trust », *op. cit.*, p. 417.
[394] KARPIK Lucien, « Pour une conception substantive de la confiance », *op. cit.*
[395] MÖLLERING Guido, « The Nature of Trust », *op. cit.*, p. 417.
[396] NOOTEBOOM Bart, « Apprendre à faire confiance », *op. cit.*, p. 63.

Il est donc nécessaire de ramener le fait d'accorder sa confiance à son rapport au savoir, c'est-à-dire à sa base motivationnelle incomplète, puisqu'interprétation située. Selon G. Möllering, la fixation d'une interprétation du monde, bien que limitée, constitue le premier pas du processus de confiance, amenant, de manière combinée, la suspension nécessaire au bond cognitif risqué :

> « *It should be pointed out that – in trust – interpretation and suspension always combine. In other words, the leap of trust cannot be made from nowhere nor from anywhere, but needs to be made from one of the places where interpretation leads us but whose suitability cannot be entirely certain. Suspension can be defined as the mechanism that brackets out uncertainty and ignorance, thus making interpretative knowledge momentarily 'certain' and enabling the leap to favorable (or unfavorable) expectation* »[397].

En somme, la confiance nécessite la suspension de l'interprétation, la prise de risque caractéristique qu'implique la base motivationnelle incertaine de la confiance, mélange de savoir et de croyance, une entreprise risquée de gestion du risque. La confiance s'entame donc par une étape *d'interprétation* du monde momentanément fixé par *l'acceptation de l'ignorance,* se concluant par une *attente* particulière vis-à-vis d'autrui[398].

On peut déceler cette structuration du processus de confiance en trois temps dans l'exposé que nous offre le juge en charge du cas marocain qu'il n'a pas encore tranché lors de notre rencontre :

> « On me dépeint un tableau absolument apocalyptique ; je n'y crois pas. Je n'ai pas tous les éléments. Et donc l'idéal ce serait qu'on puisse prendre contact avec… les homologues… […] Je suis très très perplexe, je ne sais pas, je suis en train de tourner. Les circonstances de l'arrivée en Belgique des enfants sont extrêmement suspectes. Est-ce que je peux alors cautionner, en refusant le retour, des éléments… *[se reprend]* il faut partir d'une présomption de confiance sinon ça désagrège complètement. Je sais qu'il y a eu énormément d'arrêts qui ont battu en brèche cela. […] Je crois que c'est d'abord le premier élément auquel il faut faire attention, quitte à peaufiner par la suite. Mais ici, il faut vraiment des circonstances tout à fait particulières. Le simple fait de partir d'une pétition de principe en disant, voilà, si c'est un renvoi dans un pays à majorité musulmane ça va pas se passer, je trouve ça extrêmement choquant » (J1, entretien 2).

[397] MÖLLERING Guido, « The Nature of Trust », *op. cit.*, p. 414.
[398] MÖLLERING Guido, « The Nature of Trust », *op. cit.*

Dans un premier temps, le magistrat prend pied sur les informations factuelles ainsi que sur le savoir partiel et les croyances qu'il entretient vis-à-vis du Maroc. Son interprétation initiale du Maroc comme « un pays où les conceptions religieuses, culturelles et éducatives sont totalement différentes des nôtres ».

Dans un deuxième temps, il exprime bien être dans une situation où il fait face à une grande incertitude et un manque d'information, qu'il aimerait d'ailleurs combler : « j'ai pas tous les éléments. Et donc l'idéal, ce serait qu'on puisse prendre contact avec… les homologues… ». On sent effectivement que le magistrat peine à prendre sa décision, hésite à effectuer le saut de la confiance, il est « très perplexe », « en train de tourner ». On perçoit à l'évidence le passage de cette interprétation initiale à la mise en suspend de la dynamique itérative de l'interprétation par une acceptation momentanée de l'ignorance, et la prise de décision du retour, de faire confiance parce qu'il est garant du fonctionnement de la communauté de confiance dans son ensemble : « Est-ce que je peux alors cautionner, en refusant le retour, des éléments… *[se reprend]* il faut partir d'une présomption de confiance sinon ça désagrège complètement ». S'il veut éviter que « ça désagrège complètement », c'est qu'il s'agit alors de faire passer la confiance institutionnelle en premier lieu au risque de voir le cadre juridique perdre son effectivité en retour, ou mettre en danger la réciprocité de la confiance. Le magistrat finira donc par ordonner le retour, à faire, selon ses termes, « le *pari* du retour ». Cette référence au pari n'est pas anodine, puisque c'est une des images récurrentes utilisées pour caractériser la confiance, soulignant à la fois la confrontation à la liberté d'action d'autrui, à l'aspect d'incomplétude d'information de la confiance, ainsi que le saut risqué qui implique une suspension temporaire de l'incertitude pour laisser place à l'action[399]. En ce sens, le pari constitue une des *formes logiques* pour décrire la confiance[400], qui comprend deux éléments : un enjeu clairement présenté au sujet duquel la demande de confiance s'applique, et une certaine précision quant au résultat auquel elle pourrait aboutir[401]. Il s'agit ici de l'enjeu du retour de l'enfant au Maroc et le résultat consiste en un jugement sur le fond de l'affaire. De manière plus intéressante encore, le pari est d'usage pour décrire la confiance lorsque la

[399] QUÉRÉ Louis, « La structure cognitive et normative de la confiance », *op. cit.*, p. 138 ; FREDERIKSEN Morten et HEINSKOU Marie Bruvik, « Trusting the other or taking a chance? An investigation of chance and trust temporalities », *Time & Society*, vol. 25, nº 2, juillet 2016, p. 376 ; OFFE Claus, « How Can We Trust Our Fellow Citizens? », *op. cit.* ; OGIEN Albert, « Éléments pour une grammaire de la confiance », dans Albert OGIEN et Louis QUÉRÉ (dir.), *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Paris, Economica, 2006, p. 226 ; CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », *op. cit.*, p. 174.
[400] OGIEN Albert, « Éléments pour une grammaire de la confiance », *op. cit.*, p. 226.
[401] *Ibid.*, p. 227.

demande qui est fait à celui qui l'accorde revêt un *caractère moral*[402], ce qui s'applique indéniablement au cas étudié. Ce pari du retour se présentera de la manière la plus vive lors du dilemme éthique, attitude que nous détaillerons dans la section suivante (cf. *infra* 1.5).

Dans un troisième temps, on peut avancer qu'à cet ordre de retour correspond des attentes, exprimées au conditionnel : « Si j'étais le juge du fond, je confierais l'hébergement à cette maman ». Le magistrat en charge de ce cas espère donc que, suite au retour ordonné, le juge marocain confiera l'hébergement à la mère, et accordera peut-être également qu'elle s'établisse avec les enfants en Belgique. Un autre cas impliquant le Pérou, pour lequel ce même magistrat a également ordonné un retour, est fort évocateur à cet égard : « J'espère que les tribunaux péruviens autoriseront Madame à s'installer, à venir en Belgique avec sa fille, parce qu'en plus la maman s'était mariée en Belgique. Bon, j'espère. Mais en tant que juge belge je ne peux pas moi juger du fond du droit garde » (J1, entretien 2).

Il y a donc, lorsque l'on accorde sa confiance, une prise de risque qui est absente de la méfiance et de la confiance tranquille. Mais le risque intervient pour le juge de l'État requis à deux niveaux : d'une part, il y a une prise de risque inhérente au fait d'accorder sa confiance, comme nous l'avons montré ci-dessus (déception des attentes, jugement national qui ne correspond pas aux valeurs du magistrat, prise en charge défaillante, corruption, etc.) ; d'autre part, l'évaluation du risque est cruciale *en amont* de la décision d'accorder sa confiance à son homologue étranger : le droit prévoit, de manière explicite, que c'est bien l'existence d'un « risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable »[403] , qui justifie une méfiance légitime et donc un refus de retour dans le cadre de la CLaH80.

On voit donc que ce n'est pas uniquement l'objet (ou le sujet) de la confiance ou de la méfiance qui importe, mais également *l'attribution du risque* en amont qui justifie la confiance ou la méfiance. Cette attribution comporte deux aspects cruciaux à distinguer : *l'objet* (ou le sujet) du risque et la *source* de ce risque. La perception et l'attribution du risque sont donc décisives dans le fait d'accorder ou non sa confiance, comme nous l'avons vu lors de l'exposé théorique du chapitre II (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 2.3). Il s'agit bien ici pour le juge de se

[402] *Ibid.*
[403] Article 13 (1) (b) de la Convention de la Haye de 1980.

demander *qui encourt un risque*, mais également *à qui il est légalement valide d'attribuer la cause du risque* qui serait encouru. Comme l'indique le magistrat du cas marocain :

> « Mais sans savoir ce qui allait se passer [au Maroc], parce qu'elle [la mère] évoquait le risque d'être placée sous mandat d'arrêt au Maroc, mais il y a un risque inhérent lié à l'enlèvement. Or, l'intérêt de l'enfant, lorsque je dois envisager le risque inhérent, ce n'est pas celui lié à l'enlèvement, qui existe de par l'enlèvement, c'est vraiment un autre risque. Et là, le papa est adéquat, il y avait tout un milieu familial. Je dis : et bien voilà, la maman risque de devoir supporter les conséquences d'un acte répréhensible au Maroc, mais je ne peux pas considérer que les enfants courent eux-mêmes un risque grave si ce n'est la perte de contact avec la mère, mais là, il y a tout un environnement familial » (J1, entretien 2).

On le voit ici, le seul objet (ou plutôt sujet) du risque considéré comme valide est l'enfant. À l'inverse, il faut souligner que dans ce cas-ci la mère ne peut être considérée comme sujet du risque, et qu'il s'agit uniquement des risques encourus par l'enfant qui sont légalement recevables.

Par ailleurs, la source du risque (comme la méfiance qui en découle d'ailleurs) ne semble pas pouvoir être attribué de manière recevable à un État, mais bien uniquement à une personne, et avant tout à l'entourage de l'enfant, au premier chef desquels le père et la mère. Ici, comme l'indique le magistrat « le papa est adéquat », soulignant que le père ne peut être considéré comme la source valide du risque. De manière identique, un risque encouru découlant de la voie de fait, ne peut être légalement recevable, puisqu'il s'agit d'un « autre risque », de celui « qui existe de par l'enlèvement ». Autrement dit, les conséquences légales de l'acte illicite de la mère du cas marocain, même si elles peuvent avoir des conséquences néfastes pour l'enfant, ne peuvent donc faire office de source de risque recevable légalement. De sorte que ce cas illustre bien cette double non-recevabilité à la fois sur l'objet et la source du risque : « la maman risque de devoir supporter les conséquences d'un acte répréhensible au Maroc, mais je ne peux pas considérer que les enfants courent eux-mêmes un risque grave ».

1.5 Des attitudes entre réflexe national et dilemme éthique

Si le travail du juge de l'État requis consiste effectivement à se porter garant d'une communauté de confiance établie sur la base de la Convention de La Haye de 1980, la *manière* de remplir ce rôle peut recouvrir des expériences individuelles distinctes. En effet, si la confiance tranquille, la confiance décidée et la méfiance opèrent une fonction similaire de gestion de la contingence,

elles ne produisent pas la même expérience vécue pour le magistrat. Comme l'indique M. Frederiksen « the phenomenological forms of trust and confidence may 'functionally' do somewhat similar things, but are phenomenologically distinct since one is intimately linked to agency and alterity and the other to naturalization and exteriority »[404]. En ce sens, si au niveau systémique, c'est avant tout le rôle fonctionnel de la confiance qui nous a intéressés, au niveau individuel, le vécu des magistrats se présente comme la seconde face d'une même pièce qui importe également dans la compréhension de la confiance. C'est en effet par le biais d'une approche plus attentive au vécu individuel de la confiance que l'on peut saisir les divergences de la confiance décidée et de la confiance tranquille, selon diverses *attitudes* que peuvent recouvrir ces « pratiques instituées de la confiance »[405].

En ce sens, nous avons identifié quatre attitudes distinctes que peuvent recouvrir le retour et le refus de retour du point de vue du juge de l'État requis. Le non-retour peut prendre la forme du *réflexe national* ou du *protectionnisme des ressortissants nationaux*, tandis que le retour peut prendre la forme du *retour tranquille* ou du *dilemme éthique*[406]. Ces attitudes se distinguent chacune par la problématisation ou la non-problématisation morale de la situation d'une part, et par la prise de risque (retour) ou l'absence de prise de risque (non-retour) d'autre part, nous y reviendrons (cf. *infra*, cette section).

Dans l'expérience de la confiance en contexte transnational, le rapport à l'altérité, à l'inconnu et à l'étranger structure la façon dont agit un magistrat en charge d'un cas et la manière dont il expérimente la confiance ou la méfiance vis-à-vis de son homologue étranger. Un même cas peut être traité de manière routinière et non problématique par un magistrat ou faire l'objet d'une problématisation approfondie pour un autre magistrat, relevant d'un *hard case*[407] qui risque de mobiliser, au-delà du droit, ses valeurs personnelles. La confiance comme action et comme forme d'engagement devient ici centrale, particularisée dans des attitudes spécifiques. En effet, là où la confiance décidée *suspend* l'incertitude par un saut risqué, la confiance tranquille *ignore* purement et simplement la contingence, s'en tient à la familiarité du monde connu (ici, national), sans remettre en cause son fondement, sans particulièrement évaluer les

[404] FREDERIKSEN Morten, « Divided uncertainty », *op. cit.*, p. 52.
[405] QUÉRÉ Louis, « La confiance comme attitude pratique », *Occasional Paper Institut Marcel Mauss*, vol. 15, 2013, p. 21.
[406] Nous n'entendons pas baliser de manière exhaustive les attitudes possibles pour les juges requis, mais nous attarder sur quatre figures qui sont riches d'enseignements pour comprendre les rôles et enjeux de la confiance, la méfiance et la familiarité en rapport avec la transnationalisation du droit familial.
[407] DWORKIN Ronald, « Hard Cases », *Harvard Law Review*, vol. 88, nº 6, 1975, p. 1057-1109.

possibilités d'action, sans *problématiser* la situation. Il faut encore ajouter que cette problématisation, dans le cas des juges requis, provient d'une prise de conscience de la non-congruence entre morale et droit, entre éthique personnelle et droit international.

La première attitude que les magistrats nomment le « réflexe national » peut être considérée comme étant de l'ordre de *l'expression de la familiarité du national*. Un juge l'indique en effet :

> « Je n'ai pas du tout ce réflexe de protection des nationaux. Les règles sont claires. Certains ont ce réflexe. Et c'est d'ailleurs pour ça que l'Europe a voulu faire quelque chose de plus contraignant, parce qu'ils se rendaient compte que sinon on avait tendance à avoir ce réflexe national. Peut-être qu'on l'a encore. Moi je me souviens d'un cas, c'est pas moi qui l'ai traité c'est une collègue. Elle me disait : 'je devrais renvoyer en Thaïlande un enfant. Mais c'est tellement loin !' ». (J2, entretien 1)

Un autre juge abonde dans le même sens :

> « Le drame, c'est que si le problème commence, si on arrête de renvoyer, les autres États peuvent suivre et avoir un réflexe national. Avant c'était la politique du fait accompli [comprendre : les parents faisaient jouer les États entre eux en leur imposant la voie de fait de l'enlèvement]. La politique du fait accompli, je crains que ça revienne parce que si la Pologne est rejointe par d'autres pays c'est la faillite du traité. Et c'est les parties qui vont jouer la politique du fait accompli » (J6, entretien 1).

La qualification de « réflexe » est ici évocatrice : il s'agit donc d'un refus de retour non réflexif, basé sur l'habitude, sur une moralité nationale incorporée, routinière, qui n'est pas mise à l'épreuve ou en danger par l'adjudication du cas. Il n'y a pas de problématisation du cas qui impliquerait une remise en question de l'action. Cela consiste alors dans l'expression d'une confiance tranquille (*confidence*) vis-à-vis du droit national et sa supériorité, qui s'adosse à la familiarité de ce qui est connu au détriment de l'étranger. Cela peut donc constituer une manière de réduire la complexité par *l'ignorance* pure et simple de la contingence. Autrement dit, on fait selon l'habitude, sans remettre en cause le cadre de décision dans sa composante transnationale, on en reste à la familiarité et la supériorité du national. J. Allard et A. Garapon, au détour d'un paragraphe sur la matière familiale transfrontière, indiquent dans le même sens :

> « Ici [dans la matière familiale], il n'est plus question de politiques mais plus simplement de réflexe national : on protège ses compatriotes. Par une sorte de patriotisme spontané, le juge

national est tenté de faire confiance en priorité aux institutions et aux méthodes éducatives dont il est familier »[408].

En effet, il semblerait que le réflexe national, marqué par un « patriotisme spontané », soit « naturellement » partagé par les magistrats peu habitués « à réfléchir en réseau » (J2), chez les juges, qui, selon les termes d'un magistrat interrogé, « ne sont pas encore assez intégrés dans cette confiance » qui transcende l'échelle nationale (J2). Dépasser la posture spontanée du réflexe national implique en réalité de se familiariser avec le transnational, à apprendre à avoir confiance en la (communauté de) confiance, à s'en remettre à la confiance institutionnelle organisée juridiquement. En ce sens, il semblerait qu'une perspective confiante vis-à-vis de l'étranger, relève d'un état d'esprit (« *mindset* ») qui fait l'objet d'un *apprentissage*, à la fois intellectuel et pratique. Ce magistrat indique en effet qu'il a modifié sa manière de juger au fil de sa pratique :

> « Au début je dois bien dire que j'avais un peu le réflexe national. Mais dans le contexte européen c'est plus facile, et j'ai évolué d'une façon qui fait qu'aujourd'hui je suis devenu très sévère, j'ordonne toujours le retour. Dans un contexte européen, ça marche. J'ai compris naturellement la philosophie de la convention mais ça prend un peu de temps pour être vraiment convaincu, il faut l'expérimenter, en faire usage. […] Pour l'Europe il n'y a plus de problème j'ai le *mindset* dans la bonne direction. Si je donne le dossier à un autre collègue, au début il va faire comme moi et commencer par juger le fond de l'affaire et refuser le retour » (J6)[409].

C'est donc à travers la pratique et l'usage que ce magistrat, qui restait initialement méfiant, a progressivement adopté une perspective confiante vis-à-vis de l'étranger : un certain temps d'expérimentation lui a été nécessaire afin de mettre en œuvre ce qu'il avait saisi intellectuellement. Il a « été convaincu » que « ça marche » à travers la pratique : il « faut l'expérimenter, en faire usage », dit-il. C'est donc une familiarisation avec l'instrument, à travers sa mise en œuvre concrète, qui a permis à ce magistrat de pouvoir plus tranquillement ordonner des retours à l'étranger de manière presque systématique, et qu'à présent, « il n'y a

[408] ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit, op. cit.*, p. 41.

[409] Un autre juge indique également : « Au niveau du droit, dès qu'on passe à l'international on a la complexité du droit international privé, qui fait qu'on joue dans un jeu multiple et que les juges ne sont pas habitués à réfléchir comme ça. Donc là, il y a vraiment un challenge d'ouvrir l'esprit des juges au fait qu'ils sont pas seuls sur leur planète, quand quelqu'un vient s'adresser à eux, mais qu'ils doivent réfléchir en réseau, en se posant les bonnes questions » (J2, entretien 1).

plus de problème ». Il a donc, au fil des cas traités, adopté une perspective marquée par une confiance tranquille dans la familiarité du transnational, à l'échelle européenne. C'est dire qu'une nouvelle habitude s'installe ce qui tend, à notre avis, à transformer ce qui s'apparentait auparavant à une confiance décidée, dont chaque cas était pesé par une évaluation individuelle des États en jeu, en une confiance tranquille (*confidence*) vis-à-vis de la communauté de confiance et du droit qui l'organise. On peut réinterpréter les mots du juge précédemment cité selon pour qui il y a des cas d'enlèvements internationaux où on est à la maison », où on évolue « dans un cadre connu » et quand on est « en Europe, on est plus relax » à l'aune de cette extension du domaine du familier. En effet, quelle métaphore plus évocatrice de la familiarité que celle de la maison, du foyer. On peut donc avancer que, bien que la confiance reste ici décidée puisqu'institutionnelle, l'attitude du magistrat évolue vers une routinisation de la confiance décidée qui se mue en une confiance tranquille en l'institution depuis sa perspective : il applique les règles sans se poser de question. C'est en ce sens que nous nommerons cette seconde attitude le *retour tranquille*.

Cependant, le *mindset* de ce magistrat marqué par une confiance tranquille envers l'étranger et l'inconnu est fortement dépendant de la nature et du type de communauté de confiance dans laquelle s'insère l'État en question. En effet, ce juge indique de manière explicite que le *mindset* confiant par défaut, dont il est à présent familier, ne s'applique pour lui que « pour l'Europe », dans les cas soumis au Règlement Bruxelles II bis. Il y a donc une évaluation *a priori* de la communauté de confiance, des valeurs partagées en son sein, et des normes supposées régir le comportement de ses membres, et qui conditionne l'attitude adoptée.

En contraste clair, ce même magistrat indique, au sujet d'un cas avec la Bolivie :

> « Dans un autre continent, ça devient plus difficile. Dans la plupart des cas on en revient à d'autres cultures. Les valeurs européennes ont quand même évolué dans la même direction et la conclusion est plus facile à faire dans ce contexte d'activité qu'en Amérique du Sud, par exemple, qui est quand même un contexte très différent du nôtre. [Il indique, concernant le cas bolivien :] J'ai décidé de refuser le retour, mais je suis certain que, juridiquement, ce n'était pas tout à fait correct, mais j'étais à l'aise de décider comme ça. La Bolivie est un pays très pauvre. Les enfants étaient en Belgique depuis près d'un an. Les circonstances de vie étaient sommaires, et bon, la mère était revenue ici. Là on peut en discuter mais bon… parfois je ne suis pas très cohérent dans ces dossiers-là, entre différents continents » (J6).

On voit donc que la communauté de confiance et l'évaluation des valeurs supposées partagées en son sein sont décisives en ce qui concerne l'adoption d'une attitude confiante vis-à-vis de l'étranger[410]. Si ce magistrat a acquis cette certitude que la confiance institutionnelle par défaut, au-delà des cas individuels est nécessaire « pour l'Europe » (cf. *supra* : « ce n'est pas le cas qui est important, c'est l'Europe »), il n'en va pas de même pour la CLaH80, dont fait partie la Bolivie. Ce magistrat juge donc consciemment de manière différente en fonction de la communauté de confiance à laquelle sa décision contribue, manière d'agir qui, selon ses propres mots « n'est pas très cohérente », entre *mindset* confiant européen et méfiance vis-à-vis de pays conventionnés extra-européens.

On peut distinguer cette posture de l'attitude de réflexe national, qui, bien qu'entraînant le même résultat (un non-retour) ne relève pas de la confiance tranquille en la familiarité du national (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 2.1), mais bien d'une *méfiance active* moyennant un usage instrumental du droit visant à faire passer la supériorité du national pour l'intérêt supérieur de l'enfant (le « je suis certain que, juridiquement, ce n'était pas tout à fait correct » du J6), relevant du protectionnisme des ressortissants nationaux que nous avions évoqué précédemment (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 3.2). Cette attitude ne présente pas, en effet, le caractère « naïf » et « naturel » qui caractérise la familiarité[411], puisque ce magistrat a conscience de ce qui est attendu en termes de confiance institutionnelle dans le cadre conventionnel, mais refuse sélectivement de l'accorder en dehors des cas européens. Selon cette hypothèse, la méfiance est alors réflexive, au même titre que la confiance décidée, mais opère un refus de la contingence et une réduction de la complexité sans effectuer le saut risqué caractéristique de la confiance. La situation est donc bien *problématisée* et la non-congruence entre les valeurs que le magistrat entend défendre et les prescriptions juridiques est perçue comme telle : il y a une incompatibilité manifeste entre le retour de l'enfant et le respect des

[410] Un autre magistrat avance également des réticences concernant l'intégration d'États appliquant les principes de la charia dans la CLaH80 : « C'est clair qu'on peut pas tout à fait empêcher la conscience du juge. Parce que normalement on doit se dire que si les États se sont acceptés dans cette espèce de club de la Convention, c'est que, quelque part, ils ont fait ce screening et ils se font confiance. Mais nous on constate que c'est peut-être pas toujours le cas. Par exemple, […] ils veulent intégrer dans ce grand club tous ces pays de la charia. Je me dis : « mais une fois qu'ils seront tous intégrés, ça veut dire que eux doivent nous faire confiance, mais nous devons leur faire confiance aussi ! ». Est-ce qu'on est prêt à ça ? Est-ce que, vraiment, c'est ça qu'on veut ? Pour moi c'est pas clair. Je ne sais pas jusqu'où. C'est très bien de vouloir intégrer, de vouloir faire des grandes conventions parce que ça aide un peu les choses mais à un moment donné on va être coincé aussi nous, on va devoir leur faire confiance. On va devoir renvoyer nos enfants là-bas aussi. Et ça moi je suis pas prêt à renvoyer devant des juges de la charia » (J2, entretien 1).

[411] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 70.

valeurs que le juge soutient. Autrement dit, dans ce cas-ci, il s'agit alors d'une méfiance justifiée aux yeux du magistrat pour qui la communauté de confiance dans laquelle il s'insère ne correspond pas aux valeurs qu'il défend et auxquelles il adhère. On peut donc distinguer deux manières d'obtenir le même résultat : un refus de retour non problématisé basé sur la supériorité de la familiarité du national et un refus de retour problématisé mais faisant appel à une méfiance vis-à-vis de l'étranger (motivée par la perception d'une divergence de valeur). Dans le second cas, il n'est alors plus adéquat de parler de réflexe, puisque l'attitude relève en effet d'une méfiance active par un usage détourné de la lettre du droit. En ce sens, les pratiques de juges « sont susceptibles de découler d'une vision stratégique où les options sont choisies en fonction de la contrainte des qualifications juridiques mais aussi en fonction d'opportunités, de circonstances politiques et de finalités auxquelles ils adhèrent »[412].

Le quatrième vécu, le dilemme éthique, se pose avant tout dans les cas « compliqués », et particulièrement lorsque le retour implique un État ayant récemment intégré une communauté de confiance ou un État vis-à-vis duquel des croyances ou un savoir attestent d'une divergence en termes de valeurs. Il relève donc d'un cas à la fois problématisé, selon lequel le juge perçoit la non-congruence entre droit et morale, mais également risqué, puisqu'il se conclut par une décision de retour – donc de confiance. Dès lors, dans ces cas particulièrement pénibles et difficiles à trancher – à l'image du cas marocain et des nuits blanches traversées par le juge – il semblerait que la confiance permette de couper court à un dilemme éthique.

Afin de s'outiller à l'analyse des dilemmes éthiques, des appuis peuvent être trouvés dans l'anthropologie des moralités de J. Zigon. Nous n'entrerons pas dans les détails de l'entreprise de l'anthropologue qui s'éloigne des considérations qui nous intéressent ici, mais certains aspects de son cadre théorique donnent un éclairage intéressant sur les enjeux moraux du jugement que le magistrat de l'État requis peut expérimenter et fournissent une motivation originale de l'action des juges. J. Zigon avance que, de manière générale, le quotidien d'un individu se passe dans un monde familier et que la moralité est une façon non réflexive et non problématique d'être-au-monde. Le point de départ analytique classique de l'auteur est que le moral n'est pas congruent avec le social, ce qui lui permet de reprendre à son compte une distinction entre *morality* et *ethics* : « morality as the unreflective mode of being-in-the-world

[412] COMMAILLE Jacques et DURAN Patrice, « Pour une sociologie politique du droit : présentation », *L'Année sociologique*, vol. 59, nº 1, 2009, p. 16.

and ethics as a tactic performed in the moment of the breakdown of the ethical dilemma »[413]. Chacun d'entre nous évolue dans un monde quotidien non problématique, jusqu'à ce qu'une situation spécifique déclenche un *moral breakdown*, qui problématise une situation particulière et, partant, fait peser le poids, de ce que le philosophe danois K. Løgstrup nomme une demande éthique (*ethical demand*) sur l'individu qui expérimente cette brèche [414].

En ce sens, on peut avancer que le juge de l'État requis du cas marocain expérimente un dilemme éthique, qu'il se trouve face à une demande éthique qui remet en cause les coordonnées de sa moralité ordinaire. Faut-il ordonner le retour et donc accorder sa confiance à un État qui a effectivement des visions de la famille incompatibles avec les siennes ? La mère, perçue comme manipulatrice, peut-elle être digne de confiance ? Face à cette situation, le magistrat « tourne en rond », a un « cas de conscience », fait des « nuits blanches » et n'arrive pas immédiatement à se résoudre à ordonner le retour des enfants. Mais, insiste J. Zigon, il est impossible de vivre en permanence dans cet état : « there is always a risk in performing ethics. But yet, one must act. One must respond to the ethical demand, for one cannot live […] in a permanent state of moral breakdown. This inability to live in permanent moral breakdown, then, might be considered one of the fundamental motives for responding to the ethical demand »[415]. C'est ici que s'exprime toute l'originalité de l'aspect éthique de la confiance dans cette optique. Ne pourrait-elle pas, en effet, concourir à la mise entre parenthèses de l'incertitude et à permettre, en définitive, de répondre à une demande éthique ? Cela signifierait qu'elle aurait comme fonction la suspension de l'état de *moral breakdown*, c'est-à-dire de permettre de revenir dans la quiétude quotidienne des dispositions morales ordinaires. C'est en tout cas une réponse intéressante, en ce qu'elle se distingue des positions classiques de la philosophie morale, qui répondent aux questions de la motivation et de la fin de l'action éthique en postulant le bon, le juste, ou le droit. La fonction de la confiance ou de la méfiance pourrait alors être celle de mettre fin à un dilemme éthique. « For Badiou the maxim of the ethical moment is '*Keep Going*!'. Similar to how I have described the stepping-away of the ethical moment, Badiou conceives of ethics as that which is required in response to certain situations, or what he calls singular events »[416]. La confiance permet alors de pouvoir répondre à une demande

[413] ZIGON Jarrett, « Moral breakdown and the ethical demand: A theoretical framework for an anthropology of moralities », *Anthropological Theory*, vol. 7, nº 2, 2007, p. 137.
[414] LØGSTRUP K. E., *Beyond the ethical demand*, English language ed., Notre Dame, Ind, University of Notre Dame Press, 2007.
[415] ZIGON Jarrett, « Moral breakdown and the ethical demand », *op. cit.*, p. 139.
[416] *Ibid.*

éthique, *to keep going* !, en tranchant de manière procédurale, sans entrer dans le conflit substantiel des valeurs, ou de risquer une approche paternaliste de la différence culturelle. En effet, comme l'indique le juge en charge du dossier marocain évoqué plus haut : « mais ils sont signataires de la convention de La Haye donc voilà : je ne peux pas moi, poser ma propre échelle de valeurs sur ce genre de demande ». Il insiste lors d'une autre entrevue qu'il « par[t] du principe que le cadre est là pour qu'on évite, nous magistrats, de partir vers nos échelles de valeurs. En matière familiale c'est extrêmement dangereux ! Moi, je veux me garder de tout paternalisme, de manière beaucoup plus générale, hein ! Le cadre légal est là pour justement éviter les dérives du paternalisme » (J1, entretien 1).

Dès lors, éviter les dérives du paternalisme consiste en définitive à se garder d'imposer sa « propre échelle de valeurs » sur les demandes d'un État étranger, une posture qui, selon une formule exemplaire d'un magistrat interrogé, implique « que l'on n'est pas dans le jugement, même si on est des juges ». Le droit, ici, sert d'appui au magistrat pour éviter le paternalisme, trait essentiel qui constitue le *mindset* transnational organisé par la confiance mutuelle : s'en remettre à la différence plutôt qu'imposer ses convictions. Il n'empêche qu'à la relecture de ces extraits et suite au développement du dilemme éthique, on peut concevoir l'attitude du protectionnisme des ressortissants nationaux comme relevant effectivement du paternalisme et correspondant à la réponse méfiante qui met fin, si pas à un dilemme, du moins à une incompatibilité éthique. Au *Keep Going !* de la confiance s'oppose le *Don't Go !* de la méfiance, puisque si la méfiance met fin à la problématisation de la situation, elle n'implique pas pour autant d'aller de l'avant, de s'élancer vers le saut risqué propre à la confiance. Il ne s'agit pas alors de résoudre une incompatibilité de valeurs par la procéduralisation de l'action mais bien plutôt de résoudre le conflit de valeurs par l'affirmation de la supériorité de ses convictions propres.

Synthétisons ce que nous avons développé au fil de l'analyse de ces quatre attitudes. On peut distinguer les attitudes en ce qu'elles impliquent une problématisation morale ou non de la situation. Du côté de la non-problématisation morale, on observe d'une part, le retour tranquille qui atteste d'une confiance tranquille en le droit et la communauté de confiance, c'est-à-dire une sorte de confiance tranquille transnationale (marqué par un *mindset* particulier issu d'un apprentissage) ; on observe d'autre part, le réflexe national qui atteste d'une affirmation de la familiarité nationale par la supériorité non problématisée du droit national. Du côté de la problématisation morale de la situation, deux attitudes coexistent également : d'une part, le

refus de retour marqué par le protectionnisme des ressortissants nationaux, qui perçoit la non-congruence entre droit et morale, et procède par la méfiance de l'étranger en imposant la supériorité du national de manière réfléchie ; d'autre part, le retour marqué par un dilemme éthique, qui cherche à évacuer le paternalisme par la procéduralisation du jugement, et mettre fin au dilemme par une confiance décidée – unique attitude qui implique donc réellement une prise de risque perçue comme telle par le juge. Nous avons rassemblé ces attitudes dans un tableau[417] :

Types d'attitudes

	Transnational	National
Problématisation morale	Dilemme éthique	Protectionnisme des ressortissants nationaux
Non-problématisation morale	Retour tranquille	Réflexe national

Ces différentes attitudes peuvent alors être rapportées aux divers modes de réduction de la complexité que nous avons explorés précédemment (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 2) :

Types de mode de réduction de la complexité

	Transnational	National
Réflexif	Confiance décidée	Méfiance
Non réflexif	Confiance tranquille	Familiarité

Se pose alors la question plus générale, dont nous avions entamé l'esquisse lors du chapitre précédent (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 2.1), des relations entre familiarité, confiance et méfiance sur la scène transnationale. L'essentiel pour les magistrats requis en charge d'enlèvements parentaux internationaux semble alors de passer d'une familiarité du national à une confiance institutionnelle transnationale. Il nous semble, à l'heure actuelle, que l'expression d'une attitude familière à proprement parler ne s'observe que dans le cas du réflexe nationaliste. Autrement dit, le national reste l'unique objet de l'expression du familier. Cependant, cela

[417] Il convient de rappeler que les attitudes qui ont été développées ici ne prétendent pas à l'exhaustivité des postures susceptibles d'être endossées par les juges, puisque des retours et des non-retours peuvent être ordonnés de manière réfléchie sans pour autant exprimer une problématisation morale de la situation. Il en va par exemple, des non-retours ordonnés en vertu des exceptions juridiques au retour (perception d'un danger grave pour l'enfant, intégration de l'enfant dans son nouveau milieu, etc.).

n'équivaut pas à dire que rien ne change, que ces pratiques de liaisons transfrontières par des formes de confiance n'opèrent pas des glissements dans les *fonctions* que remplissent ces différents mécanismes de réduction de la complexité. En réalité, ce qui se joue, c'est l'organisation explicite d'une confiance institutionnelle qui intègre certaines fonctions de la familiarité. Comme l'indique N. Luhmann :

> « Toutes ces réflexions nous poussent à conclure que la confiance systémique a intégré en elle certaines fonctions et caractéristiques propres à la familiarité (qu'elle se situe donc au-delà de la confiance et la méfiance manifestée sur un mode personnel). Bien que la confiance systémique soit accordée plus ou moins en bloc et de manière plus ou moins latente, elle est toutefois fondamentalement différente de la familiarité du monde quotidien vécue de manière « naïve ». Au sein de la confiance systémique s'exprime la conscience du fait que toutes les opérations sont produites, que toutes les actions ont été décidées en comparaison avec d'autres possibilités »[418].

De sorte que ce ne serait pas la familiarité du transnational mais plutôt la confiance institutionnelle dans le contexte transnational qui serait amené à remplacer fonctionnellement la familiarité, selon des caractéristiques non équivalentes, puisque jamais naturelle ni « naïve ». En effet, bien que le retour tranquille implique une forme de familiarisation avec certaines constructions transnationales (la « maison » que constitue l'Europe), on ne peut au sens strict considérer cette attitude comme naturelle ou naïve, puisque résultant d'un apprentissage. En ce sens, elles ne sont pas premières. Il s'agit cependant de souligner que si la confiance mutuelle entre États qu'organisent les communautés de confiance implique une confiance institutionnelle, elle tend à se muer, du point de vue subjectif, en confiance tranquille en la communauté de confiance – telle l'attitude du retour tranquille. Cette routinisation de la confiance décidée en confiance tranquille, si elle est favorable au maintien de la confiance institutionnelle, semble également constituer le pendant individuel de la crise de régulation dont certains critiquent, au niveau systémique, les effets délétères en termes de protection des droits fondamentaux (« la marche idéologique » forcée menant à une confiance aveugle entre États dans le cadre du Règlement Bruxelles II bis)[419].

---

[418] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 70.

[419] BARTOLINI Silvia, « In the Name of the Best Interest of the Child: The Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases », *op. cit.* ; SCHWARZ Michael, « Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *op. cit.* ; RIZCALLAH Cecilia, « Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? », *op. cit.*

1.6 La modalisation du retour : concrétiser la présomption conventionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant

Nous l'avions mentionné en amont, la CLaH80, malgré l'objectif explicite de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, le concrétise par le mécanisme de retour immédiat qui est avant tout centré sur l'enjeu juridictionnel. Autrement dit, le juge en charge du litige dans le cadre conventionnel cherche à assurer l'exercice de la souveraineté étatique, afin qu'aucun justiciable n'échappe à la justice, ou ne soit en position de pratiquer un *forum shopping* judiciaire. Il suffit pour se convaincre de la prégnance de l'enjeu juridictionnel dans la pratique du magistrat, de rappeler que ce que vise la CLaH80 est bel et bien *le retour de l'enfant dans l'État de résidence habituelle* de ce dernier, donc auprès de la juridiction compétente *et non pas explicitement auprès d'un membre de sa famille*. Cela traduit bien le souci de résoudre le conflit juridictionnel avant tout, puisqu'il n'est nullement ordonné de réintroduire l'enfant dans son environnement familial initial. En d'autres termes, il est dans l'intérêt de l'enfant d'être *jugé dans la juridiction de son État de résidence habituelle*[420] ; dit encore autrement, le cas est considéré comme résolu lorsque les policiers s'arrêtent à la frontière étatique lors de l'exécution d'un jugement de retour.

La présomption selon laquelle le retour de l'enfant entraînerait *de facto* la protection de son intérêt supérieur si les exceptions ne sont pas rencontrées est en effet remise en question par les magistrats interrogés, ainsi que par certains médiateurs (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 2.2) qui n'hésitent pas à qualifier la procédure de retour de « brutale ».

> « Dans un dossier d'un enlèvement du Pérou vers la Belgique, on a quand même été essayer avec Child Focus de trouver une solution. On a essayé de faire parallèlement au processus judiciaire qui est d'une brutalité inouïe : j'ai vraiment l'impression d'être le bras armé c'est une procédure effectivement violente et brutale » (J1, entretien 1).

Face à ce constat, des magistrats affirment qu'à l'inverse de protéger l'intérêt de l'enfant et d'apaiser le conflit parental, les procédures de retour, qu'elles soient encadrées par la CLaH80 ou le Règlement Bruxelles II bis, peuvent contribuer à aviver le conflit. Le retour peut impliquer une forme de violence qui lui est intrinsèque à deux niveaux. À un premier niveau, le non-consentement de l'enfant au retour peut être vécu comme un second déracinement faisant suite

[420] C'est en effet une des trois grandes interprétations données à l'intérêt supérieur de l'enfant selon l'étude de plus de 1000 arrêts concernant le contentieux effectuée par MAOLI Francesca, SCIACCALUGA Giovanni, LEMBRECHTS Sara, VAN HOF Tine, CARPANETO Laura, KRUGER Thalia et VANDENHOLE Wouter, « Understanding the Best Interests of the Child in EU Child Abduction Proceedings », *op. cit.*, p. 347.

à celui entraîné par l'enlèvement, et donc être de ce fait source d'effets néfastes pour l'enfant. De manière plus franche et directe, l'exécution d'un retour forcé, contre le gré du parent ravisseur et/ou des enfants, peut être assistée par une intervention des forces de l'ordre, si ce parent n'obtempère pas.

Pour faire face à la violence intrinsèque du retour forcé ou non, les magistrats disposent d'une marge de manœuvre conventionnelle et réglementaire, qui, quoique très peu utilisée en Belgique, permet de *modaliser le retour de l'enfant* pour en définir les contours précis en fonction d'une situation spécifique[421].

Un juge abonde en ce sens :

> « Je suis quand même effarée de voir que lorsque j'ordonne le retour, je pose la question au plaideur, et même au parquet : avez-vous une idée de la manière dont on va organiser le retour ? Nous avons un article dans le code, et donc la Convention, qui permettrait de voir comment organiser le retour de manière à ce que ce soit le moins agressif possible. Il n'y a rien ! Je n'ai jamais eu aucune proposition relative aux modalités de retour ! Et donc j'aurais bien aimé que les Autorités centrales, qui sont quand même là, puissent souffler les réponses au parquet, parce que les plaideurs en sont incapables. Et je ne peux pas moi, passer mon temps à l'audience, à formuler des demandes à la place des personnes » (J1, entretien 3).

Le même magistrat ajoute, ailleurs :

> « La modalité d'exécution. C'est une demande qui ne m'est pas souvent formulée. Mais il est un fait qu'à l'audience, dans le cas d'un débat proactif… le principe dispositif c'est que le juge, donc moi, suis saisie d'une demande de retour. Les conventions me permettent le cas échéant d'envisager des modalités d'exécution, mais, quand je pose la question, je me rends compte qu'il n'y a même pas eu de réflexion à ce niveau-là. J'essaie dans la mesure du possible, mais les débats sont déjà assez longs, de solliciter les parties pour qu'on essaie de trouver des solutions. Dans un des dossiers, j'ai par exemple, je crois de ma propre initiative, dit que le retour devait s'opérer après la fin de l'année scolaire. Ça n'avait pas été discuté, je l'ai fait en disant voilà, c'est l'intérêt de l'enfant, c'est mon moteur, je le fais. Mais je ne peux pas faire ça, je ne peux pas faire ça ! Parce que, quelque part, le père pourrait dire, on n'en a pas discuté. Elle

[421] L'article 21 de la CLaH80 indique en effet « qu'une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'Autorité centrale d'un État contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant ».

statue *ultra petita*[422]. Oui mais ça risque de me retomber dessus, le dossier est en appel, ça risque de me retomber dessus ! » (J1, Méthode d'Analyse en Groupe).

Dès lors, il apparaît que non seulement le cadre légal délimite strictement l'action du juge sur l'enjeu juridictionnel, mais que la méconnaissance des plaideurs (entendre : les avocats) combinée au principe dispositif empêche pour bonne part les prises d'initiatives du magistrat désireux de considérer les effets concrets du retour de l'enfant au-delà de l'aspect juridictionnel. C'est ce qu'indique le magistrat « qui ne peut passer son temps, à l'audience, à formuler des demandes », à la place des avocats, ou qui attend de l'Autorité centrale qu'elle « souffle les réponses » au parquet. Il s'insurge « qu'il n'y a même pas de réflexion, à ce niveau-là ». Les modalités d'exécution du retour permettent au juge, bien que de manière subsidiaire, de s'intéresser à la *manière* dont le retour peut avoir lieu et à la protection de l'intérêt de l'enfant *au stade de l'exécution* au-delà de la présomption conventionnelle selon laquelle le retour *in abstracto* répond à son intérêt. Ici, le juge prend le risque que « ça lui retombe dessus » en appel, que sa prise d'initiative soit jugée inadéquate, afin de tenter de faire correspondre le retour de l'enfant à ce qui semble le plus juste au vu de la situation concrète. Comme le souligne le magistrat, « l'intérêt de l'enfant, c'est mon moteur », ce qui le pousse même à risquer de sortir de son rôle afin d'en garantir l'effectivité au moment de l'exécution du retour. Ce faisant, on peut avancer que la modalisation du retour permet au juge, par la particularisation de son action, de convertir la protection de l'intérêt *présumé* de l'enfant en la protection de son intérêt *concret*[423], afin d'atténuer la violence potentielle inhérente à la procédure de retour immédiat.

1.7 Le déracinement comme limite, l'urgence comme contrainte

Comme l'indique la section précédente, un des enjeux du retour immédiat est d'opérer un retour *à la normale*, au *statu quo ante*, non pas uniquement juridictionnel mais bien également de retrouver un nouvel environnement familial et familier pour l'enfant. C'est ici qu'intervient

[422] Statuer *ultra petita*, désigne le fait que « lorsqu'un procès est engagé la partie qui saisit le juge formule une ou un ensemble de 'prétentions'. Cette demande détermine un cadre, constituant une limite au-delà de laquelle s'il la franchissait, le magistrat qui a compétence pour statuer sur le différend dont il se trouve saisi, excéderait ses pouvoirs. C'est dire que s'il rendait un jugement sur une prétention qui ne lui aurait pas été soumise, ou encore s'il excédait le montant de la demande, le juge statuerait alors 'ultra petita' (on dit aussi 'extra petita') » cf. Dictionnaire du droit privé en ligne https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/ultra-petita.php (consulté pour la dernière fois le 01.08.20).

[423] Pour une discussion de l'intérêt présumé versus l'intérêt concret de l'enfant, voyez S. PFEIFF, « L'enlèvement international d'enfants dans l'Union européenne : la fin du retour immédiat ? », *Le Droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruylandt., Bruxelles, L. Barnich, A. Nuyts, S. Pfeiff, P. Wautelet, 2016, p. 149-177.

toute l'ambiguïté du passage du temps et l'incidence qu'il a sur les enfants déplacés, un des casse-têtes de l'enlèvement parental international. Il apparaît dès lors, en négatif, qu'enlever un enfant, c'est le dé-familiariser à double titre : l'enfant perd une part de sa famille, il est arraché à une figure parentale et affective (le parent délaissé) ; l'enfant perd un environnement familier, et se trouve face à un nouveau lieu de vie, une nouvelle langue, une nouvelle culture.

À ce titre, il n'est pas sans intérêt de prendre au pied de la lettre la métaphore du déracinement, fort mobilisée dans le traitement judiciaire du litige[424]. En effet, ces dynamiques de défamiliarisation et de refamiliarisation présentent des limites, à l'image d'un arbre que l'on ne peut transplanter à l'infini. C'est en ce sens que les magistrats évaluent également la capacité d'adaptation des enfants, plus ou moins plastiques selon l'âge, du plus jeune au plus âgé : il s'agit alors d'évaluer la capacité à se familiariser à un nouvel environnement. En effet, cette préoccupation est présente de manière explicite dans une des exceptions au retour de la CLaH80 : « L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu »[425].

Établir que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu revient à évaluer deux choses : la *capacité de familiarisation de l'enfant* (particulièrement en fonction de son âge), mais également la *profondeur d'enracinement préalable à l'enlèvement et au retour*. Ici se joue un aspect clef de l'enlèvement parental international, afin de déterminer la légitimité du lieu de résidence de l'enfant : établir où sont ses racines. L'origine généalogique en termes de filiation ne peut pas remplir ici sa fonction, les parents étant de deux nationalités différentes, ayant parfois élevé leurs enfants dans un pays tiers. Prévaut alors l'enracinement en ce pays tiers, tel l'enfant par rapport au conflit parental, puisque la résidence habituelle de l'enfant prévaut sur sa nationalité, comme la mobilité sur l'origine. Et c'est ici que se joue un des aspects cruciaux du passage du temps. Le juge doit alors évaluer la profondeur des racines de l'enfant sur un territoire en fonction de la quantité de temps qu'il y a passé, mais également, selon des aspects plus qualitatifs, l'école qu'il y fréquente, la langue qu'il parle, les amis qu'il s'y ait faits, la

[424] Dans le cas polonais également, le magistrat reproche aux parents de prendre le « risque de déraciner les enfants de leurs repères ».
[425] Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, article 12.

famille dont il y dispose. *Si le parent délaissé a le droit de son côté, le parent ravisseur a le temps avec lui*.

Par ailleurs, le temps agit à l'encontre du parent délaissé d'une seconde manière, qui n'est plus juridique ou juridictionnelle cette fois, mais bien affective : la désaffiliation entraînée par l'absence prolongée. En effet, l'absence de contact avec le parent délaissé joue en faveur du parent ravisseur, et tend à éloigner non seulement physiquement mais surtout affectivement l'enfant du parent délaissé : d'une figure familière, il devient peu à peu un inconnu, voire un ennemi[426].

C'est pour faire face à cette double injustice intrinsèque au passage du temps dans le cas d'enlèvements d'enfants que l'urgence est requise à chaque étape de la procédure. Comme l'indique un magistrat discutant la position du juge requis :

> « Il faut faire vite. Il faut éviter que les mois passent. Dans ce domaine-là, moins le temps passe, plus je peux intervenir d'une façon efficace. Quand il y a les mois qui passent ça devient plus difficile : le temps est un aspect négatif de l'enlèvement, plus le temps passe plus on a de problème pour résoudre l'affaire » (J6, entretien 1).

On saisit alors sans mal que le passage du temps dans les cas d'enlèvements parentaux internationaux entre en tension à la fois avec la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant durant les procédures de retour, mais également avec la temporalité de la confiance institutionnelle.

En premier lieu en effet, on l'a montré précédemment (cf. *supra*, première partie, chapitre I, 1.2.1.2), l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans ses aspects concrets doit être réduite au minimum, son interprétation la plus stricte possible, étant donné que le passage du temps va intrinsèquement à l'encontre de son intérêt : le délicat équilibre interprétatif de l'exception 13 (1) (b) cherche à résoudre le dilemme entre risque grave de violence pour l'enfant et passage du temps. En un sens, il faut aller à l'encontre de l'intérêt de l'enfant (évaluer la situation, ce

[426] Comme en atteste le très controversé syndrome d'aliénation parentale dans les discussions sur les effets de l'enlèvement d'enfants, symptôme du « nouvel ordre parental » dont nous exposerons les caractéristiques dans le chapitre suivant (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre I, 1) En effet, « le 'syndrome d'aliénation parentale' (ou SAP), apparu dans les années 1980, est à cet égard particulièrement symptomatique du 'nouvel ordre parental' en vigueur et de la coparentalité qu'il promeut. S'il n'est reconnu ni par l'ordre des médecins ni par la justice, il est une formule commode des enquêteurs sociaux comme des juges pour caractériser des situations où l'un des parents – généralement la mère – s'applique à un travail de dénigrement de l'autre parent – généralement la figure paternelle – et 'instrumentalise' les enfants en ce sens MINOC Julie, « (Dés)ordres familiaux à la loupe. Les normes maternelles et paternelles au prisme de l'enquête sociale », *Droit et société*, N° 95, nº 1, 2017, p. 83.

qui prend du temps) pour mieux le défendre (éviter qu'il ne coure des risques graves d'être placé dans une situation intolérable). Ajoutons à cela que la justification d'un retour parfois critiqué comme « automatique » découle de cette urgence, en vertu de la négativité intrinsèque du passage du temps, particulièrement pour une justice cherchant à favoriser, par défaut, la coparentalité. Le retour automatique procède en effet par la présomption de la poursuite l'intérêt de l'enfant par un du retour *rapide, prompt,* de ce dernier dans son État de résidence habituelle.

En second lieu, on peut attester d'une tension entre la temporalité du cas et de la communauté, entre l'urgence de l'enlèvement parental international et la lenteur de la création d'une communauté de confiance. En effet, il est nécessaire de garder à l'esprit que les taux de retour des États servent d'indicateurs de réciprocité entre les États et donc, en définitive de la relation de confiance mutuelle qui les lie. Un État qui ne renvoie jamais à la juridiction requérante est considéré comme ne jouant pas le jeu de la Convention, ainsi que nous l'avons montré auparavant (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 3.2 et deuxième partie, chapitre I, 1.2). Dans les cas où la confiance est relativement bien installée entre les États, l'urgence du cas et la lenteur de la confiance se confortent, une synergie se met en place, favorisant le retour immédiat. La confiance assure l'urgence et l'urgence, par le retour, renforce la confiance.

Il en est cependant tout différemment à l'endroit d'une relation de confiance naissante ou délicate, soit qu'il s'agisse d'un État récemment entré dans la Convention, soit d'un État réputé protectionniste, voire encore d'un État dont on doute de la solidité des institutions. Dans ces cas, une tension temporelle entre urgence et confiance émerge : lorsque la relation de confiance est naissante ou fragile, la présomption de confiance sera moins assurée et la volonté de contrôle concret de l'intérêt de l'enfant plus marquée, ce qui, en retour, risquera de ralentir la procédure et de mettre à mal la résolution du cas. Des cas non résolus ou qui s'enlisent risqueront de déforcer en retour la confiance entre les États, particulièrement lors des relations de confiance naissante où l'adjudication de chaque cas pèse de tout son poids symbolique sur la suite de la relation.

Ennemi numéro un des enlèvements parentaux internationaux, le temps, injuste pour le parent délaissé, paradoxal pour la confiance institutionnelle, est en définitive un des principaux aspects de l'échafaudage conventionnel, véritable clef de voûte de l'instrument, qui, à mesure qu'il passe, fait planer avec une consistance croissante les spectres de la désaffiliation, de la conflictualité et de la méfiance mutuelle.

2 Le juge de l'État requérant : un rôle hybride entre juridiction et lien familial

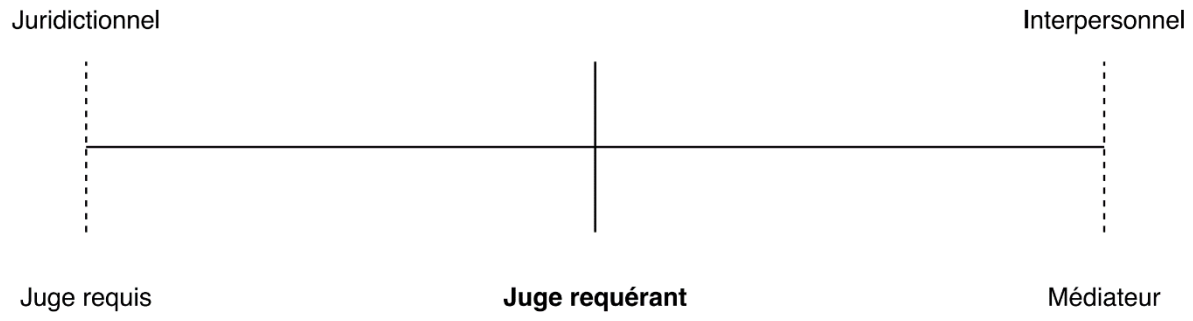
La seconde position qui retient notre attention est donc celle du juge représentant de l'État requérant dans le cadre d'une procédure Bruxelles II bis. Deux situations distinctes se profilent ici, en fonction du degré de juridiction belge. D'une part, il peut s'agir du juge de première instance de l'État requérant. Pour rappel, ce juge peut passer outre le refus de retour et statuer définitivement sur le fond de l'affaire, impliquant potentiellement un ordre de retour. Il s'agit, en Belgique, du même juge qui s'occupe de la requête de retour et des procédures en matière de responsabilité parentale suite au retour « forcé » en vertu de la procédure 11.6 du Règlement Bruxelles II bis, depuis que la loi du 6 juillet 2017 a opéré la jonction des procédures en vertu du principe de connexité[427]. D'autre part, il peut s'agir d'un juge d'appel, qui statue sur la procédure de fond en Belgique, prenant en compte les procédures de retour déjà engagées en amont de sa saisine.

Là où l'enjeu principal de confiance auquel se confrontait le juge représentant l'État requis (ou « juge de l'État requis ») était avant tout de donner vie au principe de confiance mutuelle entre États en se portant garant de la communauté de confiance que constitue la Convention de La Haye 1980 ou l'Union européenne, le magistrat de l'État requérant dans l'espace européen dispose d'une marge de manœuvre accrue et doit à la fois statuer sur le fond du litige et s'emparer de l'enjeu de compétence juridictionnelle. Autrement dit, l'espace interprétatif disponible pour le magistrat ne se limite pas à l'établissement des faits de l'enlèvement et de la compétence du for apte à en juger. Il lui revient de traiter de l'enjeu de fond, et donc de se soucier de l'aspect proprement « humain » du litige, selon les termes d'un magistrat (J2, entretien 1).

[427] La loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat et portant diverses mesures en matière de justice indique en effet dans son article 113 que « [d]ans sa version actuelle, l'article 1322decies, § 4, qui rend obligatoire la suspension des procédures engagées devant les Cours et tribunaux saisis d'un litige en matière de responsabilité parentale ou d'un litige connexe, a en effet posé des difficultés. L'article 113 du projet de loi tend à formaliser et organiser *la possibilité de joindre les procédures au lieu de suspendre d'office la procédure au fond engagée préalablement à la mise en œuvre du mécanisme prévu à l'article 11, § 6*, du Règlement européen 2201/2003 et ce, afin de répondre à des difficultés rencontrées. En effet, il est arrivé que l'une des parties sollicite, auprès du tribunal saisi en application de l'article 1322decies du Code judiciaire, la jonction de la demande de retour à une affaire en matière de responsabilité parentale en cours devant une autre juridiction. Bien que le texte actuel n'empêche pas, *a priori*, de procéder à une telle jonction des affaires en application des règles classiques de connexité, il semble opportun de modifier le texte de l'article 1322decies afin de formaliser cette possibilité et d'organiser la procédure de renvoi » (nous soulignons).

Si l'on ne peut présumer par vertu intrinsèque que l'effet d'un jugement de fond apaise un conflit familial, il est néanmoins clair dans le discours recueilli chez les magistrats que l'action sur le fond est perçue comme étant un facteur traitant du « vrai » enjeu familial, que l'attribution des droits d'hébergement et de visite opère comme un stabilisateur d'une situation de crise. Il convient donc d'emblée de nuancer notre schéma précédent selon lequel le juge serait de manière générale, le garant de la confiance institutionnelle *au détriment* du travail de confiance interpersonnelle. C'est certainement le cas pour le juge de l'État requis, mais moins pour le juge de l'État requérant, à qui la position octroyée par l'encadrement du litige sous le régime du Règlement Bruxelles II bis donne la possibilité de procéder à la fois aux débats du retour et du fond.

S'il convient de nuancer le propos en distinguant juge requis et juge requérant, cela n'enlève en rien de la pertinence de notre première hypothèse (H1), puisque les deux positions confrontent les magistrats aux tensions qui existent entre le niveau interpersonnel et le niveau juridictionnel. La manière de le vivre diffère : pour le juge requis, c'est avant tout la retenue et la frustration qui peuvent s'exprimer face à la nécessité de s'en tenir avant tout à l'aspect juridictionnel d'un litige familial qui comprend un enjeu humain. Le juge requérant, en contraste, expérimentera en plein la tension inhérente au litige entre aspect juridictionnel et interpersonnel, mais disposera également d'une marge de manœuvre décisionnelle et interprétative proportionnellement accrue. C'est donc dans cette section que nous plongerons dans la complexité du fond du litige, que nous déplierons les propriétés substantielles de l'intérêt de l'enfant mobilisé dans le contexte des enlèvements parentaux internationaux. Le juge requérant se trouve donc dans une position intermédiaire, hybride, à cheval entre gestion du litige juridictionnel et du conflit interpersonnel, devant à la fois être attentif à la communauté de confiance dont il fait partie, et disposant de l'adjudication comme seul outil pour faire face aux conflit familial des justiciables.



Un juge exprime très clairement les tensions qui existent entre ces deux niveaux interpersonnels et juridictionnels, techniques et humains, qu'exprime cette position intermédiaire (notre hypothèse H1), ainsi que la tension interne de la régulation de l'enlèvement d'enfants, entre retour de l'enfant et protection de son intérêt, déjà discuté (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 3.2 et 3.3, ainsi que deuxième partie, chapitre I, 1.6) :

> « De manière générale, les attentes sont inconciliables, on est dans l'exclusif, c'est l'un *ou* l'autre et on ne peut plus penser en termes de et…et…on a une montée énorme au niveau émotionnel, et donc nous, les juges, nous sommes confrontés à cette situation qui est véritablement très difficile, de recadrer vers l'enjeu réel du litige qui est simplement de se dire : ici on a un litige familial et quel est l'avenir que vous désirez pour votre enfant ? Et donc ramener les gens à désescalader ce conflit. La procédure de retour est évidemment tout sauf un outil qui va nous aider à faire cette désescalade, puisque la procédure elle-même est d'une violence très grande. Elle est forcément technique, et nous devons dissocier le côté technique, qui est en fait un litige de forum, ramener l'affaire dans son pristin état. Et on est donc légalement dans cette obligation, de Convention entre États qui fait qu'on ramène le procès au bon endroit, et en même temps, légalement, on doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant, et donc cette tension est là. Et d'un autre côté, on a l'enjeu réel, humain, qui est d'essayer, face à ces personnes, de faire autre chose, de se décaler de la procédure, de les faire réfléchir à la manière dont ils vont, eux, se sortir de ce conflit, à la manière dont ils vont reprendre possession de leur vie en sortant tous les deux par le haut. Donc ça d'un côté, le côté légal est antinomique, entre l'intérêt de l'enfant et le retour on voit qu'on est dans une tension. Mais il y a une tension en plus, du fait qu'on est face à des gens – et que pour nous l'intérêt de l'enfant c'est qu'il y ait une décision sur le fond, c'est qu'il y ait une décision qui soit prise sur l'avenir de cet enfant, le plus vite possible. Qu'il y ait très vite un socle sur lequel on puisse commencer à investiguer. Pour que le chaos cesse » (J2, entretien 2).

Ce magistrat pose avec beaucoup de lucidité l'essentiel des constats et hypothèses que nous avons développés dans cette section. Le sens de la synthèse et la richesse d'expression de ce juge, disposant d'une grande expertise de la matière, nous offrent l'opportunité d'une entame d'analyse au plus proche de sa parole, attestant, s'il le faut, de l'intérêt d'une étude empirique de l'enlèvement, rassemblant à la fois des matériaux judiciaires et des entretiens semi-directifs avec les magistrats.

Le contenu de cet extrait dessine clairement un double niveau de tension, à la fois interne au droit, entre retour de l'enfant et protection de son intérêt, mais également entre la matière juridique et l'enjeu humain sous-jacent.

D'une part donc, le magistrat est soumis à la même tension entre intérêt de l'enfant et retour immédiat, que nous avions déjà discuté dans l'analyse du juge requis, lorsqu'il avance « qu'on est donc légalement dans cette obligation, de Convention entre États qui fait qu'on ramène le procès au bon endroit, en même temps légalement on doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant, et donc cette tension est là », et qu'en ce sens, le « légal est antinomique ». La tension entre enjeu juridictionnel et interpersonnel, est ici mise en exergue à travers ce qui est perçu comme « un litige de forum » ramené à l'aspect purement « technique » de la procédure, cette « obligation » légale, de convention entre États, qui implique « qu'on doit ramener l'affaire au bon endroit ». On décèle ce faisant dans le discours du magistrat le caractère fortement fonctionnel attribué à ce versant du litige, et la tension, en définitive entre une version présumée et concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant.

D'autre part, cette technicité, ce litige de forum fait face à « l'enjeu réel, humain », le magistrat se trouve « face à ces personnes », et se superpose « cette tension-là en plus » à la tension proprement juridique du litige. Répondre à cet aspect humain exige de statuer sur les droits d'hébergement et de visite, de sorte que l'intérêt de l'enfant « c'est qu'il y ait une décision sur le fond, c'est qu'il y ait une décision qui soit prise sur l'avenir de cet enfant, le plus vite possible ». En filigrane, on s'aperçoit que le juge affirme que le vrai enjeu du litige, ce n'est pas l'enlèvement mais bien l'avenir de la famille. Que l'enlèvement d'enfants, la voie de fait et la procédure qu'il implique, ne sont finalement que les symptômes formels d'un conflit parental plus profond, conflit que le droit ne peut résoudre par l'intermédiaire du juge qu'en accordant des droits aux parents et aux enfants, idéalement par la mise en place d'une coparentalité. Comme nous le verrons au fil de ce chapitre, cette coparentalité constitue la forme idéale de stabilisation des relations familiales, et la confiance interpersonnelle, dans ce contexte, œuvre comme un mécanisme particulièrement valorisé de stabilisation de ces relations. Nous en détaillerons les ressorts en fin de chapitre et dans le chapitre suivant, mais gardons à l'esprit pour les réflexions qui suivent que la coparentalité et la confiance interpersonnelle sont intimement liées.

2.1 Entre sanction, diplomatie et coparentalité : l'exemple du cas polonais

Pour décrypter les enjeux propres à la position spécifique du juge requérant sous le régime Bruxelles II bis, nous nous baserons sur un cas d'enlèvement parental entre la Belgique et la Pologne traité par la cour d'appel de Bruxelles. Ce cas, tentaculaire par les diverses procédures parallèles et les multiples recours en appel qu'il implique, constitue une véritable saga judiciaire. Étant donné la longueur des décisions (trois, d'environ trente pages chacune, rien qu'en appel), nous avons opté pour l'exposition d'un résumé simplifié du cas plutôt que pour la retranscription intégrale des arrêts. Ce résumé comprend en premier lieu une brève *synthèse des faits et des procédures* en amont de l'appel, et, en second lieu, le *déroulé* des audiences en appel. Dès lors, pour une compréhension approfondie du cas, ainsi que pour s'immerger dans le style et la forme du jugement, nous conseillons au lecteur de se référer aux arrêts publiés, et disponibles en ligne[428]. Nous analyserons des extraits tirés de plusieurs arrêts sur le même cas, étant donné que le juge en question a subdivisé l'adjudication de l'affaire en de multiples jugements interlocutoires.

Monsieur M. et Madame D. forment un couple de nationalité polonaise installé en Belgique. Ils se marient en 2003 et sont les parents de deux enfants K. et M., âgés, respectivement, de 12 ans et 8 ans au moment des faits. Les parents comme les enfants ont la nationalité polonaise, et Monsieur M. et Madame D. acquièrent en indivision un immeuble sis à Bruxelles. Le couple se sépare en 2013 et Madame D. lance une citation en divorce en 2014. Ils exercent conjointement l'autorité parentale. L'hébergement principal des enfants est fixé chez Madame D., tandis que l'hébergement secondaire est fixé chez Monsieur M., un week-end sur deux du vendredi au dimanche soir et la moitié des vacances. En 2015, Monsieur M. rachète la quote-part de Madame D. dans l'immeuble commun. Celle-ci doit dès lors trouver un nouveau logement. Auparavant, il était question de ce que Madame D. souhaitait retourner vivre en Pologne avec les enfants, projet auquel Monsieur M. s'opposait fermement. Il apparaît que Madame D. s'est fait radier de l'adresse de l'ancienne résidence conjugale pour se faire inscrire, ainsi que les enfants, à son adresse actuelle en Pologne dès 2015.

À l'été 2015, la tension monte entre les parties. D'une part, Madame D. souhaite voir débloquer le capital de 100.000 € qui lui revient incontestablement dans la liquidation du régime matrimonial mais ne souhaite pas répondre à l'exigence de Monsieur M. pour qui la provision

[428] L'arrêt A est disponible ici (aux pages 83 à 90) et l'arrêt B ici (aux pages 87-101).

incontestablement due ne pouvait être débloquée chez le notaire que si Madame D. l'investit dans une garantie locative ou l'acquisition d'un immeuble en Belgique. D'autre part, Madame D. qui n'a plus aucune adresse officielle en Belgique, ne respecte pas les modalités du partage des vacances, obligeant Monsieur M. à partir récupérer les enfants en Pologne après avoir déposé plainte en raison de la non-représentation des enfants.

Monsieur M., craignant que Madame D. n'emporte les enfants avec elle, saisit le juge par une procédure unilatérale en extrême urgence afin de se voir accorder provisoirement l'hébergement principal des enfants. Sa demande est déboutée, au motif qu'il n'a pas utilisé les moyens qui lui sont offerts par la loi, et notamment la demande d'abréviation des délais de citation afin de garantir la procédure contradictoire, étant entendu qu'il savait depuis quelque temps déjà que Madame D. entendait partir en Pologne. Les deux fillettes sont donc remises à Madame D. qui met son projet d'expatriation à exécution et part avec les enfants en Pologne.

En 2015 toujours, Monsieur M. cite Madame D. à son adresse polonaise pour comparaître devant le tribunal de la famille francophone de Bruxelles. Il demande à se voir accorder l'hébergement principal de K. et M. et d'entendre suspendre les droits d'hébergement secondaire de Madame D. jusqu'à ce que celle-ci communique une nouvelle adresse fixe en Belgique, et de ne plus être tenu de payer une pension alimentaire. S'ensuivent des audiences dans la procédure de fond en première instance en Belgique, au terme desquelles le juge accorde, à titre provisoire, l'autorité parentale exclusive et l'hébergement principal à Monsieur M, chez lequel ils seront par conséquent domiciliés. Le magistrat de première instance se réserve à statuer quant à un éventuel droit aux relations personnelles ou droit d'hébergement secondaire de Madame D.

En parallèle à la procédure de fond belge, Monsieur M. saisit l'Autorité centrale belge d'une demande de retour fondée sur la CLaH80. La demande est refusée en mars 2016 par le juge polonais, dont Monsieur M. relève appel de la décision en Pologne.

Enfin, en mars 2016 également, Madame D. interjette appel de la décision du tribunal de la famille en Belgique et demande à ce que les enfants lui soient confiés et domiciliés auprès d'elle en Pologne, de lui attribuer l'autorité parentale relative aux enfants et de réserver à statuer quant au droit d'hébergement secondaire de Monsieur M. C'est cet appel traité par le magistrat belge que nous allons approfondir.

Récapitulons. En amont de la saisine du juge d'appel, il y a donc une série de procédures qui ont été entamées, parmi lesquelles des procédures de séparation (2013), de divorce (2014), puis de modification de l'autorité parentale, des modalités de droits de garde et de visite en Belgique (2015, 2016), ainsi qu'une demande de retour (refusée et relevée en appel en Pologne) sous le régime de la CLaH80 concernant les aspects civils du déplacement illicite d'enfants (2015), et enfin des poursuites pénales à l'encontre de Madame D. pour non-présentation d'enfant auprès du tribunal correctionnel en Belgique (2015).

Il convient à présent de se pencher de manière plus restreinte sur le déroulé de l'appel, qui a été développé en trois arrêts consécutifs, dont deux arrêts interlocutoires. La procédure d'appel qui débute en avril 2016, se déroule majoritairement au fil de trois audiences en juin 2016 et se poursuit par un suivi sous forme de remises successives (deux audiences en 2016, cinq audiences en 2017, quatre audiences en 2018) qui se soldent par un arrêt définitif en février 2019. Les arrêts qui nous intéressent au premier chef, sont les deux premiers arrêts interlocutoires, celui du 1er juin 2016 (ci-après « arrêt A ») et du 17 juin 2016, ainsi que l'arrêt définitif de février 2019 (ci-après « arrêt B »)[429].

À la première audience d'avril 2016, les deux parties sont présentes, la mère étant revenue en Belgique sur conseil de son avocat afin de comparaître en personne. La cour met l'affaire en continuation afin de récolter plus d'éléments, principalement en mobilisant l'Autorité centrale belge et au moyen d'une communication directe avec les juridictions polonaises par l'intermédiaire du Réseau International de La Haye des juges spécialisés en matière familiale. Ces demandes d'information concernent particulièrement les motifs de refus de retour de la juridiction polonaise qui n'ont pas été transmis. À la sortie de l'audience, Madame D. est emmenée pour audition devant le juge d'instruction, lequel a émis, à son égard, un mandat d'arrêt du chef d'enlèvement parental. Madame D. comparaîtra ensuite détenue aux audiences ultérieures.

Lors de la deuxième et de la troisième audience, en mai 2016, le magistrat insiste sur la nécessité d'auditionner les enfants, ainsi que sur sa compétence sur le fond et sur le retour en vertu de l'article 11.6 du Règlement Bruxelles II bis. Madame D. rétorque qu'il faut prendre en compte la décision du juge polonais, et que cette décision fait obstacle au retour des enfants, sous peine

[429] Étant donné le caractère partiellement redondant de ces arrêts, il est recommandé au lecteur ou à la lectrice de se référer avant tout au dernier arrêt de février 2019 (« Arrêt B », le plus complet), ainsi qu'au point cinq de l'arrêt du 1er juin 2016 (« Arrêt A »), que nous mobiliserons amplement dans cette section.

de voir le jugement belge être mis en œuvre et accorder l'autorité parentale exclusive à Monsieur M. L'arrêt interlocutoire du 1er juin 2016 (« Arrêt A »), conclut donc à l'audition des enfants par vidéoconférence et demande à la juridiction polonaise de lui transmettre les motivations de la décision de refus de retour[430]. Par ailleurs, et en vue des débats de fond, le magistrat interroge, en son point 5, l'attitude et les positions des parties, et leur recommande de changer de comportement et de réfléchir chacun à la manière dont ils peuvent laisser une place à l'autre parent dans leur projet familial.

Le 17 juin, au terme de deux audiences supplémentaires, et suite à l'audition des enfants par vidéoconférence, le magistrat ordonne le retour des enfants en Belgique et accorde, à titre précaire, l'autorité parentale exclusive à Monsieur M., ainsi que l'hébergement et le domicile des enfants chez le père. Cet arrêt est accompagné du certificat de l'article 42 et devient exécutoire sans possibilité de recours en Pologne.

S'ensuit alors une première audience en septembre 2016, où l'on apprend que le tribunal correctionnel de Bruxelles a prononcé un jugement en juillet 2016 condamnant Madame D. à la peine maximale, du chef de non-représentation d'enfant, mais, au vu de l'intérêt des enfants, lui a néanmoins accordé, à titre exceptionnel, la faveur du sursis pendant 5 ans, ce qui a permis à celle-ci d'être libérée et de rentrer en Pologne. Madame D. a ensuite refusé de remettre les enfants à Monsieur M., et l'affaire a pris une tournure médiatique en Pologne, ce que la cour a constaté lorsque le consul en poste est venu dans l'espoir d'assister à l'audience à Bruxelles, ce qui lui a été refusé. Monsieur M. a pu ensuite voir les enfants en Pologne sous surveillance de Madame D. uniquement. Au vu de la situation, le magistrat belge d'appel a décidé de ne pas toucher à l'arrêt provisoire du 17 juin 2016, et de conserver un regard sur l'évolution de la situation en procédant à des remises successives d'audiences.

Finalement, lors des vacances de Pâques 2017, Monsieur M. accueille les fillettes deux semaines à Bruxelles, puis, lors de l'audience de juin 2017, Monsieur M. et Madame D. se mettent d'accord sur le fait que Monsieur M. héberge les enfants en Pologne durant un mois et qu'à partir de la fin du mois d'août, les enfants reviennent en Belgique pour la rentrée scolaire.

[430] Il s'avérera ensuite que le tribunal en Pologne avait motivé sa décision de refus de retour en vertu des article 13 (b) et 13§2 (opposition des enfants au retour). Le juge belge décide alors lui-même d'auditionner les enfants pour vérifier s'ils s'opposent effectivement au retour. Cependant, le juge belge, une fois les motivations du refus de retour obtenues et les enfants auditionnés, conclut que les conditions des exceptions « n'étaient pas réunies et qu'aucune des circonstances invoquées par madame D. ne justifiaient ni sa voie de fait ni la décision de non-retour fondée sur l'article 13,1b) et 2 de la Convention de La Haye ».

Monsieur M. a indiqué qu'une fois les enfants revenues en Belgique, il voulait qu'elles puissent avoir des contacts réguliers avec leur mère.

Durant les deux années qui suivent, Madame D. désertera progressivement les audiences. Son conseil, lors de sa dernière intervention en novembre 2017, affirme qu'il est psychologiquement impossible pour Madame D. de remettre les pieds en Belgique. Toutes les audiences ultérieures, jusqu'en février 2019, se feront en l'absence de Madame D. et de son conseil. La situation se stabilisant progressivement vers un hébergement chez Monsieur M. à Bruxelles, avec des contacts téléphoniques des enfants avec leur mère, ainsi que le passage des vacances d'été avec leur père en Pologne pour voir Madame D. et les grands-parents paternels.

En février 2019, le magistrat statue à titre définitif que l'autorité parentale exclusive revient à Monsieur M., ainsi que l'hébergement principal des enfants chez lui en Belgique (Arrêt B). Le juge constate également que Madame D. ne formule pas de demande relative à l'exercice de son droit aux relations personnelles avec les enfants, et ne lui en accorde donc pas. Mais il lui est toujours possible, en vertu de la saisine permanente du tribunal, d'articuler cette demande dans le futur.

Il est important de prendre la mesure de la spécificité de la position de ce magistrat lorsqu'il statue sur un enlèvement parental international dans une « procédure 11.6 » du Règlement Bruxelles II bis[431], puisqu'à l'inverse du juge requis, il n'est pas obligé de se cantonner à l'évaluation de la pertinence du retour ou non, sans s'appesantir outre mesure sur le fond de l'affaire. Il revient au juge requérant de débattre de l'enjeu de la coparentalité post-séparation impliquant un élément transfrontière et une distance géographique importante. Au-delà de la résolution du litige purement juridictionnel et des enjeux de compétences, le magistrat peut donc ici faire preuve d'une prise de position forte sur l'intérêt supérieur de l'enfant et sur la nécessité de pacification des relations parentales, dans l'optique d'une résolution en profondeur de la situation.

L'étude de ce cas complexe nous offre l'opportunité de saisir l'entremêlement de la confiance institutionnelle et interpersonnelle dans la pratique du juge requérant : celui-ci doit à la fois tenter de stabiliser les relations parentales et viser, idéalement, le rétablissement d'une

[431] Rappelons que la procédure 11.6 du Règlement Bruxelles II bis donne le pouvoir au juge requérant d'ordonner le retour de l'enfant malgré le refus de retour de la juridiction étrangère, et ce en traitant à la fois le fond de l'affaire et le retour de l'enfant.

confiance interpersonnelle afin de favoriser une coparentalité autonome et apaisée, tout en étant attentif aux significations des actes judiciaires qu'il pose en termes diplomatiques, vis-à-vis de l'État impliqué dans le cas traité. En ce sens, le travail du juge requérant relève, selon la formule de D. Ganancia, de l'hybride « diplomatie du cœur »[432], qui se déroule, comme nous le verrons dans les sections suivantes, entre droit pénal et droit civil, tiraillé entre la sanction de la voie de fait et la restauration des liens familiaux.

2.2 Composer avec la sanction pénale de l'enlèvement parental

On aperçoit d'emblée que cet arrêt offre une illustration exemplaire de la complexité juridique des enlèvements parentaux internationaux, susceptibles de mobiliser droit familial, droit pénal, droits fondamentaux et droit international privé dans une même affaire. Cela atteste incontestablement d'une tension appelant à résoudre un même litige selon des visées normatives très différentes, particulièrement entre la visée de restauration du lien du droit familial et la visée punitive du droit pénal. En effet, le premier cherche surtout à promouvoir une coparentalité apaisée post-enlèvement, là où le second vise à sanctionner le parent ravisseur, par le biais d'une incarcération.

Il est, dès lors, certainement opportun d'entamer l'analyse de ce cas par un de ses aspects les plus *choquants*. On ne peut évacuer comme un détail accessoire le fait que *Madame D. comparaît détenue* suite à sa présence à l'audience d'appel initiale. On touche ici à un aspect crucial de l'enlèvement parental international qui, insistons-le, au-delà d'impliquer un pluralisme juridique entre droits nationaux et droit international, se double d'une tension en termes de visée de justice. Le droit pénal, mobilisé parallèlement au droit civil, brouille les coordonnées de la visée de justice de l'enlèvement et peut clairement aller à l'encontre d'une justice familiale adossée aux droits fondamentaux : il est délicat de concevoir une coparentalité idéale avec un parent détenu. De manière générale, il apparaît par défaut difficile de soutenir qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'un de ses parents soit détenu[433]. Autrement dit, la visée punitive poursuivie par le versant pénal s'articule perpendiculairement à la visée relationnelle et d'apaisement de la justice familiale, soutenue par le versant civil du droit international privé et par les droits fondamentaux. Et, comme nous le verrons (cf. *infra*, ce chapitre, 2.7), on

[432] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, Érès., Toulouse, 2007.
[433] KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.*, p. 155.

imagine aisément que les procédures pénales, au-delà de rendre difficile une coparentalité effective, jettent de l'huile sur le feu des méfiances mutuelles plutôt que de calmer le conflit entre les parents.

Bien qu'un consensus semble se fixer sur l'usage limité et en dernier recours des procédures pénales dans les cas d'enlèvements parentaux internationaux[434], les poursuites pénales peuvent dans certains cas accélérer le processus de retour du ou des enfants vers l'État de résidence habituelle et, combinées à la procédure civile, mettre une pression sur le parent ravisseur favorisant parfois le retour volontaire de ce dernier[435]. Il reste cependant qu'au-delà d'une mise sous pression favorisant le retour de l'enfant, la procédure pénale peut également dissuader le parent ravisseur de revenir vers l'État d'origine où il serait emprisonné, voire même le pousser à se cacher, et à plus forte raison lorsqu'un jugement accordant l'autorité parentale exclusive au parent délaissé a été ordonné sur le territoire[436]. On perçoit en ce sens l'ambivalence de la procédure pénale dans la résolution d'un enlèvement parental international. On peut dès lors, dans la lignée des raisonnements précédents, avancer que la visée dissuasive et de mise sous pression du droit pénal concerne avant tout l'aspect juridictionnel du litige : ce qui est recherché est le retour de Madame D. et des enfants sur le territoire belge, adossé à l'intérêt présumé de l'enfant, sans considération particulière ou explicite pour l'intérêt concret des enfants[437] ni même de la poursuite d'une coparentalité apaisée.

La procédure pénale se déploie en deux temps dans le cas polonais. Dans un premier temps, il semblerait qu'il n'y ait pas de coordination entre les magistrats de la Cour d'appel et du tribunal correctionnel, puisque lors d'un entretien rétrospectif sur le cas, le magistrat indique : « Monsieur a déposé plainte en Belgique évidemment devant le juge d'instruction, et c'est en dehors de ma volonté bien sûr. Moi, j'avais le parquet à mon audience, qui ne m'a rien dit de

[434] *Ibid.* ; LESLIE Donyale, « A Difficult Situation Made Harder: A Parent's Choice between Civil Remedies and Criminal Charges in International Child Abduction », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 36, nº 2, 2008, p. 381-412.
[435] LESLIE Donyale, « A Difficult Situation Made Harder: A Parent's Choice between Civil Remedies and Criminal Charges in International Child Abduction », *op. cit.*, p. 406.
[436] *Ibid.*, p. 411 ; KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, *op. cit.*, p. 155.
[437] Nous renvoyons en ce sens à la distinction que nous avions posée précédemment dans ce chapitre (cf. *supra*, 1.6), entre intérêt de l'enfant présumé et concret, le premier incarnant un principe de légalité formelle assuré par le jeu de renvoi conventionnel, le second référant à une appréciation substantielle des éléments du cas, qui n'est donc pas effectuée ici.

tout ça. Madame étant venue, elle s'est fait emmener devant le juge d'instruction qui l'a mise sous mandat d'arrêt » (Juge X[438]).

Dans un second temps néanmoins, il faut noter que, malgré l'emprisonnement initial de Madame D., le magistrat correctionnel semble prendre en considération les procédures civiles afin de calibrer ses jugements en fonction des effets qu'ils exerceraient sur les relations entre les deux parents et les enfants. En effet, si Madame D. a été emprisonnée durant près de trois mois, le tribunal correctionnel de Bruxelles décide, en juillet 2016, de condamner Madame D. à la peine maximale, du chef de non-représentation d'enfant, mais également, au vu de l'intérêt des enfants, de lui accorder à titre exceptionnel la faveur du sursis pendant 5 ans, ce qui permet à cette dernière d'être libérée et de rentrer en Pologne. Ensuite, jusqu'en février 2019, l'audience correctionnelle fera l'objet de remises successives « pour permettre à Madame D. de démontrer durablement son changement d'attitude ».

2.3 Résister à la tentation de la sanction civile : l'autorité parentale exclusive

De manière plus subtile, le magistrat requérant peut également contribuer à cette visée punitive sans pour autant mobiliser le droit pénal : il lui suffit en effet d'accorder une autorité parentale exclusive ou l'hébergement principal (même temporaire) au parent délaissé. Un juge, rapportant un dossier adjudiqué quelques années auparavant, exprime en ce sens « [qu']en tant que juge du fond [dans un cas avec la Pologne], on avait tendance, en urgence, à titre provisoire, à confier l'hébergement principal de l'enfant au parent victime de l'enlèvement. Ce qui pouvait avoir comme conséquence de crisper le débat dans l'État requis, en disant 'mais enfin, on a accordé l'hébergement principal pour un bébé à un papa, c'est pas possible !', donc ça pouvait crisper le débat » (J1, entretien 2).

Ce qui est dit, en filigrane dans cet extrait, c'est que le fait d'accorder un hébergement principal au parent délaissé peut avoir des effets néfastes *à la fois sur la confiance institutionnelle et interpersonnelle* : concernant la confiance institutionnelle, c'est le fait d'accorder l'hébergement principal d'un bébé à un père qui risque de pousser le juge étranger à refuser le retour, étant donné que le rôle paternel dans la prime enfance a de fortes chances d'être considéré comme intolérable aux yeux de la juridiction polonaise ; concernant la confiance interpersonnelle, l'hébergement principal accordé au parent délaissé renforce la dynamique

[438] Étant donné que ce magistrat fait partie des juges interrogés, et que son identité est disponible sur les arrêts en ligne, nous l'appellerons « Juge X » afin de garantir son anonymat dans les autres extraits d'entretiens.

punitive et la logique de la faute, de la sanction, plutôt que de soutenir le travail de pacification de la relation parentale et de viser une forme de confiance interpersonnelle. Cela renvoie à la figure hybride de ce juge requérant à qui il est demandé à la fois de favoriser la coparentalité apaisée et d'être attentif aux conséquences diplomatiques de ses actes vis-à-vis des États membres de la communauté de confiance (cf. nos hypothèses *supra*, deuxième partie, introduction). Le magistrat insiste, en effet, qu'il est nécessaire de faire preuve de mesure et de diplomatie, par exemple en prenant une décision sur le fond de manière *provisoire* « pour ne pas effrayer non plus l'État requis, pour ne pas cliver une situation ».

On perçoit encore une fois la superposition des enjeux juridictionnels (« ne pas effrayer l'État requis ») et interpersonnels (« ne pas cliver une situation ») dans l'action du juge. Dès lors, ce même magistrat invite à être attentif à ne pas céder à la tentation punitive en accordant l'hébergement principal au parent délaissé :

> « Lorsque je suis saisi comme juge du fond […] on a tendance, et c'est humain, à vouloir sanctionner le parent auteur de l'enlèvement en confiant l'hébergement principal au parent victime, sans trop se soucier du fond de l'affaire. On a envie de marquer le coup. Ici aussi, on est confronté en tant que juge du fond à un dilemme. Et je crois qu'on doit s'abstenir de notre tentation toute naturelle, humaine, de sanctionner le parent auteur de l'enlèvement en rendant une décision de principe » (J1, entretien 3).

À l'inverse, il ne faut pas non plus « donner de l'eau au moulin » de la juridiction étrangère, au risque de finalement « se bloquer » par un jugement accordant des droits trop restreints au parent délaissé, ce qui justifierait le non-retour de l'enfant. En ce sens, le magistrat doit être fin stratège, « ne pas arriver avec ses gros sabots » et faire preuve de mesure tout en « ayant la jurisprudence habituelle des juridictions polonaises en tête » (J1, entretien 2). Le juge requérant calibre donc sa motivation de manière stratégique en fonction de sa connaissance de la jurisprudence (entendre : le taux de retour et les types de motivations, ainsi que les croyances sur les motivations « réelles » des refus de retour). Le magistrat conclut donc :

> « Pour ma motivation, j'ai en tête la jurisprudence habituelle des juridictions polonaises, ça, c'est un fait. C'est la balance. Le problème c'est que, j'aurais prévu par exemple un hébergement sans nuitée du papa, j'aurais donné de l'eau au moulin des juridictions de l'État requis, qui auraient dit : 'on va pas ordonner le retour puisque le juge du fond n'accorde qu'un hébergement sans nuitée au papa, hein'. C'est un drôle de numéro » (J1, entretien 2).

Ceci illustre bien la mesure et la finesse dont doit faire preuve le juge requérant soumis au régime réglementaire européen, évitant à la fois d'offusquer ou de raidir la juridiction étrangère, et de donner trop d'éléments à une juridiction connue pour être rétive à ordonner le retour, ce qui lui permettrait de justifier ce refus.

Revenons à présent sur le cas polonais que nous avons déplié ci-dessus. Ici, le juge premier a ordonné en première instance l'hébergement principal au parent délaissé (Monsieur M.) et l'autorité parentale exclusive à titre provisoire à ce dernier. Le juge en charge du dossier en appel résume l'affaire (avant que la mère ne revienne en Belgique, et se fasse incarcérer) en ces termes :

> « [p]our le moment, on a une décision belge exécutoire [c'est-à-dire la décision du premier juge accordant l'autorité parentale exclusive à Monsieur M.], et en plus madame elle se dit : non seulement j'ai une décision de non-retour, mais en plus, si je mets les pieds en Belgique, la décision exécutoire fait que je n'aurai plus aucun droit. Donc en aucune manière les avocats polonais conseillent à Madame de faire revenir les enfants. Mais moi, j'étais très en difficulté pour essayer de calmer le jeu » (Juge X).

Au-delà de l'effet rédhibitoire que peut avoir le fait d'accorder une autorité parentale exclusive au parent délaissé sur la procédure de retour de l'enfant, on peut avancer que cette tension constitue une donnée essentielle du débat du fond de l'enlèvement parental international. En effet, un second niveau de tension peut être décelé, de manière certes moins saillante que la tension civile-pénale, mais tout aussi problématique, au sein même de la visée de justice du droit civil : la tension entre exclusivité et coparentalité.

C'est ce à quoi référait le juge, dans l'extrait que nous avons présenté à l'entame de cette section, lorsqu'elle avançait que « les attentes [des justiciables] sont inconciliables, on est dans l'exclusif, c'est l'un ou l'autre et on ne peut plus penser en termes de et…et… ». « Penser en termes de et…et… » revient donc à mettre en avant un projet parental conjoint, plutôt que de choisir l'une des parties comme détentrice d'autorité parentale exclusive. Cependant, on ne peut évacuer le fait que le caractère transfrontière du litige tend à devoir être tranché de manière exclusive, sur au moins un point : la question de l'hébergement principal ne peut en effet faire l'objet d'un compromis, et doit être tranchée de manière exclusive, puisqu'il est bien question d'un domicile dans un État *ou* dans l'autre. Dans le second paragraphe de la section 5 de l'arrêt interlocutoire A, le magistrat abonde en ce sens lorsqu'il affirme qu'il s'agit d'une « séparation parentale dont la particularité est que le parent qui a exercé jusqu'alors l'hébergement principal

des enfants souhaite s'éloigner du lieu de vie habituel de ceux-ci et de l'autre parent ». Une fois l'aspect purement juridictionnel évacué, le litige du fond s'apparente en réalité à une séparation conjugale classique. Autrement dit, le problème de fond ne diffère en rien d'une séparation conjugale, exception faite qu'elle comporte des éléments transfrontières, qui tendent à rendre plus délicate la mise en œuvre d'une coparentalité effective, de par l'éloignement géographique et l'ancrage dans un territoire national distinct de l'hébergement principal (cf. également *infra,* deuxième partie, chapitre II, 2.3). Pour répondre à ce problème de fond, l'essentiel du travail du juge requérant n'est plus de traiter de l'intérêt présumé de l'enfant, comme le faisait le magistrat de l'État requis, mais bien à présent de déterminer concrètement l'intérêt de l'enfant dans une situation transfrontière.

C'est à cette détermination que se consacre le juge dans le point 5 de l'arrêt A (se référer en ce sens au point « 5. En vue du débat au fond », arrêt A) ainsi que dans le point « IV. Discussion » de l'arrêt B. Ces deux développements, ainsi que des extraits d'entretiens d'une discussion rétrospective de l'affaire par le même magistrat, seront mobilisés pour explorer les enjeux substantiels de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant. De manière très évocatrice, dans l'arrêt A, après avoir consacré treize des quinze pages du jugement à l'appréciation de la compétence internationale de la juridiction belge, le magistrat en charge du dossier change de ton, et se penche sur le fond du dossier (point 5. « en vue du débat de fond »). Cet espace lui est ouvert car il est en position de force, dans le sens où il est le juge de l'État requérant dans une procédure 11.6, et qu'il sait qu'il sera compétent sur le fond en définitive, même si pour l'heure, il s'est réservé à statuer sur le fond de l'affaire. En son point 5 donc, le juge invite les justiciables à reprendre en main leur conflit et indique :

> « [s]ans préjuger du fond du débat, mais dans le but de changer la dynamique actuelle de la procédure qui est particulièrement néfaste pour l'équilibre des enfants et pour leur avenir, la cour se doit de dénoncer l'attitude des parties qui a permis d'en arriver à une situation extrêmement polarisée dont le traumatisme pour tous, mais surtout pour les enfants, sera durable, quelle que soit l'issue de l'affaire » (arrêt A, p. 87).

On constate aussitôt, et de manière remarquable, que la focale du magistrat ne se concentre pas uniquement sur la situation familiale, mais bien sur la dynamique de la procédure, c'est-à-dire que le recours au droit devient partie intégrante des faits pertinents à l'évaluation des capacités parentales, et, en définitive, motive également la décision. Dès lors, cette première conclusion de l'arrêt A constitue un matériau de premier choix pour l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant

dans des procédures de fond d'enlèvements parentaux internationaux, mais également, de manière élargie, concernant les litiges familiaux transfrontières. C'est ici que les enjeux spécifiques de la matière familiale font surface, que les tensions et les difficultés propres à la parentalité post-séparation en contexte transfrontalier s'expriment dans toutes leurs ambiguïtés.

Afin de saisir ces difficultés, nous analyserons les aspects substantiels de l'intérêt supérieur par une exploration en trois temps : en premier lieu, nous avancerons que l'intérêt supérieur de l'enfant peut être scindé en deux valeurs sous-jacentes principales, la coparentalité et la non-conflictualité, que nous explorerons à partir du cas polonais et de la jurisprudence européenne (2.4) ; en second lieu nous montrerons que l'insistance du magistrat à dé-conflictualiser la situation fait saillir le caractère à la fois dominant et démuni du juge, en vertu des outils dont il dispose pour résoudre le conflit interpersonnel (2.5) en troisième lieu, nous examinerons l'incidence des procédures et du rapport aux droits des justiciables sur l'appréciation des capacités parentales par le magistrat (2.6).

2.4 La substance de l'intérêt supérieur de l'enfant : non-conflictualité et coparentalité comme coordonnées essentielles

Alors qu'au niveau systémique, le principe d'intérêt supérieur de l'enfant constitue une notion à contenu variable perpétuant l'illusion d'un consensus dans une communauté de confiance (cf. *supra,* première partie, chapitre II, 3.2), ici, dans la procédure de fond, certains éléments noyaux dessinent un complexe de valeurs qui oriente le jugement belge en contexte transnational. Nous avançons que, malgré le flou interprétatif et le pouvoir d'appréciation qu'autorise la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, trois motifs récurrents d'interprétation du principe se dégagent de la jurisprudence européenne, limitant fortement en pratique les sens qui lui sont majoritairement attribués dans les cas d'enlèvement parentaux internationaux. Ces trois motifs ont été mis au jour dans une récente étude d'analyse de jurisprudence[439], et corroborent les propos rapportés par les magistrats dans nos entretiens.

Dans une première version, l'intérêt supérieur de l'enfant est considéré par les magistrats comme étant protégé par un retour immédiat dans la juridiction de résidence habituelle de l'enfant (ce que nous avons nommé l'intérêt *présumé* de l'enfant (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 1.6). Un

[439] Cette étude cherche à saisir le contenu donné à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contentieux à partir de l'analyse de plus de mille jugements provenant de dix-sept États européens. Il s'agit de la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, la République Tchèque, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie, l'Espagne et la Suède, cf. MAOLI Francesca, SCIACCALUGA Giovanni, LEMBRECHTS Sara, VAN HOF Tine, CARPANETO Laura, KRUGER Thalia et VANDENHOLE Wouter, « Understanding the Best Interests of the Child in EU Child Abduction Proceedings », *op. cit.*

second motif récurrent, donnant lieu à une évaluation plus substantielle de la situation, concerne les conditions de vie dans les deux États impliqués, particulièrement l'aspect socio-économique et les risques de violence physique ou psychologique[440]. Enfin, en troisième lieu, l'intérêt de l'enfant dépend largement de la possibilité pour ce dernier de bénéficier d'une relation stable avec ses deux parents[441]. De ces trois versions de l'intérêt supérieur de l'enfant, deux ont déjà été analysées précédemment et concernent particulièrement le juge requis : la première version réfère à la protection de l'intérêt présumé de l'enfant procédant par le retour immédiat (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 1.6), la seconde, plus substantielle, s'applique particulièrement aux refus de retour, compte tenu de risque grave de violence ou d'être placé dans une situation intolérable (cf. *supra*, première partie, chapitre I, 1.2.1.2 et chapitre II, 3.2).

C'est sur le troisième motif d'interprétation récurrent de l'intérêt supérieur de l'enfant que nous nous pencherons dans cette section, puisqu'il concerne particulièrement le juge requérant, qui doit résoudre l'enlèvement d'enfants en pacifiant la relation parentale par une adjudication sur le fond de l'affaire. L'essentiel de l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa version substantielle réside donc dans une coparentalité apaisée, garantissant une relation stable de l'enfant avec les deux parents[442], sauf dans les cas où cette coparentalité ferait courir un risque grave de violence physique ou psychique pour l'enfant[443]. En ce sens, l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut équivaloir au fait de résider dans tel ou tel État, puisque cela impliquerait que la préférence nationale soit recevable comme légitime en tant que telle, ce qui n'est pas le cas (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 3.2). Identiquement, la préférence maternelle ou paternelle, ne devrait pas équivaloir à l'intérêt de l'enfant, bien que ce soit encore largement le cas en pratique comme le montrent diverses études sur la question dans le cas de l'enlèvement d'enfants[444] et concernant la justice familiale en

[440] *Ibid.*, p. 347.
[441] *Ibid.*
[442] *Ibid.*, p. 355.
[443] *Ibid.*
[444] LETO Marisa, « Whose Best Interest-International Child Abduction under the Hague Convention », *op. cit.*, p. 247 ; *Ibid.*

général[445]. Les magistrats entérinent effet les formes d'inégalités préexistantes entre les conjoints en vertu du principe de continuité[446] (nous y reviendrons plus bas, cf. *infra,* dans ce chapitre, 2.5).

Ces considérations se retrouvent dans notre étude de cas polonaise puisque deux aspects principaux semblent être cruciaux, à la fois dans la définition de l'intérêt de l'enfant en situation d'enlèvement et pour l'évaluation de la capacité parentale des justiciables : il s'agit, d'une part, de la *conflictualité de leur relation* (apaisement du conflit), et, d'autre part, de la *capacité à se défaire d'une posture empreinte d'exclusivité et à laisser une place à l'autre parent dans un projet parental conjoint*, autrement dit, la *coparentalité.*

De manière on ne peut plus claire, *la place laissée à l'autre parent,* tant dans le projet collectif futur que dans les demandes en plaidoirie, tient lieu d'un élément absolument décisif dans l'appréciation d'une posture parentale en accord avec l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est d'ailleurs ce qui convainc le juge d'attribuer l'autorité parentale exclusive définitive à Monsieur M., qui la détenait auparavant à titre exceptionnel :

> « Il y a chez Madame D. une volonté de toute-puissance et une *incapacité à penser en termes inclusifs* père-mère et à *accepter le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale,* avec la compétence de la juridiction belge qui l'accompagne. À défaut de pouvoir constater que Madame D. *est capable de partager l'exercice de l'autorité parentale* avec Monsieur M., la cour doit maintenir la mesure d'exception qui attribue à Monsieur M. l'exercice exclusif de cette autorité » (arrêt B, p. 97, nous soulignons).

En réalité, il s'agit d'une évaluation de la fiabilité des parents à prendre en charge leur propre conflit conjugal ou parental, ce qui implique une ouverture à la coparentalité. En ce sens, ce qui est en jeu, lorsque le magistrat effectue des remises d'audiences de manière successive, c'est avant tout un *suivi* qui permet d'évaluer les capacités parentales des parties. Ceci afin de vérifier la manière dont évolue la dynamique relationnelle et, au moment où le magistrat semble pouvoir

[445] CARDI Coline, « Les habits neufs du familialisme: Ordre social, ordre familial et ordre du genre dans les dispositifs de soutien à la parentalité », *Mouvements*, vol. 82, nº 2, 2015, p. 11-19 ; OMRANI Feyrouze, « L'expatriation dans la famille désunie: quel est le sort de l'enfant? Chronique de jurisprudence (2007-2013) », *op. cit.* ; FILLOD-CHABAUD Aurélie, « Les usages du droit par le mouvement des pères séparés. Une comparaison France-Québec », *Genre, sexualité et société*, vol. 15, 2016, p. 1-22 ; NEYRAND Gérard, « La résidence alternée, réponse à la reconfiguration de l'odre familial. Les enjeux d'un débat », *Recherches familiales*, vol. 2, nº 1, 2005, p. 83.

[446] COQUARD Benoît, FILLOD-CHABAUD Aurélie, MILLE Muriel et MINOC Julie, « Des familles au tribunal: Séparations conjugales et reproduction sociale des inégalités de sexe et de classe », *Mouvements*, vol. 82, nº 2, 2015, p. 65.

s'en remettre aux parties ou à l'une d'entre elles, décider d'attribuer soit une autorité parentale conjointe, soit une autorité parentale exclusive.

Dès lors, l'essentiel des arrêts interlocutoires qui nous intéressent se résume en grande partie à l'établissement du constat d'incapacité à la coparentalité de Madame D. La longue liste des comportements reprochés à Madame D. atteste de cet état de fait. Lui sont reprochés successivement, « une volonté de toute-puissance » ainsi qu'une « incapacité à penser en termes inclusifs père-mère et à accepter le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale », mais également de « se retranche[r] derrière une décision polonaise tout à fait précaire » pour justifier le refus de retour, et d'« instrumentalise[r] les médias polonais » en n'hésitant pas à « trainer publiquement dans la boue le père, le conseil du père et la justice belge ». Le magistrat met alors en place le suivi de la situation par l'organisation audiences successives qui tente de faire changer la dynamique conflictuelle, résultant, en définitive, en l'abandon des procédures par Madame D. et par l'attribution de l'autorité parentale exclusive attribuée à Monsieur M.

2.5 Dé-conflictualiser coûte que coûte : le juge dominant-démuni

Ce que cherche en premier lieu ce juge, c'est peut-être moins d'attribuer les droits et devoirs de chacun et d'attendre que les parties les appliquent en vertu du droit, que d'intimer les parents à « faire autre chose, à se décaler de la procédure, de les faire réfléchir à leur manière dont ils vont, eux, se sortir de ce conflit, de la manière dont ils vont reprendre possession de leur vie en sortant tous les deux par le haut » (cf. *supra*, extrait p.168). C'est dès lors au moins autant la substance du jugement (hébergement principal, droit de visite et autorité parentale) que la forme de relation sociale que pourront assurer les justiciables, eu égard à ce qu'ils montrent en matière de rapports interpersonnels et de rapports au droit. Autrement dit, l'attribution de l'autorité parentale et des droits de garde et de visites sert comme moyen à une fin qui est, en définitive, l'apaisement du conflit et la stabilisation de la cellule familiale. C'est bien ce que le juge avance, lorsqu'il conclut « pour nous, l'intérêt de l'enfant c'est qu'il y ait une décision sur le fond, c'est qu'il y ait une décision qui soit prise sur l'avenir de cet enfant, le plus vite possible. […] Pour que le chaos cesse ». Nous verrons plus bas, dans notre discussion des relations entre confiance et droit, que la confiance interpersonnelle a un rôle à jouer, de concert avec les règles de fond, dans la cessation du chaos et dans la possibilité pour les parents de « reprendre possession de leur vie en sortant tous les deux par le haut » (cf. *infra*, 2.7).

Ce que cherche donc le magistrat, c'est avant tout à déclencher, susciter, occasionner un *décalage*. Un décalage de point de vue qui déplacerait la focale du parent à celle de l'enfant, un décalage de point de vue d'une optique de parentalité exclusive vers une optique inclusive orientée vers un projet parental commun. Le magistrat souligne avec force cette tension propre au droit familial contemporain, lorsqu'il insiste sur cette question, en ouverture de la discussion du fond de l'affaire dans son second jugement : « [La Cour] demande seulement aux parties de réfléchir aux questions suivantes : 'Est-ce que je veux avoir raison ou est-ce que je veux être heureux? Est-ce que je veux vivre en victime ou vivre l'amour, même imparfait ?' ».

Ce décalage, d'une posture du justiciable qui cherche à maximiser son intérêt égoïste vers une posture d'ouverture du parent vis-à-vis de son (ex-)conjoint et de leur possible projet collectif, même imparfait, d'une dynamique contradictoire à une dynamique de dialogue, opère une bascule de perspective que les magistrats du fond tentent de faire advenir par les moyens qu'ils ont à leur disposition. Cependant, l'insistance du juge à ce que les parties continuent à « vivre l'amour, même imparfait », indique que le magistrat semble vouloir plaquer coûte que coûte une vision idéalisée de coparentalité positive et apaisée sur un couple qui se déchire à travers les frontières. Il semblerait y avoir ici pareille cécité du juge à l'égard des difficultés intrinsèques du cas que celle démontrée par les juges aux affaires familiales vis-à-vis de la distance sociale qui les sépare des justiciables dans le contexte national [447]. Comme l'indique les membres du Collectif Onze ayant mené une enquête dans les tribunaux de la famille en France :

> « Les normes actuelles qui orientent le droit familial et bien souvent les représentations des magistrats (la coparentalité, l'autonomie de chaque ex-conjoint et le divorce négocié notamment) sont en effet socialement situées. Elles correspondent à une vision idéalisée de la conjugalité égalitaire dans les catégories moyennes et supérieures (avec comme modèle des conjoints biactifs). […] Les réactions, questions et interventions des magistrats s'appuient sur des normes et une morale familiale propres aux catégories intellectuelles supérieures. Les JAF [Juges aux Affaires Familiales] imposent ainsi une certaine conception du « bon père » et de la « bonne mère », méconnaissant les conditions de possibilité (en termes de capital économique et culturel) permettant à chacun de réaliser ou non ces injonctions normatives »[448].

[447] COQUARD Benoît, FILLOD-CHABAUD Aurélie, MILLE Muriel et MINOC Julie, « Des familles au tribunal », *op. cit.*
[448] *Ibid.*, p. 64.

Au-delà, donc, de la méconnaissance des conditions de possibilités à réaliser une coparentalité idéale en termes de capital économique et culturel des parents du cas polonais, s'ajoutent les conditions de possibilité de cette coparentalité en vertu de l'éloignement géographique et de l'apaisement d'un conflit de haute intensité. Tout se passe comme si le magistrat se contentait d'insister sur la responsabilité individuelle des justiciables sans prendre en considération le contexte social et juridique qui rend extrêmement difficile la réalisation du rôle qui leur est demandé.

Deux constats se posent ici : d'une part, l'expression du conflit devient intolérable et sa résolution nécessaire, et, d'autre part, le magistrat fait l'impasse sur la difficulté que pose l'éloignement géographique pour la mise en œuvre d'un projet parental conjoint, comme s'il s'agissait d'un cas sans élément d'extranéité. En premier lieu, la volonté de désescalade du conflit que présente le magistrat semble se retourner contre Madame D., étant donné qu'elle est, d'une part, à l'origine de *l'expression* du conflit (la voie de fait), qui a peut-être une autre origine, et, d'autre part qu'elle reste dans une posture contentieuse (nous y reviendrons, cf. *infra*, ce chapitre, 2.5). En second lieu, l'éloignement géographique rend les possibilités de compromis, de l'ordre d'un hébergement alterné (égalitaire) impensable dans les cas d'enlèvements parentaux, et la désescalade du conflit se fait souvent au prix du sacrifice du droit d'hébergement d'un des parents au détriment de l'autre, dans l'intérêt de l'enfant (nous approfondirons ce point lors de l'analyse des médiateurs, cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 2.3 et conclusion, 4.4). Il est alors particulièrement malaisé pour les parties de répondre aux injonctions normatives du magistrat à se constituer en tant que bons parents, compte tenu de l'intensité du conflit et de son caractère transfrontière.

C'est en ce sens que le magistrat, dans un extrait que nous avions déjà mentionné en introduction du chapitre, insiste que malgré le caractère inconciliable des attentes il faut recadrer la situation vers l'enjeu réel du litige : l'avenir de l'enfant :

> « De manière générale, les attentes sont inconciliables, on est dans l'exclusif, c'est l'un *ou* l'autre et on ne peut plus penser en termes de et…et…on a une montée énorme au niveau émotionnel, et donc nous, les juges, nous sommes confrontés à cette situation qui est véritablement très difficile de recadrer vers l'enjeu réel du litige qui est simplement de se dire : ici on a un litige familial et quel est l'avenir que vous désirez pour votre enfant ? Et donc ramener les gens à désescalader ce conflit ».

On observe que le magistrat individualise le contexte social qui donne lieu à l'enlèvement et les conditions qui en limitent la possibilité de résolution (parmi lesquels l'impossibilité d'un compromis) sous la notion d'attentes inconciliables. Dès lors, même si le juge prend en compte les difficultés du cas, il fait porter le poids du conflit sur le dos des parents, et ne trouve d'autres solutions que de les intimer à s'entendre pour l'amour et l'avenir de leur enfant. Le rôle du juge apparaît alors proche de celui en charge d'audiences de divorce sans élément d'extranéité, à la fois « juge dominant » et « juge démuni », pour reprendre les expressions de L. Cardia-Vonèche, S. Liziard et B. Bastard[449] : « le juge est à la fois sans pouvoir — puisqu'il dépend entièrement de l'émergence d'une parole commune des divorçants — et il a tout pouvoir — sans lui on ne peut rien faire, il est le seul à représenter valablement la volonté des conjoints »[450]. Ces audiences sont traversées par le paradoxe selon lequel tout le travail y « est entièrement structuré par la recherche de l'accord alors même que l'on y traite d'une rupture souvent conflictuelle dans la pratique. Le succès de l'audience est précisément lié à la disparition des signes du désaccord »[451]. Encore dit autrement, « les juges imposent, par leur manière d'être à l'audience, l'idée que la seule voie adéquate pour traiter les effets du divorce, c'est d'en faire une discussion et une négociation entre les parties intéressées »[452].

Étant donné que l'étalon du jugement de la réussite de l'audience réside dans la disparition des signes du désaccord, alors même qu'il s'agit d'un litige, du propre avis des magistrats, où il n'y « a pas de bonnes solutions, que les solutions les moins pires » (J1, entretien 1), l'insistance à remplir le rôle de coparents envers et contre tout renvoie l'image d'un juge dominant passablement démuni. Juge qui, ce faisant, contribue à faire porter la responsabilité des problèmes sociaux (ici, les difficultés propres à la transnationalisation du droit familial, par exemple) sur les seules épaules des parents, en phase avec une des caractéristiques du tournant de la parentalité dans les politiques familiales[453] (nous approfondirons ce point dans le chapitre suivant, cf. *infra*, chapitre II, 1).

---

[449] CARDIA-VONÈCHE Laura, LIZIARD Sylvie et BASTARD Benoit, « Juge dominant ou juge démuni ? La redéfinition du rôle du juge en matière de divorce », *Droit et société*, vol. 33, nº 1, 1996, p. 277-298.
[450] *Ibid.*, p. 297.
[451] *Ibid.*
[452] *Ibid.*
[453] CHAUVIÈRE Michel, « La parentalité comme catégorie de l'action publique », *Informations sociales*, vol. 149, nº 5, 2008, p. 16–29 ; MINOC Julie, « (Dés)ordres familiaux à la loupe. Les normes maternelles et paternelles au prisme de l'enquête sociale », *op. cit.* ; CARDIA-VONÈCHE Laura et BASTARD Benoit, « Vers un nouvel encadrement de la parentalité? », *Informations sociales*, vol. 122, nº 2, 2005, p. 110–121.

Par ailleurs, on peut se poser la question d'un second décalage, moins explicite, certes, sur la fonction de juger : lorsque que le magistrat pose en face à face la question du bonheur et celle de la raison, qu'est-ce que cela nous dit sur la vision de la justice recherchée ? Dans la formule « est-ce que je veux avoir raison ou est-ce que je veux être heureux ? », tient toute entière une tension fondamentale du droit familial contemporain suite au passage d'un régime familial matrimonial à un régime de filiation[454], où l'un des enjeux majeurs des conflits familiaux consiste dans le maintien du lien parental malgré la dissolution de l'union[455].

Mais il n'est pour autant pas anodin de mettre en opposition l'argumentation juridique et une vision de la vie bonne (puisqu'il s'agit bien, selon les termes du magistrat, de l'un ou de l'autre). Est-ce à dire alors que le droit ne peut garantir le bonheur des justiciables ? C'est en tout cas une vision partagée par un autre magistrat, lorsqu'il avance que le juge ne peut pas « faire le bonheur des gens ». Mais, de manière plus subtile et plus profonde, la mise en opposition de la raison et de la vie bonne dit quelque chose de la vision de la justice du magistrat : le juge n'a-t-il plus en tête l'objectif de mettre en place une situation pragmatiquement *vivable* pour la famille plutôt que de poursuivre un idéal de justice à proprement parler ? Il s'agit, alors, plutôt de stabiliser les relations, « pour que le chaos cesse ». Faire s'entendre les parties devient alors l'horizon de l'adjudication, particulièrement lorsque les situations sont tellement complexes que le droit peine à satisfaire les attentes en matière de justice substantielle.

Quelles que soient les réponses à ces questions fondamentales, que nous gardons pour notre conclusion, il est en tout cas certain que le « décalage » de perspective mentionné précédemment (cf. *supra*, extrait p.185) constitue un des comportements indicateurs que les parents sont prêts à reprendre en charge le conflit parental vers une coparentalité autonome. En effet, il s'agit ici d'évaluer la capacité des parents à se départir d'une vision agonistique de leur conflit judiciarisé pour « faire un pas de côté », par rapport à ce que le droit rend disponible pour obtenir gain de cause.

Le moment du décalage est décelable dans le cas polonais, et semble d'ailleurs s'avérer décisif dans l'issue du litige, rappelé lors de l'arrêt interlocutoire C. « La cour a pu observer que,

---

[454] THÉRY Irène, *Le démariage: justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1996.

[455] BASTARD Benoit, *Les démarieurs: enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, Paris, La Découverte, 2002 ; CARDIA-VONÈCHE Laura et BASTARD Benoit, « Vers un nouvel encadrement de la parentalité? », *op. cit.* ; NEYRAND Gérard, « La parentalité comme dispositif. Mise en perspective des rapports familiaux et de la filiation », *Recherches familiales*, vol. 4, n° 1, 2007, p. 71-88. Nous reviendrons plus en détail sur la transformation du droit et de l'action publique comme soutien à la (co)parentalité dans le chapitre concernant les médiateurs (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 1).

soutenu par l'acharnement du nouveau conseil de Madame D. […], c'est Monsieur M. qui, en faisant un geste dans le sens de la mère, a permis à la situation de se débloquer. En effet, il a accepté, provisoirement, de ne pas se prévaloir de l'arrêt du 17 juin 2016 pour que les filles puissent venir le voir à Pâques 2017 en Belgique tout en leur permettant de rentrer en Pologne pour la fin de cette année scolaire ». Le fait que Monsieur M. « fait un geste » dans le sens de Madame D. est un indicateur d'une modification de comportement qui atteste de sa capacité à penser en termes inclusifs une coparentalité apaisée. « Faire un geste » constitue un comportement judiciaire significatif pour l'appréciation de la capacité à la parentalité d'un justiciable. C'est-à-dire que *le non-recours* à des voies procédurales disponibles, et *la retenue* dans les demandes en matière d'autorité parentale deviennent des indicateurs de l'ouverture d'un parent vers l'autre, et, en définitive, contribuent à déterminer la capacité parentale du justiciable. Et à l'inverse, l'incapacité à se départir d'une position cherchant à maximiser le profit individuel au détriment du projet collectif familial, centré sur les enfants, rend le parent incapable à l'autorité parentale. C'est en ce sens que se conclut donc l'affaire polonaise :

> « À défaut de pouvoir constater que Madame D. est capable de partager l'exercice de l'autorité parentale avec Monsieur M., la cour doit maintenir la mesure d'exception qui attribue à Monsieur M. l'exercice exclusif de cette autorité.
>
> La cour n'a donc pas d'autre choix que de statuer à titre définitif en faisant droit aux demandes de Monsieur M., qui paraissent, dans les circonstances de l'espèce, conformes à l'intérêt des enfants ».

2.6 L'influence du rapport au droit et des comportements judiciaires sur l'évaluation à la coparentalité

Dans cette dynamique conflictuelle, le droit joue un rôle ambivalent, et le recours au droit occupe une place ambigüe : d'une part, les parties font appel à la justice et tentent de faire valoir leurs droits respectifs en matière d'autorité parentale, d'hébergement et de visite ; d'autre part, il leur est reproché de recourir au droit et de s'empêtrer dans un imbroglio de procédures, qui les dépossède de leur conflit et qui va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Dès lors, la mobilisation de la « machine judiciaire », la formulation de demandes « empreintes d'exclusivité », mais aussi le non-respect des arrêts édictés, sont autant de comportements qui agissent comme des *indices* informant la prise de décision du magistrat. Tout se passe comme si les choix de procédures effectués par les parties et leurs conseils contenaient une charge symbolique plus ou moins

favorable à la pacification de la relation parentale, condition *sine qua non* de la poursuite de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En ce sens, à un premier niveau, le magistrat de l'affaire polonaise critique l'attitude des parties en ce qu'elles tentent par tous les moyens d'obtenir gain de cause, ce qui leur est, en définitive, préjudiciable dans l'appréciation de leur capacité à la parentalité. Le droit apparaît alors comme le moyen de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, d'une part, par la mise en ordre juridictionnelle et d'autre part par l'attribution des droits respectifs des parents, mais il constitue également un des obstacles à la poursuite de l'intérêt de l'enfant, qui implique avant tout une pacification des relations parentales. Les effets des procédures judiciaires civiles, et à plus forte raison pénales, tendent à polariser le conflit. Implicitement, ce magistrat indique que l'intérêt de l'enfant est mis à mal par le droit, par « la machine judiciaire » dans son caractère contradictoire, et par la pluralité des procédures parallèles, aux visées normatives distinctes. Lorsque le magistrat insiste au premier paragraphe du point 5 que, « sans préjuger du fond du débat, mais dans le but de changer la dynamique actuelle de la procédure qui est particulièrement néfaste pour l'équilibre des enfants et pour leur avenir, la cour se doit de dénoncer l'attitude des parties qui a permis d'en arriver à une situation extrêmement polarisée dont le traumatisme pour tous, mais surtout pour les enfants, sera durable, quelle que soit l'issue de l'affaire», ce n'est pas uniquement l'attitude des parties vis-à-vis l'une de l'autre qui est mise en cause mais également le droit et leur rapport au droit.

À un second niveau, il est reproché aux parties de restreindre leur conflit familial à un litige juridique, qui réduit la réalité pertinente et les demandes des parties à des considérations légales, sans chercher à développer des accords amiables, des solutions extrajudiciaires ou d'instaurer un dialogue. Il leur est dès lors reproché de « s'asseoir sur des représentations purement juridiques et procédurales » au lieu de « reprendre leurs esprits » et se poser « les vraies bonnes questions, celles qui concernent leur avenir et de leurs enfants sur le long terme ». En filigrane, ou en négatif, on saisit ici que les leviers d'action efficaces sont extrajudiciaires, et qu'en définitive, le magistrat ne « pourra pas faire leur bonheur », selon les mots d'un autre juge (J1, entretien 1).

Enfin, à un troisième niveau, c'est l'identité même des parties qui se voit modelée par la catégorisation juridique de la situation, sous le sceau de la qualification d'enlèvement parental international. Le droit distribue les rôles : d'un côté parent ravisseur, de l'autre parent délaissé, *left-behind*, laissé pour compte. Celui ou celle qui viole le consentement et celui ou celle dont le consentement a été violé. Le rapport au droit ne se résume pas uniquement à des choix de procédures selon une palette de voies judiciaires disponibles. Par le mouvement même de la

qualification juridique, c'est une façon de se percevoir, une reprise réflexive de soi, de se considérer à partir d'une nouvelle catégorie, qu'expérimentent les justiciables[456]. Et l'appropriation de cette qualification juridique au niveau identitaire, en parent victime et parent coupable, semble en définitive préjudiciable aux parties, particulièrement concernant la poursuite d'une coparentalité post-séparation. Aux prises directes avec la charge symbolique d'une catégorisation aussi grave que celle de l'enlèvement, la qualification de parent ravisseur et de parent victime tend à cadenasser le conflit par une identification des parties aux rôles qui leur sont juridiquement attribués. C'est dans cette lignée que le magistrat rédige ces mots durs à l'égard de Madame D. :

> « Pourquoi Madame D. préfère-t-elle se porter en martyr que montrer à la cour qu'elle est capable d'organiser de façon constructive la place du père dans un projet impliquant son installation définitive en Pologne ? ».

Malgré toute la méfiance et les stratégies juridiques dont auraient pu faire preuve les justiciables de ce cas, il est tout de même étonnant d'observer un magistrat reprocher aux parties les effets du pluralisme juridique, de développer des stratégies contentieuses, de s'empêtrer dans un imbroglio juridique et de se constituer des identités qui sont influencées par les catégories juridiques que le magistrat manie par ailleurs. Il est tout aussi étonnant de voir un magistrat proposer aux parties de régler leur conflit par eux-mêmes alors qu'ils font justement appel à un tiers pour ne pas avoir à trancher le litige, dont l'insoluble question de l'hébergement principal définira l'unique lieu de vie des enfants, ce qui demande, inévitablement, un sacrifice d'un des deux parents. Le juge, dans ce contexte, se trouve dans une position paradoxale : il applique le droit tout en invitant les justiciables à en sortir, s'en défaire et reprendre en main leur affaire ; il doit s'en tenir au droit tout en étant conscient que le droit, foncièrement marqué par la dynamique du contradictoire, contribue à polariser le conflit. Si ce « laïus » assez peu juridique du magistrat n'est pas un explicite aveu de faiblesse du droit, il n'empêche que l'on peut, de notre point de vue, avancer que le droit nuit de

[456] Ceci n'est pas sans rappeler les *interactive kinds* conceptualisés par I. Hacking, tels que la categorie de femme réfugiée : The ''woman refugee'' (as a kind of classification) can be called an interactive kind because it interacts with things of that kind, namely people, including individual women refugees, who can become aware of how they are classified and modify their behavior accordingly HACKING Ian, *The social construction of what?*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1999, p. 32. On peut également se référer plus directement aux *Legal Consciousness Studies* qui ont travaillé les effets de la catégorisation juridique sur les justiciables, leurs stratégies de résistance et les reprises subjectives de ces qualifications juridiques, cf. parmi d'autres SILBEY Susan S., « After legal consciousness », *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, vol. 1, 2005, p. 323–368 ; EWICK Patricia et SILBEY Susan S., « Conformity, contestation, and resistance: An account of legal consciousness », *New Eng. L. Rev.*, vol. 26, 1991, p. 731-749 ; MERRY Sally Engle, *Getting justice and getting even: Legal consciousness among working-class Americans*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

deux manières à la visée de justice même que cette mise en droit cherchait à accomplir : d'une part, par la dynamique contradictoire intrinsèque des procédures judiciaires qui oriente vers une maximisation égoïste des intérêts individuels et d'une posture stratégique conflictuelle ; d'autre part, par la divergence des visées normatives qu'implique l'enlèvement parental international, écartelé entre logiques pénales et civiles brouille les coordonnées normatives entre punition et réconciliation.

2.7 Droit et confiance : des relations ambigües

Des considérations et réflexions déployées ci-dessus, on peut tirer une conclusion : le travail du juge du fond vise la stabilisation de la relation entre les parents. Cette stabilisation est recherchée par deux moyens. D'une part, selon un moyen proprement juridique, à savoir l'attribution d'autorité parentale (conjointe ou exclusive) et des modalités d'hébergement et de visites (ainsi que la détermination de la compétence d'une juridiction). On cherche donc, via l'application de règles claires par un tiers organisant les rapports entre justiciables, à poser des garanties face aux risques encourus (parmi lesquels le contre-enlèvement) et à réduire l'incertitude en stabilisant les attentes des justiciables par des structures objectives extérieures (le jugement, et tout ce qu'il implique en termes d'actes autorisés, et, en définitive, d'usage de la violence légitime : amendes, retour forcé, incarcération, etc.).

D'autre part, cette stabilisation des relations familiales peut être matérialisée par un moyen plus directement moral, une sorte de sermon ou de laïus visant à déclencher une prise de conscience des justiciables concernant leur situation et à régler le litige par des moyens extra-juridiques (accord amiable, dialogue, etc.) ou en médiation, à se décaler d'une posture d'exclusivité, à se montrer responsable de leur propre conflit. En bref, un discours qui prône l'autonomie dans la régulation de leur litige plutôt que de faire appel à un tiers qui décide « à leur place ».

Si la stabilisation des relations demande l'intervention de la sphère judiciaire, c'est bien parce que l'enlèvement parental international a opéré une *rupture de la confiance interpersonnelle* qui prévalait avant la voie de fait[457]. Il est clair qu'en amont d'un recours au tiers institutionnel,

[457] On ne peut bien entendu présumer que ce soit le cas à chaque fois, et, ici, la généralisation devient hasardeuse. Il est clair que certains justiciables en amont d'un enlèvement se méfiaient déjà de leur partenaire, tel que dans le cas polonais ou Monsieur M. avait effectué une procédure unilatérale en extrême urgence car il soupçonnait que Madame D. veuille emporter les enfants en Pologne. On peut cependant avancer que la confiance n'étant plus de mise, c'est justement ce qui a poussé Monsieur M. à se tourner vers le juge, ce qui sera appuyé dans la suite de notre raisonnement. Et que, de surcroît, dans de grand nombre de cas, le partenaire ne « voit pas venir » l'enlèvement parental, qui apparaît généralement à la fois comme une surprise et une trahison.

la coordination des attentes des partenaires opérait via des mécanismes de réduction de la complexité moins directement judiciarisés, parmi lesquels la confiance, dont on connaît l'importance dans la structuration des relations intimes[458]. Cela interroge dès lors la relation entre droit et confiance, d'une autre manière que celle posée par la problématique du juge requis : il ne s'agit plus ici de se munir de confiance institutionnelle afin de dépasser l'échelle de la nation et de coordonner l'action judiciaire au-delà des États, mais bien de saisir comment opèrent droit et confiance interpersonnelle dans la structuration des rapports sociaux familiaux[459].

Les relations entretenues entre droit et confiance, on le voit, se logent à nouveau au cœur de notre investigation. Il est crucial de comprendre qu'une forme *d'homologie fonctionnelle* existe entre confiance et droit, puisque la fonction du droit réside dans la réduction de la contingence des attentes normatives[460]. La confiance, comme le droit, vise à rendre plus prévisible une situation autrement fondamentalement incertaine, à coordonner les attentes des partenaires, à présupposer et prolonger l'action future à partir d'un passé et d'un présent. Dès lors, le droit opère comme un substitut fonctionnel de la confiance lorsque cette dernière est brisée, trahie, et n'est donc plus en mesure de remplir sa fonction.

N. Luhmann généralise pareil constat à l'ensemble de la société. Selon cet auteur, dans les systèmes sociaux très simples, droit et confiance sont congruents, mais, au fur et à mesure de la différenciation fonctionnelle de la société, la confiance et le droit deviennent de plus en plus différenciés et indépendants. Néanmoins, le droit et la confiance opèrent à la fois de concert et de manière indépendante. Selon les termes de N. Luhmann, « cette différenciation [entre droit et confiance] exige que la confiance et le droit opèrent dans une large mesure *indépendamment* l'un de l'autre, qu'ils ne soient plus liés que par leurs conditions *générales* de possibilité et qu'ils ne se coordonnent qu'*au besoin* dans des cas particuliers qui revêtent une certaine

[458] GIDDENS Anthony, *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love, and Eroticism in Modern Societies*, Stanford, Stanford University Press, 1992, p. 138 ; DE SINGLY François, « Intimité conjugale et intimité personnelle: À la recherche d'un équilibre entre deux exigences dans les sociétés modernes avancées », *Sociologie et sociétés*, vol. 35, n° 2, 2003, p. 82.

[459] Gardons à l'esprit que les nuances et finesses de la confiance interpersonnelle ne pourront être appréhendées dans toute l'épaisseur relationnelle des rapports conjugaux et parentaux, puisque notre focale se concentre sur le droit du point de vue des professionnels. La portion de confiance interpersonnelle qui nous intéresse est dès lors celle que ces professionnels tentent de favoriser avec leurs outils, présente dans leurs discours depuis leur point de vue. En d'autres termes nous ne prétendons nullement faire honneur à la complexité des relations conjugales et familiales et aux enjeux de confiance qui s'y logent, étant donné que c'est uniquement leurs reprises par les professionnels du droit qui nous intéresse.

[460] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 86.

importance »[461]. En ce sens, le sociologue insiste que la confiance « ne peut être réduite à la confiance dans le droit et en ses possibilités de sanction »[462].

Cependant, cette relation reste ambigüe dans le travail de N. Luhmann. Le droit et la confiance opèrent à la fois de manière indépendante, se soutiennent mutuellement, et peuvent se remplacer[463]. Entre indépendance au général, interdépendance ou coordination au particulier et remplacement fonctionnel, il faut bien reconnaître que la relation proposée est pour le moins multiple. Nous pouvons tenter une clarification en trois points.

Premièrement, droit et confiance sont des mécanismes *généraux* de réduction de la complexité qui ont évolué d'une congruence à une indépendance – dans le sens d'une distinction. Sur ce point, nous suivons l'auteur.

Deuxièmement, droit et confiance se soutiennent mutuellement et le droit et la confiance œuvrent selon un rapport d'interdépendance. Le droit réduit les risques d'accorder une confiance interpersonnelle, mais il est tout entier basé sur cette dernière. Ou, selon les termes de N. Luhmann, « [e]n vérité, l'idée de confiance est au fondement de l'ensemble du droit et fonde le fait général de s'en remettre aux autres tout comme, à l'inverse, la démonstration de confiance ne peut se faire que sur le fond d'une diminution des risques au moyen du droit »[464].

Troisièmement, droit et confiance peuvent se substituer l'un à l'autre, et sont donc liés par des relations de remplacement, en regard de leur homologie fonctionnelle. C'est ce qu'indique N. Luhmann lorsqu'il s'attarde sur la notion de *délestage* des risques de la confiance vers le droit : « [l]'ordre juridique, qui assure un haut niveau de certitude à certaines attentes ainsi qu'aux possibilités de sanction […] déleste d'une partie du risque lié à accorder sa confiance »[465]. En un sens, on peut donc dire que la relation d'interdépendance qui les lie passe par une relation de délestage des risques de la confiance vers le droit et du droit vers la confiance.

Dans notre cas polonais, cette relation de substitution qui lie le droit et la confiance est effectivement présente dans l'esprit du juge, pas forcément de manière consciente. C'est bien ce qu'indique le magistrat en charge du dossier polonais lorsqu'il avance, dans son argumentation :

[461] *Ibid.*, p. 39-40.
[462] *Ibid.*, p. 40.
[463] *Ibid.*, p. 37.
[464] *Ibid.*, p. 39.
[465] *Ibid.*, p. 37.

> « Pourquoi, constatant que la confiance n'était plus de mise et que la situation était devenue anxiogène pour les enfants, ni Madame D., ni Monsieur M. n'ont saisi un juge polonais pour entendre organiser en attendant l'issue des procédures, à titre précaire et compte tenu de l'urgence, sans aucune reconnaissance préjudiciable, des rencontres père-filles dans la région où elles se trouvent, qui est également la région d'origine de Monsieur M., en présence d'un tiers neutre et rassurant, comme par exemple un centre de rencontre ? ».

On saisit en effet que « la confiance n'était plus de mise » et que donc la relation entre les justiciables devenait chaotique. Il suffit d'apposer les mots du magistrat, « pour que le chaos cesse », qui traduisent son urgence d'agir dans le cas polonais, à ceux de N. Luhmann, « on ne peut faire confiance au chaos »[466], pour saisir que la stabilisation des relations et des attentes et la réduction du risque et de l'incertitude devaient faire l'objet de l'intervention d'un tiers judiciaire. La réduction des risques, et particulièrement le risque de contre-enlèvement qui plane comme un spectre au-dessus de la famille, pourrait être effectuée par un délestage vis-à-vis du juge polonais, à même de stabiliser et d'ordonner la situation, afin de garantir contre ces risques, même à titre précaire – donc provisoire.

Ce qui nous intéresse particulièrement, c'est que le droit intervient comme point d'appui à la (re)formation de la confiance interpersonnelle. Il est une des conditions qui favorise la formation de cette confiance, en orientant les structures motivationnelles des individus et en déterminant les possibilités de sanction, particulièrement concernant la rupture du lien de confiance[467]. Par ailleurs, comme l'indique L. Quéré, « les institutions facilitent la confiance en prescrivant des obligations et en garantissant formellement des droits, ce qui abaisse les risques pris en faisant confiance »[468]. Certes, on peut en effet soutenir que les garanties juridiques telles que la définition claire de l'autorité parentale, des droits d'hébergement et de visites contribuent à poser des balises à même d'encadrer une nouvelle situation, et donc à diminuer les risques, soutenant une potentielle reprise progressive de la confiance interpersonnelle entre les partenaires. Cependant, on devra s'écarter des conclusions de N. Luhmann sur un point décisif : le droit, et plus particulièrement l'expérience judiciaire des justiciables, de par l'ambivalence qui les caractérisent, contribuent tout autant, voire même davantage, à l'établissement et au

[466] *Ibid.*, p. 43.
[467] *Ibid.*, p. 40.
[468] QUÉRÉ Louis, « La structure cognitive et normative de la confiance », *op. cit.*, p. 146.

maintien d'une relation de *méfiance réciproque* entre les justiciables qu'à celle d'une relation de confiance.

La méfiance, est en effet caractérisée par des « stratégies négatives [qui] donnent à la méfiance ce naturel tendu, souvent crispé sur le plan des émotions qui distingue de la confiance. Son répertoire s'étend de la définition du partenaire de rôles comme un ennemi à combattre jusqu'au renoncement à l'expression de tout besoin »[469]. Vu la crispation du conflit, l'antagonisme entre Madame D. et Monsieur M., puis le *renoncement* à l'expression de tout besoin de Madame D. en fin de litige, il semblerait effectivement que l'attitude des justiciables dans cette affaire soit celle d'une méfiance réciproque[470]. Si la méfiance entre les partenaires trouve son origine dans la voie de fait que constitue l'enlèvement parental, le droit semble contribuer à la maintenir, voire à la renforcer, par une distribution des rôles victimes-coupable et la dynamique contradictoire qui caractérise le processus judiciaire. Chacune des parties campe sur ses positions et ne veut pas accorder la moindre concession dans les négociations, préférant s'en remettre uniquement au droit. Droit, qui à son tour, par l'intermédiaire des juges, incite les justiciables à se dépêtrer eux-mêmes de leur conflit, par la médiation s'il le faut. Coexistent alors ici méfiances réciproques et recours au droit, dans une sorte de renforcement mutuel : plus personne ne prend le moindre risque, n'expose la moindre vulnérabilité, le dialogue se tend, ou est rompu (ou se maintient uniquement par l'intermédiaire d'avocats).

Avant même de parler de rétablissement de la confiance, c'est donc avant tout *la réduction de la méfiance* entre les partenaires, suite à la trahison de la confiance interpersonnelle par l'acte unilatéralement posé, qui doit faire l'objet d'un travail du tiers. Nous verrons d'ailleurs que les juges et les médiateurs mettent en œuvre des pratiques distinctes pour réduire la méfiance mutuelle et rétablir une confiance interpersonnelle (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 3).

2.8 Convertir la méfiance en confiance et se fier aux justiciables

La compréhension de la dynamique de conversion de la méfiance vers la confiance, et inversement, s'avère alors absolument fondamentale pour la résolution des litiges familiaux. Comment s'opère la transformation d'une situation où les partenaires font preuve d'une

[469] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 84.
[470] Cette attitude n'est pas sans rappeler la remarque de A. Giddens, selon laquelle « les mésaventures vécues aux points d'accès [des systèmes abstraits] peuvent conduire soit à une espèce de cynisme résigné, soit, lorsque c'est possible, au désengagement complet par rapport au système », GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, *op. cit.*, p. 97.

méfiance mutuelle en une situation où les partenaires tentent de relancer l'ordre d'une confiance minimale ? Faut-il effectivement procéder par « petits pas », est-ce une transformation graduelle ou qui passe par des moments de bascule ? Confiance et méfiance sont-elles liées par une relation symétrique ou asymétrique ? Comment s'amorce une relation de confiance interpersonnelle, et comment se maintient-elle ?

Ces questions fondamentales ne pourront trouver ici ni réponses définitives ni réponses générales. Néanmoins, quelques indices précieux peuvent, encore une fois, être puisés chez N. Luhmann. En premier lieu, la relation entre confiance et méfiance est asymétrique, en ce sens que « la confiance se transforme plus facilement en méfiance que le contraire »[471]. La méfiance étant dépendante plus fortement de moins d'information, comme nous l'avions vu auparavant (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 3.2), elle fonctionne selon une dynamique d'auto-confirmation qui entraîne un renforcement de la position méfiante. Tout le défi pour les juges, et à plus forte raison pour les médiateurs directement aux prises avec les méfiances des partenaires (comme nous le verrons dans le chapitre suivant, cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 3.2), est alors de déjouer cette tendance inhérente à l'auto-confirmation de la méfiance.

Il est une autre asymétrie fondamentale qui importe pour notre problématique : la confiance interpersonnelle se détruit plus facilement qu'elle ne se crée. Elle s'acquiert de manière progressive, hésitante, sur la durée des interactions successives, mais peut se détruire d'un seul coup, subitement, au surgissement d'un simple soupçon ou d'une franche trahison. Dès lors, « [l]'existence de *seuils* est importante pour la distribution temporelle des différentes attitudes que sont la familiarité, la confiance et la méfiance »[472]. Ces seuils sont moins définis par une nature générale de la confiance que par l'histoire propre à chaque relation, dont les bifurcations, les événements ayant valeur de symboles sont fortement dépendants de la biographie particulière des interactions entre les partenaires[473], et en ce sens ce ne sont pas « toutes les incohérences qui suscitent un doute relativement aux caractéristiques familières du monde et ce n'est pas n'importe quelle déception qui détruit la confiance »[474]. On peut avancer que la confiance est de l'ordre d'un phénomène métastable[475], selon lequel un état (la confiance) peut à tout moment basculer vers un autre état (la méfiance), déchargeant toutes les « tensions

[471] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 106.
[472] *Ibid.*, p. 86.
[473] *Ibid.*, p. 89.
[474] *Ibid.*, p. 86.
[475] CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », *op. cit.*, p. 182.

accumulées »[476]. Arrivée à un certain stade, la capacité d'absorption s'arrête soudainement, et « c'est pourquoi, lorsqu'un soupçon surgit, l'effet est la plupart du temps surdimensionné et va bien au-delà de ce qui pourrait être attribué isolément au phénomène concret qui a fait déborder le vase »[477]. En définitive, la confiance interpersonnelle se construit patiemment, graduellement, d'interaction en interaction, mais se brise subitement et se métamorphose instantanément en méfiance.

Ceci étant dit, il reste essentiel de comprendre comment s'opère l'entame d'une relation de confiance interpersonnelle. Nous l'avions déjà souligné lorsque nous nous étions attardés sur la confiance en général, mais la confiance nécessite le premier pas risqué du partenaire qui accorde sa confiance. Toute la difficulté de la création de confiance provient du fait qu'on ne peut l'exiger, et que cette opération initiale audacieuse se prête donc mal à une normalisation[478]. La confiance doit être accordée et acceptée.

> « C'est la raison pour laquelle les relations de confiances ne peuvent débuter par des exigences, mais seulement par un premier pas dans la mesure où l'initiateur accorde lui-même sa confiance ou utilise une occasion qui s'offre à lui de manière contingente pour se présenter comme étant digne de confiance. Pour celui qui accorde sa confiance, sa vulnérabilité est l'instrument par lequel il met en branle une relation de confiance. Ce n'est qu'à partir de sa propre confiance qu'il a la possibilité de formuler à titre de norme le fait que sa confiance ne sera pas déçue et ainsi d'amener l'autre dans cette voie qu'il vient de tracer »[479].

Et pourtant, cette impossibilité de soumettre la confiance à des normes n'exclut pas totalement la confiance de la sphère normative. […] « Cette opération préalable particulière, à conséquences normatives, peut être désignée au moyen de l'ancien concept d'*opération supererogative*[480]. Une opération est supererogative lorsque, sans correspondre à un devoir, elle est considérée comme un mérite et force le respect »[481].

---

[476] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 87.
[477] *Ibid.*
[478] *Ibid.*, p. 49.
[479] *Ibid.*
[480] Ce terme extrêmement peu usité en français l'est plus dans sa version anglophone, *supererogation*. Son origine latine nous informe assez précisément du sens du mot : *supererogatio*, provenant de *super*, au-dessus, et *erogare*, distribuer. Il s'agit en éthique d'une performance qui dépasse ce qui est demandé, de l'action de faire plus que ce que demande le devoir. Certains auteurs discutant la notion chez N. Luhmann se réfèrent plutôt au vocable de *surérogatoire*, nous emploierons, pour notre part, les deux cf. QUÉRÉ Louis, « Confiance et reconnaissance », *Social Science Information*, vol. 50, nº 3-4, septembre 2011, p. 385.
[481] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 49.

On peut ici tracer un parallèle entre le fait de « faire un geste » pour débloquer le conflit (tel Monsieur M. dans notre affaire) et l'entame d'une relation de confiance, particulièrement étant donné la nature surérogatoire de l'acte. Il est bien entendu absurde d'avancer que faire un geste surérogatoire équivaudrait à relancer une relation de confiance. Il n'empêche que l'on peut y déceler le décalage, le décentrement, propre à la *reconnaissance* de l'autre, ouvrant la porte à un premier pas qui trace le sillon d'une potentielle relation de confiance (nous y reviendrons plus en profondeur dans le chapitre dédié aux médiateurs, cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 3.3). En d'autres termes, si le geste de Monsieur M. ne garantit aucunement qu'une relation de confiance puisse se nouer, il ouvre la porte à la possibilité d'une relation autre que celle cherchant à maximiser le profit individuel. Ce faisant, Monsieur M se décale d'une attitude strictement méfiante vis-à-vis de Madame D. C'est en ce sens que, lorsque l'on parle de méfiance et de confiance interpersonnelle, *l'attitude* devient une composante essentielle du jugement.

Mais l'on pourra toujours rétorquer qu'il ne s'agit pas d'une authentique vulnérabilité (puisque soutenue par le magistrat) et qu'en réalité, Monsieur M. fait preuve d'une attitude de retenue stratégique afin d'obtenir gain de cause. On pourrait en effet faire l'hypothèse que Monsieur M. *se présente comme* s'il était ouvert à la coparentalité et au partage de l'autorité parentale, alors qu'en réalité effectue ce geste, qui force le mérite et le respect, uniquement afin d'en tirer des gains personnels (parmi lesquels l'autorité parentale exclusive, qu'il finira d'ailleurs par obtenir). Étant donné les informations de seconde main dont nous disposons, nous ne pouvons bien évidemment pas trancher sur ce point. Mais là n'est pas la question. L'essentiel est que le magistrat doit, lui, évaluer la fiabilité des justiciables à partir de leurs *comportements*, de leurs *attitudes*, et de leurs *présentations de soi*. Ce sont précisément les sources qui fondent la confiance interpersonnelle. La confiance interpersonnelle se base en effet sur l'évaluation de la fiabilité d'autrui en fonction « de la personnalité qu'il a présentée et manifestée socialement comme sienne »[482], et opère à travers une « auto-présentation sélective qui offre aux autres des bases pour la formation de la confiance et la normalisation des attentes de continuité »[483]. Ces attitudes, ces comportements et ces formes de présentation de soi ont donc des répercussions à deux niveaux : celui de la perception mutuelle entre les justiciables mais également celui de

[482] *Ibid.*, p. 43.
[483] *Ibid.*, p. 44.

l'évaluation de la fiabilité des justiciables et de la relation qui les lie du point de vue du magistrat.

C'est dire que si les justiciables s'en remettent aux magistrats suite à une rupture de confiance interpersonnelle, on peut également observer la relation inverse : le magistrat s'en remet en définitive aux justiciables pour résoudre le conflit. La mise à l'épreuve des parents au fil des audiences du cas polonais est évocatrice à cet égard. Il ne faut pas perdre de vue que ce ne sont pas moins de quatorze audiences étalées sur plus de trois années durant lesquelles le litige fit l'objet d'un suivi du magistrat en question. Cependant, si le magistrat s'en remet effectivement aux justiciables, *on ne peut pas pour autant affirmer que le juge témoigne sa confiance* vis-à-vis des justiciables. Il faut en effet distinguer la croyance en la fiabilité d'une personne et la confiance à proprement parler, le fait de considérer quelqu'un comme digne de confiance et accorder sa confiance à quelqu'un. Comme le dit L. Quéré : « Croire que telle personne est fiable, loyale, digne de confiance, ou encore être sûr d'elle, est une chose, lui faire confiance en est une autre. Dans le premier cas, il s'agit d'une croyance générale portant sur une disposition ; dans le second, d'un acte, d'un engagement particulier »[484]. Un des aspects qui distinguent la confiance de la fiabilité (au-delà du fait que la seconde n'est qu'une catégorie cognitive à l'inverse de la première) réside dans le fait que la confiance implique une loyauté, ce qui n'est pas le cas de la fiabilité :

> « Une personne est fiable pour autant que l'on sait qu'on peut compter régulièrement sur elle pour réaliser une tâche déterminée […] pour tenir un engagement ou pour ne pas se montrer désinvolte dans un engagement conjoint. […] Est-elle pour autant digne de confiance ? Pas nécessairement. La confiance exige quelque chose d'autre, qui est de l'ordre de l'absence de doute sur la loyauté de l'autre vis-à-vis de soi, dans une situation où l'on s'en remet à lui du soin de quelque chose à quoi on attache une plus ou moins grande valeur »[485].

C'est également au niveau du non-accomplissement des rôles que se distinguent confiance et fiabilité, puisque la déception d'une fiabilité peut résulter en de simples attentes déçues, alors que seule la déception de la confiance peut réellement impliquer une trahison interpersonnelle[486].

---

[484] QUÉRÉ Louis, « La structure cognitive et normative de la confiance », *op. cit.*, p. 40.
[485] QUÉRÉ Louis, « Confiance et engagement », dans Albert OGIEN et Louis QUÉRÉ (dir.), *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 136.
[486] *Ibid.*

Cela revient à avancer que le magistrat effectue un suivi des parents afin d'évaluer la fiabilité des justiciables et, partant, la possibilité de s'en remettre à eux. S'en remettre aux justiciables, c'est en définitive l'horizon de l'action du magistrat : il est de son ressort qu'ils deviennent à nouveau responsables de la coordination de leur action, sans l'intervention directe d'un tiers au nom du droit. Il n'est peut-être pourtant pas uniquement question d'une fiabilité des justiciables eux-mêmes, mais bien également de l'évaluation de la fiabilité du *lien* qui les unis, dans leur capacité à se faire confiance mutuellement, puisqu'il en va de l'accomplissement d'une coparentalité apaisée.

Ce sont en effet ces éléments qui permettent au juge de considérer les justiciables et la relation qui les unit comme fiables, de leur remettre les clefs de la « souveraineté » de leur domaine privé, de leur royaume familial sans supervision judiciaire. Le fait de statuer par arrêts interlocutoires, mais également de statuer à titre provisoire, indique en effet que le juge met à l'épreuve les justiciables, afin de voir s'il peut se fier à leur capacité à la coparentalité ; ce qui équivaut ici à se départir d'une demande d'exclusivité, à mettre un terme à une relation conflictuelle et à s'orienter vers le dialogue et les accords intrafamiliaux plutôt que cadenasser le conflit dans une approche égoïste de la parentalité. Et, à terme, espérer que les parties puissent reconstruire une confiance en l'autre, afin de rétablir un ordre d'interaction qui ne requiert pas l'intervention d'un tiers judiciaire pour être régulée. On saisit en ce sens le rapport entre confiance et autonomie, favorisant un mode de régulation « interne » à la sphère familiale. La confiance n'est-elle pas en définitive ce mécanisme favorisant la production des normes privées, tacites, d'attentes réciproques qui vont tellement bien avec les injonctions actuelles à l'autonomie ? N'est-ce pas justement cette sortie de l'hétéronomie juridique qui semble devoir être remplacée par une autonomie des parties dans la définition de l'organisation familiale, de leur projet collectif et dans la gestion de leur parentalité ? C'est ce dont nous discuterons plus en détail dans le chapitre suivant (cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 1 et 3.7).

3 Conclusion

On l'a vu, l'action des juges, loin de constituer un bloc de pratique univoque, se décline donc selon les positions du juge requérant et du juge requis, le premier agissant avant tout comme garant de la confiance institutionnelle d'une communauté de confiance, tandis que le second endosse un rôle hybride, à mi-chemin entre enjeu juridictionnel et conflit familial, devant jongler entre diplomatie et coparentalité.

L'analyse du rôle du juge requis nous a permis de saisir que la confiance institutionnelle entre magistrats est marquée par une relation de délégation, puisque ce dernier, en ordonnant le retour de l'enfant, se met dans une position de dépendance volontaire vis-à-vis de son homologue étranger, s'en remet à son pouvoir discrétionnaire dans la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le retour immédiat fait alors figure de pari, dans un double sens : au niveau du cas, le juge fait le pari que l'enfant sera jugé selon ses attentes dans la juridiction étrangère, en termes de normes et de valeurs ; au niveau de la communauté de confiance, le juge fait le pari de la réciprocité, en ce sens qu'il attendra une confiance identique de son homologue étranger lorsque le cas contraire se présente. Ce faisant, nous avons montré que la confiance constitue une forme de gestion de l'incertitude pour le magistrat, mais également un processus structuré en trois temps, dans lequel la suspension de l'ignorance pour laisser place à l'action pratique était décisive afin d'ordonner un retour. Nous avons ensuite balisé des attitudes que le juge requis était susceptible d'adopter, allant du retour tranquille au réflexe national, du côté non problématique, et du protectionnisme des ressortissants nationaux au dilemme éthique lorsqu'une problématisation morale du cas se profile. Nous avons poursuivi en montrant que le magistrat use de la modalisation du retour comme moyen de concrétiser l'intérêt supérieur de l'enfant lors de l'exécution de sa décision, au-delà d'une simple présomption conventionnelle. Nous avons conclu cette première moitié de chapitre par une analyse de l'incidence du temps sur le traitement du litige pour le juge requis, ainsi que les limites de son action en regard de la problématique du déracinement de l'enfant.

Par ailleurs, nous nous sommes attardés dans la seconde moitié de ce chapitre sur le rôle hybride du juge requérant dont l'action se déploie entre sanction, diplomatie, et coparentalité. Nous avons mis en lumière les tensions qui président à sa pratique, entre d'une part, les visées normatives pénale et civile, mais également entre autorité parentale exclusive et coparentalité. Nous sommes alors entrés dans les finesses de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, en montrant que celui-ci était structuré par deux coordonnées principales, la coparentalité et la

non-conflictualité. L'exposition de l'étude de cas polonaise a permis à cet égard d'illustrer l'insistance du magistrat à dé-conflictualiser le conflit coûte que coûte, et à imposer une vision de la coparentalité idéale sans prendre en compte les obstacles concrets qui l'empêchent. Par ailleurs, il semble également que le choix des procédures judiciaires et le rapport au droit des justiciables puissent être retenus contre eux dans l'évaluation de leur capacité à la parentalité par le magistrat.

Ces considérations nous ont ramenées à notre problématique, mettant en lumière les relations entre droit et confiance sur base d'un cas empirique. Nous avons montré que le droit et la confiance, liés par une homologie fonctionnelle, s'agencent à la fois par une relation de délestage mutuelle et par une interdépendance : d'une part, lorsque la confiance interpersonnelle vient à être brisée par l'enlèvement, le droit prend le relais, et d'autre part, le droit organise la confiance en tant qu'arrière-plan sécurisant la prise de risque de la confiance interpersonnelle, particulièrement celle du contre-enlèvement. Cependant, nous avons également montré que le droit, par sa dynamique contradictoire, pouvait contribuer à alimenter la méfiance mutuelle entre les justiciables. Nous avons également balisé le cheminement de la méfiance mutuelle à la confiance interpersonnelle en montrant le caractère surérogatoire de la confiance, son fonctionnement par seuil et ses conditions d'émergences. Il apparaît dès lors que la confiance interpersonnelle est un mode de régulation particulièrement désirable en ce qu'il constitue un mode autonome de régulation de la famille, sans l'intervention du tiers public qu'incarne le juge.

Si le magistrat semble en définitive relativement démuni à favoriser une confiance interpersonnelle entre les justiciables, ne disposant que de l'arme morale du laïus et de l'outil juridique d'attribution des droits d'hébergement et de visite pour stabiliser la situation familiale, nous montrerons dans le prochain chapitre que le médiateur, aux prises avec les mêmes enjeux de fond, dispose pour sa part d'un répertoire d'actions différent et complémentaire à celui du magistrat. Nous investiguerons donc plus en profondeur l'affinité entre confiance interpersonnelle et coparentalité, ainsi que les étapes nécessaires à la conversion de la méfiance mutuelle en une confiance interpersonnelle, véritable travail d'artisanat auquel se consacre le médiateur.

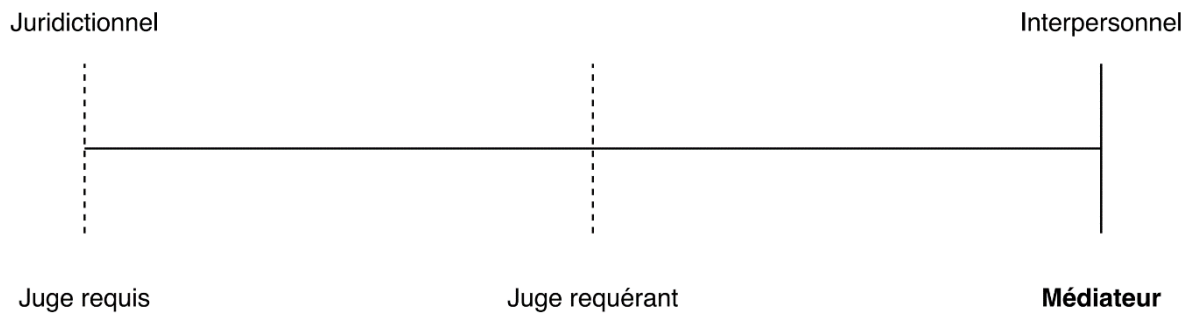
CHAPITRE II :

LE MÉDIATEUR FAMILIAL INTERNATIONAL : ARTISAN DE LA CONFIANCE INTERPERSONNELLE

En préambule, précisons le périmètre de notre analyse concernant la médiation familiale internationale. Il est en effet nécessaire de distinguer les types de médiations familiales internationales en fonction du caractère conventionné ou non conventionné du cas d'enlèvement parental international qu'elles traitent. Étant donné que le périmètre d'étude que nous nous sommes fixé dans ce travail doctoral se concentre sur le contentieux d'enlèvements conventionnés, nous tiendrons cette ligne d'étude pour notre analyse du médiateur également[487]. Gardons dès lors à l'esprit qu'il sera question ici uniquement du rôle, des pratiques, et de l'institutionnalisation de la médiation familiale internationale dans les cas d'enlèvements parentaux internationaux conventionnés.

À l'entame de ce nouveau chapitre, il apparaît également opportun de rappeler nos hypothèses de recherches : d'une part, *les juges et les médiateurs familiaux internationaux sont confrontés dans leurs pratiques à une dynamique potentiellement contradictoire, devant gérer simultanément enjeux de juridiction et enjeux interpersonnels* (H1); et, d'autre part, nous soutenons *qu'il existe une hiérarchie inversée dans l'ordre des priorités entre ces deux figures du tiers, en ce sens que les magistrats font passer au premier plan la mise en ordre des compétences juridictionnelles (s'il le faut aux dépens de la relation interpersonnelle), là où les médiateurs s'attachent avant tout à la stabilisation de la relation entre les parents, visant idéalement une coparentalité apaisée* (H2). En ce sens, c'est bien la figure du médiateur qui fera l'objet de ce chapitre, dont l'essentiel du travail se situe du côté du conflit interpersonnel, comme illustré ci-dessous.

[487] Il faut cependant noter que la médiation familiale internationale dans les cas hors convention consiste en une pratique moins structurée et formalisée que dans le cadre conventionnel, mêlant diplomatie et médiation, avec peu d'appuis juridiques.



C'est donc au travail du médiateur familial international, figure par excellence de la résolution du conflit interpersonnel, et artisan de la confiance interpersonnelle entre les parents que nous allons nous intéresser dans ce chapitre. Cependant, ces considérations ne feront l'objet que de la dernière section de ce chapitre (cf. *infra*, section 3), et ce, afin de rester cohérent dans l'exploration de nos hypothèses : nous chercherons d'abord à montrer que l'action du médiateur se déploie entre aspect juridictionnel et interpersonnel. Pour ce faire, nous développerons les implications de l'aspect juridictionnel sur la médiation familiale internationale de manière générale (cf. *infra*, section 2.5). Par contre, et il est essentiel de le souligner, nous ne traduirons pas *intégralement* nos hypothèses en termes de confiance comme nous l'avions fait dans le chapitre précédent. Et pour cause : si l'essentiel du travail relationnel des médiateurs se centre sur la favorisation d'une relation de confiance interpersonnelle entre les parents, *il faut en revanche constater l'absence d'enjeux de confiance institutionnelle entre médiateurs*. Cette assertion ne sera développée plus en profondeur qu'en fin de seconde partie du chapitre (cf. *infra*, 2.6), étant donné qu'il nous faudra au préalable caractériser la médiation familiale internationale afin de disposer des éléments propres à soutenir ce constat.

Nous procéderons donc en trois temps dans ce chapitre. En premier lieu, nous opérerons un décalage critique vis-à-vis de la médiation familiale internationale en la considérant à la fois comme un dispositif de soutien à la coparentalité mais aussi de normalisation de la famille (1). Dans la lignée des considérations sur la coparentalité que nous avons amorcée en fin d'analyse du juge requérant, nous appréhenderons plus systématiquement la parentalité comme problème public (1.1). Il s'agira de montrer que la médiation familiale internationale participe, dans cette nouvelle politique familiale, d'un façonnement des familles vers un idéal de coparentalité positive (1.2), que ce soit en vertu de normes juridiques explicites ou de normes implicites mobilisées par les médiateurs (1.3).

Dans un second temps, nous caractériserons la médiation familiale internationale dans son rapport au droit (2). Nous entamerons l'analyse par un état des lieux du développement de la médiation familiale internationale (2.1), pour nous attarder ensuite sur l'ambivalence de la relation entre droit et médiation, puisque cette dernière se bâtit *sur* les limites – au sens d'insuffisances – du droit (2.2) et *dans* les limites – au sens de périmètre – du droit (2.4). Cependant, nous montrerons également que la médiation présente à son tour des limites à pallier les insuffisances du droit (2.3). Nous conclurons en mettant à profit la caractérisation de la médiation familiale internationale réalisée dans cette section, d'une part en montrant l'influence du caractère juridictionnel du litige sur la médiation (2.5) et, d'autre part, en discutant de l'absence d'enjeux de confiance institutionnelle entre les médiateurs familiaux internationaux (2.6).

Le troisième volet d'analyse cherchera à saisir, tout au long du parcours de médiation, les étapes qui mènent d'une méfiance mutuelle entre parties à une confiance interpersonnelle entre parents (3) : nous explorerons, tout d'abord, l'entrée en médiation, moment où le médiateur mise sur l'engagement des parties et tente de gagner la confiance des médiés (3.1). L'exploration de ce parcours se poursuivra par la caractérisation de l'usage de l'intérêt supérieur de l'enfant par le médiateur, en tant que moyen servant à désamorcer les méfiances mutuelles par un décentrement du conflit conjugal vers la figure positive de l'enfant (3.2). Il s'agira ensuite pour le médiateur de défaire les identités judiciaires des médiés, structurées dans une relation victime-coupable, en essayant de favoriser la reconnaissance mutuelle des parties en tant que parents (3.3), puis de sécuriser l'entame vulnérable d'une relation de confiance en cadrant les conditions de dialogues par des règles procédurales précises (3.4). Nous poursuivrons par des considérations sur l'accord écrit en tant qu'élément phare d'inscription de la confiance dans le réel (3.5), pour clore enfin le parcours de médiation en nous concentrant sur le suivi et l'accompagnement des familles (3.6). Nous conclurons cette section en faisant saillir des pistes d'explication de la supériorité de la confiance par rapport à d'autres modes de régulation sociale, au premier titre desquels la méfiance et l'obéissance aux règles (3.7).

1 La médiation familiale internationale : un dispositif au service de la coparentalité

La médiation familiale interne[488] a fait l'objet d'un nombre prolifique de publications, d'abord à teneur majoritairement laudative par les praticiens eux-mêmes, puis par des chercheurs l'abordant progressivement avec un recul critique[489]. La médiation familiale *internationale*, plus récente, semble à ce stade faire l'objet de ce même traitement initialement élogieux. Son corpus d'analyse beaucoup plus restreint ne fait par contre l'objet d'un intérêt *que* par des praticiens ou des promoteurs de la pratique[490]. L'analyse la plus fouillée et complète de la médiation familiale internationale à ce jour est sans aucun doute *La médiation familiale internationale* de D. Ganancia, magistrat, praticienne et instigatrice d'un programme de médiation à l'échelle internationale depuis la France[491]. Cet ouvrage, entre guide pratique riche en témoignages et opuscule théorique, nous servira à la fois de matériau de recherche et de jalons de discussion de cette nouvelle pratique. Cependant, face aux voix presque unanimement favorables et face aux espoirs et aux aspirations quelque peu démesurés qui semblent se loger dans la médiation familiale internationale, il est d'abord nécessaire d'opérer une mise à distance critique afin d'appréhender le phénomène avec prudence. Loin de vouloir mésestimer la

[488] Nous userons de manière équivalente la notion de médiation familiale interne, domestique, et nationale pour désigner la médiation familiale classique, qui se déploie dans le cadre national et ne comporte pas d'élément d'extranéité – à l'inverse de la médiation familiale internationale, donc.

[489] Parmi ces voix critiques, voire particulièrement celles de DE MUNCK Jean, « Le pluralisme des modèles de justice », dans Antoine GARAPON et Denis SALAS (dir.), *La justice des mineurs*, LGDJ-Bruylant., Paris, 1994, p. 91-138 ; BASTARD Benoit, « Mais à qui profite la médiation familiale ? », *Dialogue*, vol. 170, nº 4, 2005, p. 65-80 ; FAGET Jacques, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*, Érès., Toulouse, 2010 ; FAGET Jacques, « La médiation familiale en tension. Réflexions sur le cas français », *R.I.E.J.*, vol. 1, nº 84, 2020, p. 179-195 ; CARTUYVELS Yves et BERNARD Diane, « Introduction », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 84, nº 1, 2020, p. 73-80.

[490] Voyez parmi d'autres contributions : GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.* ; VAN KOTE Agnès, « La médiation familiale internationale: Des applications en évolution, une identité professionnelle en construction », *Empan*, vol. 72, nº 4, 2008, p. 54-60 ; BUCK Trevor, *An evaluation of the long-term effectiveness of mediation in cases of international parental child abduction*, Reunite, 2012 ; PALI Brunilda et VOET Sandra, *Family mediation in international family conflicts: The European context*, Leuven: Institute of Criminology, Katholieke Universiteit Leuven, 2009 ; STALFORD Helen, « Crossing boundaries: reconciling law, culture and values in international family mediation », *Journal of Social Welfare & Family Law*, vol. 32, nº 2, 2010, p. 155-168 ; VIGERS Sarah, *Mediating International Child Abduction Cases: The Hague Convention*, Oxford, UK, Hart Publishing, 2011 ; KUCINSKI Melissa A., « The Delicate Art of Mediating International Parental Child Abduction Cases », *Disp. Resol. Mag.*, vol. 20, 2013, p. 18-22 ; KUCINSKI Melissa A., « The pitfalls and possibilities of using technology in mediating cross-border child custody cases », *J. Disp. Resol.*, vol. 2, nº 4, 2010, p. 297-325 ; ALANEN Julia, « When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense », *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 40, nº 1, 2008, p. 49-108 ; MARTIN Nuria Gonzalez, « International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview », *Family Law Quarterly*, vol. 48, nº 2, 2014, p. 319-350.

[491] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*

pratique ou d'en réduire la pertinence et l'efficacité d'emblée, ni même l'ardeur réelle avec lesquels les praticiens adhèrent aux idéaux de la médiation, notre posture pourra être qualifiée de sympathie critique pour la médiation familiale internationale[492]. Ceci semble d'autant plus nécessaire que, comme ce fut le cas aux débuts de la médiation familiale interne, les discours sur la médiation familiale internationale sont « empreints d'angélisme » et ses promoteurs font preuve d'une « ardeur prosélyte » dont il est judicieux de se mettre à distance, afin de ne pas souscrire implicitement à une forme « d'idéologie de la médiation »[493].

La meilleure manière d'opérer cette mise à distance consiste à notre avis à saisir la médiation familiale internationale comme étant à la fois un *dispositif de soutien à la (co)parentalité positive et de normalisation de la famille*. En médiation familiale comme en médiation familiale internationale, c'est alors l'exigence de *continuité* du lien parental par-delà la séparation conjugale qui justifie et nécessite l'intervention de la médiation[494]. Cette perspective importe d'autant plus que, comme nous l'avions esquissé auparavant (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 3), la confiance interpersonnelle représente le mode de régulation idéal de la coparentalité positive dans son autonomie relative vis-à-vis de l'État. Nous y reviendrons (cf. *infra*, 3.7).

1.1 La parentalité comme problème public

S'il excède notre périmètre d'analyse de revenir en détail sur les transformations familiales majeures ayant donné lieu aux modèles familiaux égalitaires et associatifs[495], mais aussi sur le passage d'une institution familiale définie par la parenté à un modèle familial qui se déploie

[492] Nous empruntons cette formule à CHARLES Julien, FERRERAS Isabelle et LAMINE Auriane, « Enquêter en sympathie critique. Défis pour le chercheur ».
[493] FAGET Jacques, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*, *op. cit.*, p. 28.
[494] CARDIA-VONÈCHE Laura et BASTARD Benoit, « La médiation familiale : une pratique en avance sur son temps ? », *Recherches et prévisions*, vol. 70, nº 1, 2002, p. 25.
[495] Cette métamorphose implique le passage d'un régime familial traditionnel selon lequel le mariage incarne le lien indéfectible de l'institution et les rôles sont définis statutairement en fonction d'une division sexuée du travail domestique, à un régime où l'autonomie de la volonté prime sur une institution familiale préétablie et verticalement imposée, où la conjugalité dure le temps de l'amour, et où le lien indéfectible et crucial, l'ossature même de la famille, devient la filiation. À l'indissolubilité du mariage se substitue donc l'indissolubilité de la filiation. Il est parfois fait référence à ce glissement de l'institution sous le vocable de « démariage » qui indique également une démocratisation de la sphère privée. Ce mouvement, ce glissement, se répercute bien évidemment sur le droit familial qui doit composer avec ces coordonnées nouvelles de la famille, au premier titre desquelles la hausse des divorces et le déclin du mariage, ainsi que la diversification des configurations familiales au gré des (pluri)parentalités, ce qui implique la nécessité d'une contextualisation de l'action judiciaire. Voir pour plus de détails sur ces transformations les ouvrages classiques en la matière : THÉRY Irène, *Le démariage: justice et vie privée*, *op. cit.* ; ROUSSEL Louis, *La famille incertaine*, Odile Jacob., Paris, 1989 ; DE SINGLY François, *Le soi, le couple et la famille*, Paris, Nathan, 1996.

dans la diversité et l'incertitude de la (pluri)parentalité[496], il nous semble cependant important de saisir les mutations des modes d'intervention étatique dans la sphère privée, parmi lesquels les *dispositifs de soutien à la parentalité* (enquête sociale, placement, médiation, etc.) font office de parangon de l'action publique contemporaine en matière familiale.

Ce qui nous intéresse donc ici au premier plan, ce sont moins les transformations familiales en elles-mêmes (ou les causes qui leur ont été attribuées) que l'apparition de la thématique de la *parentalité comme problème public*[497], c'est-à-dire un fait social ordinaire « transformé en enjeu de débat public et/ou d'intervention étatique »[498]. Comme l'indique C. Martin, citant F. Furedi, ce « *turn to parenting* »[499] de la politique familiale, prend la parentalité comme objet privilégié de l'intervention étatique et opère dans le même temps une responsabilisation inédite des parents en tant que source de problèmes sociaux majeurs :

> « Le « parentage » (*parenting*) est devenu l'une des questions les plus vivement débattues du 21ème siècle. Si la culture occidentale attache une telle importance au *parenting*, c'est qu'il est considéré potentiellement comme la source de tous les problèmes sociaux qui affectent nos communautés. Une parentalité défaillante, de faible qualité (*Poor parenting*), ou l'absence de ce qu'on appelle des compétences parentales, est tenue pour responsable de l'élevage d'enfants dysfonctionnels qui, par la suite, deviennent des adultes inadaptés. Suivant cette perspective fataliste, le déficit de compétence parentale (*parenting deficit*) est accusé d'être la cause des problèmes de santé mentale des enfants, des difficultés éducatives, des comportements antisociaux et des faibles capacités de faire face (*coping*) ; les conséquences destructrices de cette mauvaise parentalité produisant leurs effets tout au long de la vie d'un individu »[500].

---

[496] FINE Agnès, « Vers une reconnaissance de la pluriparentalité? », *Esprit*, vol. 273, nº 3, 2001, p. 40–52 ; MARQUET Jacques, « Couple parental – couple conjugal, multiparenté – multiparentalité: Réflexions sur la nomination des transformations de la famille contemporaine », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, vol. 41, nº 2, 2010, p. 51-74 ; LE GALL Didier et BETTAHAR Yamina, *La pluriparentalité*, Paris, PUF, 2001.

[497] NEVEU Erik, « L'approche constructiviste des "problèmes publics". Un aperçu des travaux anglo-saxons », *Études de communication. Langages, information, médiations*, , nº 22, 1999, p. 41–58 ; CEFAÏ Daniel, « La construction des problèmes publics. Définitions de situations dans des arènes publiques », *Réseaux*, vol. 14, nº 75, 1996, p. 43-66 ; MARTIN Claude, « Mais que font les parents? Construction d'un problème public », dans Claude MARTIN (dir.), *« Être un bon parent »: une injonction contemporaine*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2014, p. 9-30.

[498] NEVEU Erik, « L'approche constructiviste des "problèmes publics". Un aperçu des travaux anglo-saxons », *op. cit.*, p. 41.

[499] KNIJN T. et HOPMAN M., « The turn to parenting in four European Welfare states », *nternational Journal of Child Care and Education Policy*, vol. 9, nº 10, 2015, p. 1-17 ; NEYRAND Gérard, « D'une politique de la famille à une politique de la parentalité », *Analele Universităţii din Bucureşti. Seria Ştiinţe Politice*, vol. 17, nº 1, 2015, p. 19–24.

[500] MARTIN Claude, « La pensée positive au service de la parentalité, ou l'inverse? », *Spirale*, vol. 91, nº 3, 2019, p. 68.

S'ensuit dès lors une sur-responsabilisation de la fonction parentale, alors même que les parents disposent de moins de temps à consacrer à la parentalité qu'auparavant, particulièrement suite à l'accession des femmes au marché de l'emploi[501]. En ce sens, certains auteurs[502] interprètent ces nouveaux programmes d'accompagnement de la parentalité comme « l'expression de politiques sociales néolibérales, correspondant à une sorte de défausse sur les parents de la cause des problèmes sociaux auxquels font face les sociétés post-industrielles »[503]. C'est dire alors que la « condition parentale » ne peut se réduire aux transformations familiales contemporaines sans se rapporter plus largement aux conditions socio-économiques qui l'informent, particulièrement les mutations des conditions de travail et d'emploi :

> « La 'condition parentale', au sens des conditions dans lesquelles les parents exercent leur rôle, a considérablement évolué au cours des dernières décennies. Pour en prendre la mesure, on se réfère souvent aux importants changements sociodémographiques qui ont eu lieu depuis la fin des années 1960, aussi bien en matière de fécondité, de nuptialité que de divorce. Mais la source de ces évolutions de la condition parentale n'est pas là, nichée au cœur de la famille, mais bien davantage du côté, d'une part, des mutations des conditions de travail et d'emploi - féminisation du marché du travail ; transformation des rythmes et horaires de l'activité avec leur impact sur les relations de genre ; précarisation et flexibilisation des emplois, en particulier pour les nouvelles générations -, et d'autre part, des réformes de l'État social, notamment en matière de conciliation vie familiale / vie professionnelle et de prise en charge de la petite enfance »[504].

L'attention accrue des politiques publiques sur la parentalité contribuerait donc à faire peser le poids de la responsabilité des problèmes sociaux sur les seules épaules des parents. C'est en ce sens que la médiation familiale (internationale) contribue dans une certaine mesure à l'individualisation de la responsabilité de problèmes politiques. Certains auteurs en concluent même que « l'homme postmoderne sera un parent responsable »[505]. La médiation familiale

[501] Particulièrement compte tenu de l'accès accru des femmes au marché du travail.
[502] RICHTER Martina et ANDRESEN Sabine, *The politicization of parenthood: Shifting private and public responsibilities in education and child rearing*, Netherlands, Springer Science & Business Media, 2012 ; HARTAS Dimitra, *Parenting, family policy and children's well-being in an unequal society: a new culture war for parents*, UK, Palgrave MacMillan, 2014 ; HENNUM Nicole, « Developing child-centered social policies: When professionalism takes over », *Social sciences*, vol. 3, nº 3, 2014, p. 441–459.
[503] MARTIN Claude, CAMPÉON Arnaud, KEPPENS Delphine et ROTHÉ Céline, *Gouverner les « nouveaux risques sociaux » : le cas des politiques en direction de l'enfance et de la parentalité dans les systèmes de protection sociale européens*, 2014, p. 20.
[504] MARTIN Claude, « Mais que font les parents? Construction d'un problème public », *op. cit.*, p. 1.
[505] CHAUVIÈRE Michel, « La parentalité comme catégorie de l'action publique », *op. cit.*, p. 27.

(internationale), « auxiliaire de l'action publique [506]», participe de ce « *turn to parenting* »[507] de la politique familiale et contribue ce faisant à redéfinir les relations entre l'État et la sphère privée. Il semblerait en effet que ce mode d'intervention publique, à destination des parents proprement dits, « substitue alors le "parentalisme" aux référentiels antérieurs de l'action publique (familialisme, individualisme, féminisme) »[508].

1.2 La médiation comme dispositif au service de la coparentalité positive

S'il paraissait nécessaire d'opérer cette contextualisation afin de ne pas se laisser porter par le discours laudatif développé par les praticiens de la médiation familiale internationale, nous ne pouvons cependant approfondir les transformations socio-économiques en rapport à cette nouvelle condition parentale, qui débordent largement notre objet. Recentrons dès lors notre focale sur la médiation en tant que dispositif particulier de promotion de la coparentalité dans un contexte de responsabilisation des parents. En effet, il est clair que l'on ne peut considérer la médiation familiale internationale comme un outil neutre et décontextualisé : à l'image de la médiation familiale interne, la médiation familiale internationale s'apparente à un dispositif de « soutien à la parentalité », mais aussi de « normalisation des fonctionnements familiaux et de promotion de la coparentalité »[509]. Ce modèle « d'activation douce »[510] des compétences parentales et d'accompagnement des transformations familiales contemporaines contribue en effet, selon certains auteurs, à instaurer un ordre familial hétéronormatif et genré, les familles qui en dévient devenant dès lors considérées « à risque »[511]. S'ajoute à cela une focalisation de l'action de contrôle au nom de la parentalité sur les populations les moins dotées, disposant de surcroît de moins de ressources pour faire face à l'intrusion de l'action extérieure dans la sphère privée[512].

---

[506] DE MUNCK Jean, « Pour une critique de la raison procédurale », dans D. MERCURE (dir.), *Une société-monde ? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Laval, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 119.
[507] KNIJN T. et HOPMAN M., « The turn to parenting in four European Welfare states », *op. cit.* ; NEYRAND Gérard, « D'une politique de la famille à une politique de la parentalité », *op. cit.*
[508] MARTIN Claude, CAMPÉON Arnaud, KEPPENS Delphine et ROTHÉ Céline, *Gouverner les « nouveaux risques sociaux » : le cas des politiques en direction de l'enfance et de la parentalité dans les systèmes de protection sociale européens*, *op. cit.*, p. 19.
[509] BASTARD Benoit, « Médiation familiale: une profession qui peine à trouver son public », *Informations sociales*, vol. 170, nº 2, 2012, p. 72 ; D'URSEL Damien, « Replacer la médiation familiale dans un contexte historique et culturel », *Journal du Droit des Jeunes*, vol. 234, 2004, p. 25–34.
[510] CARDI Coline, « Les habits neufs du familialisme », *op. cit.*, p. 14.
[511] *Ibid.*, p. 19 ; MINOC Julie, « (Dés)ordres familiaux à la loupe. Les normes maternelles et paternelles au prisme de l'enquête sociale », *op. cit.*, p. 84.
[512] MINOC Julie, « (Dés)ordres familiaux à la loupe. Les normes maternelles et paternelles au prisme de l'enquête sociale », *op. cit.*, p. 75.

Ce n'est cependant pas n'importe quelle parentalité qui est privilégiée et poursuivie par les médiateurs familiaux internationaux et plus généralement par les politiques de la famille : il s'agit de promouvoir et de soutenir la *parentalité positive,* comme l'indique C. Martin[513]. Cette parentalité positive, relèverait, selon cet auteur, d'une parentalité pétrie par les injonctions d'un mouvement général de promotion du bien-être et du bonheur, selon lequel la poursuite de la vie bonne est affaire individuelle et non collective[514]. Ceci n'est pas sans rappeler la formule du juge en charge du cas polonais (cf. *supra,* deuxième partie, chapitre I, 2.5) : « est-ce que je veux avoir raison ou est-ce que je veux être heureux? Est-ce que je veux vivre en victime ou vivre l'amour, même imparfait ? ». Il semblerait bien, dans le cas de la médiation familiale internationale, que ce ne soit pas tant la coparentalité qui soit désirable et promue que la *coparentalité positive*, qui fait office d'idéal relationnel à atteindre.

Il est donc essentiel de saisir que la médiation familiale, comme la médiation familiale internationale, cherche non seulement à soutenir un idéal de coparentalité positive, qui implique cette « obligation de s'entendre », quelle que soit la situation conjugale des parents[515], mais aussi et surtout d'assurer *l'autonomie* croissante des personnes dans la gestion de leur vie privée. La stricte « imposition exogène des valeurs du privé »[516] ne peut servir ici de mode d'action politique satisfaisante. Il s'agit en effet pour la médiation familiale internationale de « proposer des modes d'intervention qui visent l'autonomie des individus 'partenaires' »[517], en phase avec un modèle de famille égalitaire et transfrontière[518]. Comme le résume justement B. Bastard concernant la médiation familiale en général :

> « À la faveur et en raison de l'accroissement de l'instabilité conjugale, se profile ainsi un modèle particulier, et rigide, du fonctionnement du couple et de la famille. Tout se passe comme s'il était attendu des parents qu'ils s'inscrivent dans un modèle familial de type contractuel, tant parce que ce modèle correspond à la conception dominante d'individualisation et de privatisation des rapports familiaux, que parce qu'il est le seul qui peut accomplir, en cas de séparation, la « quadrature du cercle » : obtenir que les individus puissent suivre leurs choix

[513] MARTIN Claude, « La pensée positive au service de la parentalité, ou l'inverse? », *op. cit.*, p. 63.
[514] MARTIN Claude, « La pensée positive au service de la parentalité, ou l'inverse? », *op. cit.* ; ILLOUZ Eva et CABANAS Edgar, *Happycratie. Comment l'industrie du bonheur a pris le contrôle de nos vies*, Premier parallèle, 2018.
[515] BASTARD Benoit, « Mais à qui profite la médiation familiale ? », *op. cit.*, p. 68.
[516] COMMAILLE Jacques, « La famille, l'état, le politique: une nouvelle économie des valeurs », *Informations sociales*, vol. 136, nº 8, 2006, p. 101.
[517] CARDI Coline, « Les habits neufs du familialisme », *op. cit.*, p. 14.
[518] C'est ce qu'indique sans ambiguïté une brochure de promotion de la médiation du réseau MIKK, titrée « afin que les parents restent des partenaires ».

> affectifs et « vivre leur vie », tout en garantissant le maintien des relations des enfants avec chacun de leurs deux parents sur le plan pratique, psychologique ou économique »[519].

La médiation familiale relève d'un mode d'intervention sur la parentalité qui cherche effectivement à promouvoir l'autonomie des individus, leur *empowerment*, et ce faisant encourage le travail des parties sur leur identité et l'auto-réformation de leurs relations, particulièrement en ce qui concerne la coparentalité positive, comme nous l'avions également mentionné lors du cas polonais dans le chapitre précédent (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 2.5). Certains auteurs, d'inspiration foucaldienne, y voient alors un instrument de gouvernement et de normalisation des subjectivités :

> "[…] by intervening in the 'private sphere' of attachments and family bonding, these institutions not only police emotions, they also encourage individuals to transform the relationships they have with themselves and others, by modifying behaviors, practices and affects in adherence with a core of new beliefs the individuals themselves consider to be of superior value. As such, institutional policies disseminate a specific ethics requiring self-transformation and auto-regulation, and analyzing this process can shed light not only on current power relations but also on the mechanisms at work in producing contemporary subjectivities »[520].

La médiation familiale internationale s'apparente en définitive à un dispositif de régulation de l'autorégulation de la sphère privée en contexte transnational, qui poursuit un idéal de coparentalité positive misant sur la transformation des comportements, des pratiques et des affects des médiés. Si la coparentalité *positive* nous intéresse ici, c'est parce qu'elle incarne la forme d'autorégulation de la sphère privée la plus valorisée, et qu'elle procède par une confiance interpersonnelle entre les parents (nous y reviendrons, cf. *infra*, deuxième partie, chapitre II, 3.7). Si le médiateur familial international cherche à réduire les méfiances au profit d'une confiance mutuelle dans la sphère privée, c'est directement en lien avec la poursuite de la coparentalité positive comme idéal apaisé et autonome de l'organisation de la sphère familiale.

[519] BASTARD Benoit, « Mais à qui profite la médiation familiale ? », *op. cit.*, p. 68-69.
[520] ROUX Sébastien et VOZARI Anne-Sophie, « Parents at their best: The ethopolitics of family bonding in France », *Ethnography*, vol. 19, nº 1, 2018, p. 18-19.

1.3 La coparentalité entre norme juridique et norme implicite

Il faut encore souligner que la poursuite de la coparentalité se justifie également par des normes juridiques, au premier titre desquelles les droits de l'enfant et les droits fondamentaux, où la médiation familiale internationale puise une source de légitimité et de reconnaissance aux yeux des institutions judiciaires et politiques. En effet, la médiation familiale internationale se constitue explicitement comme une pratique qui chercher à promouvoir et à matérialiser les dispositions de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant (articles 9, 10 et 11)[521], de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH, article 8, droit au respect de la vie privée et familiale) et de la Charte européenne des droits fondamentaux (article 24)[522].

Comme l'indique D. Ganancia :

> « Lorsque les parents vivent ou projettent de vivre dans deux États différents, l'axe de la médiation familiale internationale, comme celui de la médiation 'interne', est le maintien du lien de l'enfant à ses deux parents. On pourrait objecter que ce but n'est pas 'neutre' puisqu'il présuppose une finalité. Il accompagne pourtant la norme désormais posée non seulement en France, mais également à l'échelon international : la Convention internationale sur les droits de l'enfant stipule dans son article 10 qui concerne les situations internationales : 'Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents.' La même norme est posée par la Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles et la Charte européenne des droits fondamentaux »[523].

On voit effectivement que ces référents normatifs arrimés aux droits fondamentaux sont explicitement mis en avant, qu'ils balisent à la fois les coordonnées normatives de l'action des

[521] Article 9, point 3 : « Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant » ; Article 10, point 2 : « Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents ».

[522] L'article 24 énonce que : « 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. 2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. 3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ».

[523] D. GANANCIA, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 46.

médiateurs et accroissent la légitimité de l'institutionnalisation de la médiation, puisque celle-ci poursuit, par d'autres moyens, les mêmes fins que l'institution judiciaire.

L'adhésion des médiateurs à la coparentalité n'est toutefois pas nécessairement justifiée explicitement en référence aux conventions internationales et aux droits fondamentaux, mais renvoie également à un parti pris pour un modèle familial :

> « Je soutiens la coparentalité avant tout. J'y crois en fait. Dans les cas que j'ai eus. Maintenant si je sens que vraiment il y a un parent qui veut couper tout lien… En tout cas le lien entre les parents et les enfants, je garde d'office. La coparentalité, ça me paraît être essentiel. J'essaie quand même que ça se mette en place. En tout cas redonner confiance là-dedans. C'est pas parce qu'il y a eu l'enlèvement, qui est un passage à l'acte quand même dommageable, que c'est plus possible de pouvoir s'entendre et de discuter. J'essaie de favoriser ça. C'est peut-être idéaliste, mais… » (M3).

Dès lors, si la médiation familiale internationale tire une part de sa légitimité de sa référence aux droits fondamentaux, cela n'implique pas que les droits fondamentaux soient nécessairement la source normative explicite de l'adhésion des médiateurs à la coparentalité. En effet, la médiation familiale (internationale) n'est pas exempte de *normes implicites* (qui font référence à un modèle de l'individu et de la famille)[524] qui débordent très largement les aspects strictement légaux et qui peuvent même s'apparenter à une idéologie de la coparentalité. Ce médiateur souligne effectivement qu'il perçoit une telle idéologie de la coparentalité, excédant les prescriptions en matière de droits fondamentaux :

> « Je suis par conviction philosophique et stratégiquement défenseur d'une version minimaliste de la coparentalité. Philosophiquement, je crois que les enfants n'ont pas besoin que les parents communiquent entre eux : ils ont surtout besoin que les parents ne se dénigrent pas l'un l'autre, premièrement. Deuxièmement, je ne crois pas du tout que l'hébergement alterné égalitaire soit la meilleure solution. Ça c'est vraiment une idéologie de l'époque actuelle. En fait ces idéologies sont souvent soutenues par les médiateurs de manière inconsciente et rigide et puissante, et pas juridique en fait : pas fondé en droit, parce que le droit ne va pas aussi loin que ça, heureusement » (M1).

En ce sens, l'adhésion à la coparentalité semble également s'incorporer sous forme de normes implicites, sans égard à un référent juridique, mais bien plutôt sous la forme d'une idéologie de

[524] SERVAIS Christine, « Modéliser la médiation : une pratique de la théorie », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 84, nº 1, 2020, p. 117.

la coparentalité qui déborde en définitive les prescriptions légales en la matière. C'est dire que la médiation impose également un ordre moral familial implicite qui incite à l'auto-réformation des parents vers une coparentalité positive[525].

Malgré les critiques exposées ci-dessus, il est certain que la médiation familiale internationale serve dans une certaine mesure à la résolution des conflits familiaux transfrontières. Dans les cas d'enlèvements parentaux internationaux, des indices attestent effectivement que la médiation est à même de réduire la conflictualité des couples, de limiter le recours aux procédures judiciaires subséquentes à l'obtention d'un accord, de sécuriser les contacts et de satisfaire une majorité des parents passés en médiation[526]. Soyons clairs : il n'est pas ici question de trancher du bien-fondé ou non de la médiation familiale internationale dans les cas d'enlèvements d'enfants, entre ce qui serait une pratique normalisatrice dangereuse ou un remède miracle palliant les insuffisances de l'adjudication. Notre ambition est ailleurs : compte tenu de la relative efficacité de la médiation familiale internationale, et au regard des modèles familiaux implicites qu'elle entend favoriser, il s'agit de comprendre le parcours de médiation comme étant le lieu du développement d'une relation de confiance souhaitée par les médiateurs, et parfois par les parents également. L'émergence de cette relation de confiance participe, d'une part, à l'efficacité de la médiation, en ce que la confiance est un mode d'autorégulation alternatif au droit (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 2.7), et, d'autre part, est en phase avec le modèle familial de coparentalité positive. Ces considérations feront l'objet de la troisième section de ce chapitre (cf. *infra*, 3). Il nous faut, cependant, auparavant caractériser la médiation familiale internationale en vertu de son rapport au droit.

[525] ROUX Sébastien et VOZARI Anne-Sophie, « Parents at their best: The ethopolitics of family bonding in France », *op. cit.*, p. 19.
[526] BUCK Trevor, *An evaluation of the long-term effectiveness of mediation in cases of international parental child abduction*, *op. cit.*, p. 8-11.

2 La médiation familiale internationale caractérisée par son rapport au droit

2.1 État des lieux du développement de la médiation familiale internationale

Les origines officielles de la médiation familiale internationale remontent en 1998[527], et particulièrement dans la Recommandation N°R (98)1 sur la Médiation Familiale du Comité des Ministres aux États Membres du Conseil de l'Europe, où réside la première référence explicite à la notion de médiation familiale internationale dans des textes officiels [528]. S'ensuit le Comité des ministres du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 qui prend acte de la Recommandation N°R (98)1 concernant la médiation familiale internationale, et en appelle à en matérialiser les dispositions par des initiatives concrètes[529]. Fort de cet intérêt affirmé de la part du Conseil de l'Europe, le mouvement prend de l'ampleur : dès 2005-2006, les premiers projets pilotes de médiation familiale internationale éclosent en France (« MAMIF »)[530], en Allemagne (« MiKK »)[531], ainsi qu'au Royaume-Uni (« REUNITE »)[532], mais aussi, bien que

[527] Les prémices de la médiation familiale internationale remontent encore plus loin : « Historiquement, la mise en place de dispositifs de médiation biculturelle dans le cadre d'enlèvement d'enfants visés par la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 remonte à une initiative binationale franco-allemande de médiation parlementaire. Afin de faciliter la résolution d'affaires d'enlèvement particulièrement difficiles impliquant des ressortissants allemands et français, les Ministres de la Justice de l'Allemagne et de la France ont décidé en 1998 de constituer un groupe de médiateurs parlementaires et de financer ses travaux. Formé de trois députés français et de trois députés allemands, dont un député du Parlement européen par nationalité, le groupe a commencé ses travaux en 1999. Les affaires étaient traitées en comédiation par un médiateur français et un médiateur allemand. En 2003, ce dispositif parlementaire a été remplacé par un dispositif faisant appel à des médiateurs professionnels des deux pays, qui a fonctionné jusqu'en 2006 » CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Médiation: guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, La Haye, La Conférence de la Haye de droit internationale privé, 2012, p. 70.

[528] https://rm.coe.int/16804ede1c, consulté pour la dernière fois le 28.08.20.

[529] Le Conseil Européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, énonce en son point 30 : « Le Conseil européen invite le Conseil à établir, sur la base de propositions de la Commission, des normes minimales garantissant un niveau approprié d'aide juridique pour les affaires transfrontalières dans l'ensemble de l'Union ainsi que des règles de procédure spéciales communes en vue de simplifier et d'accélérer le règlement des litiges transfrontaliers concernant les demandes de faible importance en matière civile et commerciale ainsi que les créances alimentaires, et les créances certaines. Les États membres devraient également mettre en place des procédures de substitution extrajudiciaires ».

[530] Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles qui a été créée au sein de la Direction des Affaires civiles et du Sceau du Ministère de la Justice en 2001, qui fut ensuite intégrée au Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale depuis 2007.

[531] MiKK.eV est un centre international de médiation pour conflits familiaux et enlèvements d'enfants qui a été pionniers dans des initiatives et le développement de dispositifs de médiation, encore actuellement proposés par l'organisation sans but lucratif allemande, tels que le projet germano-polonais (engagé en 2007), le projet germano-américain (entrepris en 2004), le projet germano-français poursuivant les travaux du dispositif de médiation franco-allemand organisé par les Ministères de la Justice français et allemand (2003-2006), le projet germano-britannique en coopération avec reunite (engagé en 2003-2004). https://www.mikk-ev.de/en/, consulté pour la dernière fois le 28.08.20.

[532] International Child Abduction Center. https://www.reunite.org/ consulté pour la dernière fois le 28.08.20.

plus tardivement, en Suisse avec le projet de médiation du Service Social International (SSI)[533], en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye. Le travail préparatoire de S. Vigers, lors de la Cinquième commission Spéciale sur la CLaH80 et la CLaH96 pose les premiers jalons des discussions de la médiation dans le cadre conventionnel[534]. Ces discussions donneront ensuite naissance à un ouvrage en 2011[535], lequel servira à son tour de base de travail pour la publication en 2012 du « Guide de bonne pratique en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants – Médiation » (ci-après « Guide Médiation »), rédigé par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye. Cette dernière publication synthétise les avancées en termes de pratiques de médiation dans le cadre conventionnel et son organisation harmonieuse avec les objectifs et les principes de la CLaH80.

Par ailleurs, la professionnalisation de la médiation familiale internationale semble bien frappée du même sort que celui de la médiation familiale nationale : d'une part, si elle se fraye progressivement un chemin propre en tant que métier, elle reste en quête d'une identité professionnelle distincte[536] ; d'autre part, son marché se crée par l'offre, c'est-à-dire par les professionnels, et peine à trouver son public[537]. Le développement de filières de formations et des réseaux susmentionnés est alors décisif dans cette dynamique de professionnalisation. En ce qui concerne la formation dans le monde francophone, la première filière spécialisée en médiation familiale internationale se crée en 2005 en Suisse, par deux médiatrices françaises : le CEMFI (Certificat Européen en Médiation Familiale Internationale). Deux autres formations voient le jour en 2011, l'une financée par l'Union européenne, le TIM (*Training in International Mediation*), puis le DEMFI (Diplôme européen en Médiation Familiale Internationale)[538]. Parallèlement au déploiement de l'offre de formation de médiation se constituent des réseaux

[533] Ce projet de développement de la médiation familiale internationale s'est étalé de 2010 à 2018, comprenant, le développement d'un réseau mondial, d'une charte de médiation, d'un guide de médiation, d'un site web d'information à la médiation familiale internationale et d'une plate-forme de médiateurs : http://www.ifm-mfi.org/. Nous y avons participé en tant que chercheur.
[534] « Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires en vue de faciliter les solutions négociées entre les parties dans les contentieux familiaux transfrontières impliquant des enfants dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980 », établie par S. Vigers, Doc. prél. No 5 d'octobre 2006 à l'intention de la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (La Haye, 30 octobre – 9 novembre 2006) ». https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_pd05e2006.pdf, consulté pour la dernière fois le 12.09.20.
[535] VIGERS Sarah, *Mediating International Child Abduction Cases*, *op. cit.*
[536] FAGET Jacques, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*, *op. cit.*, p. 211.
[537] BASTARD Benoit, « Médiation familiale », *op. cit.*
[538] CARATSCH Cilgia, *La médiation familiale internationale: observations sur son établissement institutionnel*, Sion, Mémoire, Institut universitaire Kurt Bösch, 2012, p. 49.

de médiateurs, d'abord régionaux puis transnationaux. Au niveau européen, le réseau le plus abouti est le *Cross-border Family Mediator Network*, basé à Bruxelles, qui rassemble à ce jour plus de 125 médiateurs formés à la médiation familiale internationale[539]. Un second réseau (partenaire du premier) à portée globale cette fois, nommé *MIKK* et basé en Allemagne[540], comptabilise plus de 150 médiateurs parlant 30 langues et issus de 30 États.

On le voit donc, la médiation familiale internationale se développe sur le vieux continent depuis une vingtaine d'années. Si elle trouve son origine dans les difficultés rencontrées sur le terrain par les professionnels confrontés aux litiges familiaux transfrontières, elle se structure, se professionnalise et s'institutionnalise dans les interstices du droit existant, cherchant avant tout à ne pas nuire aux procédures judiciaires et à s'assurer la reconnaissance des organisations gouvernementales et internationales, au premier titre desquels la Conférence de La Haye. Mais si la médiation est de part en part définie et calibrée sur le droit existant, bornée à en respecter les limites, il n'empêche qu'elle y loge sa pratique pour combler les insuffisances du droit et se bâtit donc également sur ses limites.

2.2 Une médiation bâtie sur les limites du droit

Comme l'avait fort justement souligné J. Faget concernant la médiation familiale dans le cadre domestique, l'institutionnalisation de la pratique internationale se bâtit sur « le discrédit jeté sur les pratiques judiciaires »[541]. Si ce discrédit quant à l'efficacité des pratiques judiciaires en matière familiale a fait le lit de la médiation à l'échelle nationale, cette situation semble magnifiée vis-à-vis des litiges familiaux transfrontières, compte tenu de la difficulté accrue à laquelle l'appareil judiciaire doit faire face, jonglant à la fois avec les enjeux de coparentalité post-séparation et de compétence juridictionnelle. Autrement dit, il est d'autant plus facile d'appeler la médiation à la rescousse lorsque l'institution judiciaire s'empêtre à la fois dans l'interpersonnel et le juridictionnel. On peut déceler trois critiques majeures adressées à l'adjudication par les tenants de la médiation familiale internationale : l'artificialité l'insensibilité de la procédure de retour ; la conflictualité de l'adjudication et sa dynamique contradictoire ; l'incapacité de l'adjudication à produire des accords exécutés et durables.

[539] https://crossbordermediator.eu/ (consulté pour la dernière fois le 12.10.20).
[540] https://www.mikk-ev.de/en/ (consulté pour la dernière fois le 12.10.20).
[541] FAGET Jacques, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*, *op. cit.*, p. 203.

En premier lieu, le discrédit jeté sur le droit est particulièrement aigu à l'endroit de la procédure de retour, d'ailleurs parfois nommée « retour guillotine »[542], qui agit tel un couperet sans égards aux spécificités humaines du cas en question. Deux médiateurs indiquent en effet :

> « Cette obligation de retour est tellement *artificielle* en fait, ça met les juridictions avec des solutions tellement en dehors de l'intérêt de la famille, que l'application du droit au sens strict est très coûteuse en termes humains. Donc là, je dirais que pour tous les acteurs il y a une forme d'envie de ce que les gens discutent, parce qu'on se rend bien compte qu'on est à la limite – avocats compris – de faire du bien, quoi » (M1).

> « On attend de la médiation familiale internationale de combler une niche, de se loger dans les niches du droit pour pouvoir faire sauter les obstacles, qui viennent de normes générales qui sont trop rigides et qui ne sont pas applicables au cas par cas, dans des contextes transfrontières » (M8).

Selon ces praticiens, l'obligation de retour en particulier et les normes du droit en général sont perçues négativement, particulièrement en raison de leurs rigidités et de leurs artificialités, appelant dès lors la médiation à « se loger dans les niches du droit », pour en « faire sauter les obstacles ». En ce sens, comme le souligne J. De Munck, les tenants de la médiation reprochent à l'adjudication « la construction artificielle de son objet »[543], et à plus forte raison donc, dans le contexte transfrontière où l'artificialité du détour juridictionnel apparaît comme proprement étranger à l'enjeu humain de l'enlèvement parental international. On se trouve alors dans une situation de « survalorisation des procédures formelles au détriment de la justice substantielle »[544]. Dans la même veine, trois autres médiateurs avancent :

> « En médiation on centre *vraiment* sur l'accueil des besoins de l'enfant. Parce que souvent au tribunal il peut y avoir une guerre d'égo, oui, mais c'est un droit d'être père, c'est un droit d'être mère, et on reste sur le droit » (M4).

> « On est dans du tac au tac, dans des décisions qui sont purement administratives de retour, on ne rentre pas dans le fond de l'affaire. On ne peut pas avoir une approche administrative sur des questions de famille quoi. Il y a beaucoup trop d'impact, il y a beaucoup trop de sentiments derrière » (M5).

---

[542] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 78.
[543] DE MUNCK Jean, « Le pluralisme des modèles de justice », *op. cit.*, p. 97.
[544] *Ibid.*, p. 94.

> « L'enlèvement d'enfants, c'est déjà un titre réducteur, un titre qui mène sur le mauvais chemin. C'est un peu le bulldozer, le bulldozer qui aplatit tout mais qui qui ne tient pas compte des situations » (M2).

Surgit ici à l'avant-plan l'absence de prise en compte du caractère sensible de la subjectivité des parents au détriment d'un sujet abstrait et juridique, qui n'est pas sans rappeler le débat entre intérêt de l'enfant présumé et concrètement évalué au cas par cas. Cette inacceptable « approche administrative sur des questions de famille » montre combien, pour ces praticiens, le droit présente des manquements *éthiques* en s'en tenant à l'aspect juridictionnel du litige. Ce sont également ces manquements que la médiation cherche à combler.

En second lieu le discrédit se concentre plus particulièrement sur l'aspect polémique de la procédure contradictoire, contribuant à alimenter le conflit dans ce qui s'apparente alors à une « guerre d'égo », chacun campant sur ses positions en termes de droit au lieu de favoriser une dynamique de coparentalité apaisée dans l'intérêt des enfants. Un autre médiateur abonde dans le même sens :

> « C'est très très tragique, tout ça. Là effectivement, l'utilisation de la Convention a fait exploser le conflit qui était déjà un conflit, bien sûr, accusation de violence, séparation géographique, bien sûr il y avait un conflit. Mais on aurait pu le traiter différemment, et maintenant le conflit, il est complètement gelé. Voilà. Et puis je ne sais pas comment on peut le résoudre maintenant. Maintenant monsieur était venu chez nous deux-trois fois. On essaie de le dissuader de continuer avec la Convention, on propose des médiations, mais après trois ans de procédure, les gens sont formatés hein » (M2).

Le « formatage » conflictualisant de l'adjudication, comme le magistrat du cas polonais de notre chapitre précédent avait déjà eu le loisir de le souligner en ses propres termes, « gèle » le conflit, les parents restant figés dans des postures, attitudes et identités produites par la prise en charge judiciaire du conflit.

Enfin, en troisième lieu, s'ajoutent aux critiques de l'artificialité et de la conflictualité de l'adjudication, celle de son incapacité à mettre en œuvre des accords durables. Il s'agit ici d'un double reproche : d'une part, la procédure de retour ferait face à des difficultés particulièrement marquées en ce qui concerne l'exécution effective des décisions de retour, et, d'autre part, l'incapacité de l'adjudication en général (sur le retour et sur le fond) à produire des accords de qualité qui lient les justiciables sur le long terme. Comme l'indique ce médiateur :

> « Quelle que soit la médiation, ne jamais être pris par l'urgence, c'est la première chose. Parce que si on ne va pas suffisamment en profondeur, et bien on va régler en surface et les accords risquent d'être forcés, et donc pas exécutés. […] Dans un espace de médiation, on peut prendre quelque chose comme vingt heures, ça a plus le temps de maturer qu'un entretien avec l'avocat ou deux entretiens avec l'avocat, puis des conclusions qui sont données sur base de cela. Ce n'est pas maturé, c'est donné, on pose des conclusions et puis voilà. C'est pour cela que ce ne sera pas de la même qualité. C'est le juge qui en son intime conviction, va rendre une décision en fonction du talent de l'avocat pour présenter l'affaire, et en fonction de l'attitude, de l'état de stress du client, qui, pendant une heure de temps, va pouvoir donner une image au juge. Ça se décide là-dessus. Ce n'est pas pareil qu'un travail de médiation, s'il est bien fait, en profondeur. C'est pour ça que la plus-value de la médiation c'est un travail en profondeur, parce qu'autrement autant laissons le juge prendre une décision, ça leur évitera de s'écharper en médiation » (M4).

On le voit donc, c'est également l'urgence de l'adjudication qui conditionne en définitive la profondeur et la qualité des décisions qu'elle produit, ainsi que leur exécution subséquente. À l'inverse, la médiation familiale internationale, à condition qu'elle ne se laisse pas prendre par l'urgence, au risque de produire elle-même des accords superficiels, dispose de la possibilité de prendre le temps avec les médiés pour résoudre en profondeur le conflit, ce qui assurerait dès lors une plus grande durabilité des solutions trouvées.

La médiation familiale internationale se bâtit dès lors sur les insuffisances du droit, et de l'adjudication en particulier, que ce soit concernant l'insensibilité de la procédure de retour à la matière humaine du litige ou l'artificialité des solutions que cette procédure propose, ainsi qu'en vertu de la conflictualité qui marque la dynamique contradictoire de l'adjudication et la superficialité des accords qu'elle produit.

2.3 Les limites de la médiation à pallier les limites du droit

Il n'est pourtant pas donné d'emblée que la médiation soit le meilleur moyen pour venir au secours de l'institution judiciaire. En effet, il est essentiel de s'interroger sur ce que le contexte transnational fait à la médiation, ce que ce champ d'application fait à ses propres principes, ses modèles, ses normes. Si la médiation trouve sa légitimité dans les interstices juridiques et les failles judiciaires qu'elle entend colmater, il n'en reste pas moins qu'elle prend le risque de faire l'impasse sur ses principes, voire de dénaturer sa pratique pour épouser les contours de litiges complexes. Cinq aspects sont particulièrement discutables et discutés quant à l'opportunité d'une médiation dans les cas d'enlèvements parentaux internationaux : un, le

caractère volontaire de la médiation ; deux, le rapport de force inégal des parties ; trois, les dangers de violence conjugale et familiale ; quatre, la médiation en urgence ; et cinq, la distance géographique et l'impossibilité de compromis en matière d'hébergement.

En premier lieu, le caractère volontaire de la démarche des parties à entrer en médiation s'inscrit au cœur de la médiation familiale[545], puisqu'elle repose tout entière sur la volonté des parties à entrer en médiation, leur acceptation à se mettre autour d'une table pour dialoguer, négocier, s'écouter. La médiation familiale interne a déjà été confrontée au paradoxe de la démarche volontaire lorsqu'elle s'est progressivement institutionnalisée, passant du statut d'une alternative à la procédure judiciaire à un de ses dispositifs[546]. De manière plus large, il semblerait qu'il s'agisse là d'un paradoxe propre à toutes les médiations, se déployant entre « spontanéité et institution »[547], quel qu'en soit le champ d'application. La médiation familiale internationale n'a pu trouver son public que par l'intermédiaire des magistrats, relais qui, bien que n'obligeant pas les parents à effectuer une médiation, dispose néanmoins d'une certaine autorité sur leur affaire.

En second lieu, il est évident que les enlèvements d'enfants sont des situations marquées par un rapport de force inégal entre les parents : l'un a l'enfant de son côté, l'autre (le plus souvent) le droit. De manière générale, la médiation est réticente à s'emparer de situations où les parties sont liées par un rapport trop inégal, puisque le médiateur, en retrait, est censé rester neutre, impartial, et ne peut prendre de décisions : il risque donc d'entériner cette inégalité plutôt que d'œuvrer à l'équité. De manière plus précise, la situation particulière du parent démuni peut typiquement pousser ce dernier à faire des concessions drastiques pour revoir son enfant, et accepter un accord injuste en raison de la relative inefficacité du droit[548]. Un médiateur nous rapporte un cas éclairant à cet égard :

> « J'ai eu un cas de médiation avec l'Afrique du Sud, l'année dernière aussi. La mère s'est enfuie et est de retour ici. Le père, en Afrique du Sud, est gardien de prison, un Afrikaner un peu tendance extrême droite. Sur Skype il était avec sa chemise militaire et sa mitraillette, assez

[545] BASTARD Benoit, « Médiation familiale », *op. cit.*, p. 72.
[546] NOREAU Pierre et AMOR Samia, « Médiation familiale: de l'expérience sociale à la pratique judiciarisée », dans Marie-Christine SAINT-JACQUES, Daniel TURCOTTE, Sylvie DRAPEAU et Richard CLOUTIER (dir.), *Familles en transformation. La vie après la séparation des parents : Bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 269-297 ; BASTARD Benoit, « Médiation familiale », *op. cit.* ; FAGET Jacques, « La médiation familiale en tension. Réflexions sur le cas français », *op. cit.*
[547] SERVAIS Christine, « Modéliser la médiation : une pratique de la théorie », *op. cit.*, p. 114.
[548] ALANEN Julia, « When Human Rights Conflict », *op. cit.*

militariste comme type. La mère, elle parlait de violence mutuelle, de drogue, d'alcool, de violence, etc. d'une situation infernale. Elle s'est enfuie de tout ça. Et le père a demandé le retour du garçon. Elle est partie avec le garçon qui a dix ans et puis donc l'objet de la médiation était ici : est-ce que les parents trouvent une solution qui permet de laisser tomber la demande de retour ? Et c'est le problème de ces médiations-là, c'est que ces médiations sont complètement déséquilibrées. Dans le sens que le père tient le couteau par le manche. Dans ce cas-là, le parent enleveur, la mère, elle a intérêt à dire oui j'aime bien la médiation on discute, on discute, on discute ; mais le père, finalement, lui, il sait que si la médiation, elle s'arrête, il a encore toutes ses chances auprès du tribunal. Et le père, normalement, il est quand même bien informé de la jurisprudence, il peut savoir qu'il a de bonnes chances de gagner. Donc en fait il y a déséquilibre dans ces médiations sous la convention de La Haye, parce que, la jurisprudence, elle est quand même très claire en faveur du parent « left-behind ». C'est différent que le divorce normal où le risque de perdre est beaucoup plus grand pour chacun s'il va chez le juge. Dans le cas d'enlèvement les risques sont inégalement répartis. Donc en fait dans ce cas-là avec l'Afrique du Sud, après quelques médiations, le père a dit 'maintenant, moi, je maintiens ma position et puis je veux qu'on arrête'. Et puis tu ne peux rien faire face à ça » (M2).

Se pose alors de façon cruciale la question de la possibilité même de médier ce genre de cas, et si cette médiation satisfait aux critères éthiques de la profession. D. Ganancia le soulève : « la médiation internationale trouve là ses limites : quand le rapport de force est trop inégal, elle est une gageure ; il n'y a rien à négocier. C'est le cas de plus des trois quarts de ces situations internationales très bloquées »[549].

En troisième lieu, l'action de la médiation familiale internationale est particulièrement controversée concernant les cas qui présentent des dangers de *violences domestiques*, conjugales et familiales, dangers qui sont particulièrement prégnants dans les enlèvements parentaux internationaux[550]. En effet, rappelons par exemple que l'objectif principal de l'exception au retour de l'article 13 (b) de la CLaH80 est d'éviter de catégoriser une fuite de

[549] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 98-99.
[550] BETHEL Charles A. et SINGER Linda R., « Mediation: A new remedy for cases of domestic violence », *Vt. L. Rev.*, vol. 7, 1982, p. 15-33 ; FISCHER Karla, VIDMAR Neil et ELLIS Rene, « Culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases », *SMU Law Review*, vol. 46, 1992, p. 2117-2174 ; ALANEN Julia, « When Human Rights Conflict », *op. cit.* ; FAGET Jacques, « Médiation et violences conjugales », *Champ pénal*, vol. 1, 2004, p. 1-16 ; KRIEGER Sarah, « The dangers of mediation in domestic violence cases », *Cardozo Women's LJ*, vol. 8, 2001, p. 235-260.

violence domestique d'enlèvement d'enfants, et qu'il s'agit de l'exception de retour la plus mobilisée en plaidoirie[551].

La question de la pertinence de la médiation en général en contexte de violence domestique reste hautement controversée. Certains y voient un remède bienvenu, à même de délier les tensions du couple ou acter la fin de la relation, tout en garantissant une protection des individus[552]. D'autres, en revanche, considèrent la médiation comme le lieu par excellence d'invisibilisation et de reproduction de la violence du patriarcat, dont le traitement privé empêcherait la publicisation du phénomène dans le prétoire, diluerait les responsabilités par la poursuite d'un consensus, et dépolitiserait la question de la violence domestique par la même occasion[553]. De plus, la pratique de la médiation aurait tendance à ignorer ou évacuer les conflits, compte tenu d'une forme d'« idéologie de l'harmonie »[554], faisant courir un risque aux femmes battues de signer des accords de médiation sous la contrainte, particulièrement si le médiateur s'en tient à une posture de neutralité dans de pareils cas[555]. D'autres chercheurs encore ne tranchent pas dans l'absolu en ce qui concerne l'opportunité de la médiation dans les cas de violence, mais invitent à procéder à une évaluation au cas par cas[556]. Ils considèrent que la médiation peut être un dispositif aménagé afin de sécuriser les personnes vulnérables[557] et s'en remettent aux praticiens en ce qui concerne la pertinence de médier, en fonction du cas, du cadre juridique, du moment où elle intervient et du contexte dans lequel se déploie la médiation[558].

Il n'en va pas autrement pour la médiation familiale internationale en charge des enlèvements parentaux internationaux : « *Mediating an international parental kidnapping dispute involving domestic violence allegations can prove a precarious, challenging and highly controversial exercise. Batterers and kidnappers sometimes attempt to use family mediation as an opportunity*

[551] LOWE Nigel et STEPHENS Victoria, *A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Part I*, *op. cit.*, p. 15.
[552] BETHEL Charles A. et SINGER Linda R., « Mediation », *op. cit.*
[553] KRIEGER Sarah, « The dangers of mediation in domestic violence cases », *op. cit.* ; FISCHER Karla, VIDMAR Neil et ELLIS Rene, « Culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases », *op. cit.*
[554] FISCHER Karla, VIDMAR Neil et ELLIS Rene, « Culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases », *op. cit.*, p. 2174.
[555] ALANEN Julia, « When Human Rights Conflict », *op. cit.*, p. 103.
[556] ALANEN Julia, « When Human Rights Conflict », *op. cit.* ; FAGET Jacques, « Médiation et violences conjugales », *op. cit.* ; HUOT Madeleine, « La médiation familiale en présence de violence conjugale: Quels sont les moyens mis en place pour assurer la sécurité des personnes ? », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 30, nº 2, 2019, p. 268-298.
[557] HUOT Madeleine, « La médiation familiale en présence de violence conjugale », *op. cit.*, p. 282.
[558] FAGET Jacques, « Médiation et violences conjugales », *op. cit.*, p. 12.

to threaten, harass, intimidate, manipulate, control, stalk or otherwise harm the other parent »[559]. Sur cette question, il semblerait que les pratiques varient énormément en fonction des États : le renvoi en médiation va d'une routine ignorant purement et simplement la présence ou l'allégation de violence domestique à son exclusion systématique s'il y a un danger de violence domestique[560]. La médiation familiale internationale, à l'heure actuelle, semble plutôt emprunter la troisième voie, entre critique radicale et remède bienvenu, laissant donc au médiateur l'évaluation de la pertinence de mener une médiation en fonction de la situation légale et familiale au cas par cas. L'essentiel réside alors dans la réalisation d'un *screening* attentif de la situation familiale propre au cas en question[561]. On le voit donc, la question des violences domestiques reste controversée pour la médiation familiale. On peut se demander où se situent les limites de la poursuite d'une entente et d'une coparentalité à tout prix, particulièrement dans les cas comprenant des éléments transfrontières, puisque la médiation, lieu risqué de reproduction d'une domination ou de production d'un accord sous contrainte, ne se présente comme un remède qu'en vertu d'une situation parfois désespérée.

Une quatrième limite de l'action de la médiation familiale internationale dans les cas d'enlèvement d'enfants réside dans *l'urgence* dans laquelle elle se déploie et la pression temporelle qui la caractérise. Une urgence à la fois juridique, puisque l'adjudication doit se faire dans un délai de six semaines à partir de la réception de la requête par l'Autorité centrale (art. 11 de la CLaH80[562]), et humaine, étant donné que l'enfant qui est enlevé s'intègre dans son nouvel environnement, de sorte que le temps qui passe s'avère intrinsèquement néfaste pour le maintien d'une coparentalité minimale (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 1.7). Le risque d'un usage détourné, instrumental, de la médiation par le parent enleveur, afin de faire courir les délais de la procédure à son avantage, constitue une des réserves majeures soulevées à

[559] ALANEN Julia, « When Human Rights Conflict », *op. cit.*, p. 86-87.
[560] *Ibid.* ; SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.*, p. 415.
[561] ALANEN Julia, « When Human Rights Conflict », *op. cit.*, p. 84 ; SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, *op. cit.*, p. 416.
[562] L'article 11 de la CLaH80 énonce : « Les autorités judiciaires ou administratives de tout Etat contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant. Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'Etat requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'Autorité centrale de l'Etat requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. Si la réponse est reçue par l'Autorité centrale de l'Etat requis, cette Autorité doit la transmettre à l'Autorité centrale de l'Etat requérant ou, le cas échéant, au demandeur ».

l'encontre de la médiation familiale internationale par la Conférence de La Haye[563]. L'urgence caractérise la spécificité de la pratique au regard de cette pression temporelle :

> « Quelle que soit la médiation, il ne faut jamais être pris par l'urgence, c'est la première chose. Parce que si on ne va pas suffisamment en profondeur, et bien on va régler en surface et les accords risquent d'être forcés, et donc pas exécutés. La deuxième chose, c'est qu'il y a ce délai dans lequel le tribunal va prononcer le retour au nom de l'enfant. Et il y a quand même ce délai. Et dans les situations que j'ai eues, il y avait cette procédure de retour de l'enfant et une décision a été prise trois semaines plus tard. Pour ça, ce qu'il se passe, c'est que le médiateur fait un processus d'intervention qui est très spécifique et particulier : ce processus de trois jours dans lequel on demande aux avocats d'être disponibles, dans lequel on demande aux parties d'être disponibles. Il faut, avec deux personnes, avoir cette disponibilité, pour des médiateurs qui sont aguerris, pour pouvoir trouver un créneau. Et donc c'est extrêmement court » (M4).

> « Ce qui est caractéristique c'est évidemment l'urgence, liée à la procédure. Cela dépend du moment auquel la médiation intervient. Parfois elle intervient juste avant une première audience, ou entre une première audience et il y a une remise puis une deuxième audience. Parfois elle intervient après qu'un jugement de retour ait été ordonné. Alors, objectivement, il y a moins d'urgence, mais quand même les choses sont toujours… Il y a une deuxième raison pour laquelle on appelle ça urgence, c'est qu'on essaie si possible de recevoir les parties en chair et en os et qu'elles habitent, par définition, dans des pays différents. On va essayer de rassembler le moment de la médiation en un temps très court et on va médier du matin au soir. Ce que, moi, je trouve assez passionnant » (M1).

L'urgence apparaît alors à la fois comme une contrainte et une opportunité. D'une part, l'urgence peut effectivement être utilisée comme contrainte productive qui donne l'occasion de développer médiations « en accordéon » selon l'expression du médiateur M1. Il s'agit de médiations « hyper condensées », durant lesquelles les parties peuvent avancer extrêmement rapidement en session, parce qu'ils ont déjà travaillé sur leur conflit durant l'attente et lors de préparatifs de la médiation, de sorte qu'il y a « un effet accordéon » : le temps se contracte en

[563] Le Guide pratique de médiation de la HccH énonce en ce sens : « Quel que soit le stade auquel elle est engagée, une médiation dans une affaire d'enlèvement d'enfants doit être conduite rapidement. La mise en échec de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 aux dépens de l'enfant concerné est un des problèmes majeurs contre lesquels il est nécessaire d'établir des protections en cas de recours à la médiation. Tenter une résolution amiable d'un conflit familial international est dans l'intérêt de tous, mais il faut empêcher qu'un parent se serve de la médiation à des fins dilatoires » CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Médiation*, *op. cit.*, p. 30.

session et se dilate hors session. D'autre part, la médiation soumise à l'urgence court le risque de résulter soit en une médiation superficielle, dont l'exécution de l'accord sera ensuite ardue, soit de contraindre les parties à signer un accord sous pression. S'ajoute à cela le risque d'instrumentalisation de la médiation dans une stratégie contentieuse, le parent ravisseur faisant preuve d'un engagement de façade, l'écoulement du temps allant intrinsèquement à son avantage (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 1.7).

Une dernière et cinquième limite de la médiation familiale internationale réside dans l'éloignement géographique entre les parties. Au-delà des implications en termes d'organisation de la médiation même, et des modèles développés pour travailler à haute densité dans un laps de temps court, c'est l'organisation de la coparentalité longue distance qui pose un défi particulièrement complexe à la médiation. L'enjeu pour la médiation, comme pour l'adjudication d'ailleurs, est de faire subsister le lien de coparentalité post-rupture affective et familiale, mais également post-rupture physique. Il n'est donc pas uniquement question d'un éloignement affectif des parties, mais aussi d'une distanciation géographique des lieux de vies des parents.

Un corollaire de l'éloignement géographique, qui se situe au cœur des difficultés propres aux enlèvements parentaux internationaux, réside dans l'impossibilité d'un compromis entre les parents concernant l'hébergement du ou des enfants. Comme l'indique un médiateur :

> « La grande difficulté c'est qu'il n'y a pas de bonne solution, il y a que des mauvaises solutions. Moi je dis souvent ça aussi aux parents : il faut choisir entre les moins pires des solutions. Parce que, de fait, l'enfant aime bien être avec ses deux parents, en principe, et puis les parents se séparent physiquement. Et on ne peut pas faire une garde alternée entre deux pays : donc il faut que l'un trinque au bénéfice de l'autre. L'un des parents doit se sacrifier dans l'intérêt de l'enfant. Dans ce sens-là, il n'y a pas de compromis. C'est très dur ». (M2)

Puisqu'il est impossible « de faire une garde alternée entre deux pays » la figure du compromis laisse place à la figure du sacrifice : l'un des parents doit « trinquer » au bénéfice de l'autre, il doit se « sacrifie[r] dans l'intérêt de l'enfant ». Il semblerait alors qu'il ne puisse y avoir de solution favorable aux deux parents en médiation familiale internationale sur les cas d'enlèvements d'enfants. On peut en ce sens questionner la pertinence et le bien-fondé d'une médiation qui, ne pouvant produire des formes de compromis, encourage le sacrifice d'un des parents dans l'intérêt de son enfant. Le renoncement nécessaire à faire valoir ses droits est donc

structurant dans le processus de médiation. On saisit dès lors à quel point l'urgence de médier, les rapports de force et les dangers de violences domestiques peuvent avoir des conséquences considérables dans un processus de médiation qui demande le sacrifice d'un des parents, et où les solutions trouvées se font au détriment d'une des parties en présence. La médiation familiale internationale est d'autant plus délicate dans ce cadre qu'elle peut parfois accompagner le renoncement d'un des parents à vivre au quotidien avec son enfant, et ce dans le meilleur intérêt de ce dernier.

En définitive, la médiation familiale internationale constitue une pratique dans la continuité de sa grande sœur domestique, et se présente comme « la moins pire des solutions » (M5) face aux défaillances juridiques à s'emparer de ces cas hautement complexes et conflictuels. Le caractère transfrontière des litiges qu'elle vise à résoudre exacerbe à la fois les difficultés et les paradoxes de la médiation familiale interne, et la rend dans le même temps plus dépendante vis-à-vis du droit. Il est clair en effet que la médiation familiale internationale se déroule, comme cela a déjà été souligné il y a fort longtemps pour la médiation interne, à l'ombre du droit[564], et que cette ombre apparaît d'autant plus pressante en vertu du caractère transfrontière du conflit à résoudre. En effet, l'ombre du droit est d'autant plus pesante qu'aucune solution satisfaisante en droit ne peut être trouvée, compte tenu de l'éloignement géographique entre les parents oblitérant toute forme de compromis ainsi que des contraintes temporelles qui obligent à développer des types de médiations extrêmement condensés. S'ajoutent à cela les dangers de violence conjugale et de rapports de force inégaux en médiation, qui risquent d'autant plus d'être balayés par les médiateurs qu'aucune solution satisfaisante n'existe en droit.

2.4 Une médiation bâtie dans les limites du droit

Des limites peuvent à la fois désigner des insuffisances et circonscrire un périmètre d'action. Si la médiation familiale internationale trouve sa raison d'être et sa légitimité en se constituant *sur* les limites – au sens d'insuffisances – de l'institution judiciaire dans le traitement des litiges transfrontières, elle se trouve également contrainte par les instruments juridiques et se développe alors *dans* les limites – au sens de périmètre – du droit[565]. Ce double rapport au droit

[564] MNOOKIN Robert H. et KORNHAUSER Lewis, « Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce », *Yale Law Journal*, vol. 88, nº 5, 1979, p. 950-997.

[565] Il est évident que si l'on s'en tient uniquement aux cas de médiation familiale dans les cadres conventionnel et réglementaire, comme nous avons décidé de le faire, la médiation familiale internationale se trouve alors par définition limitée par ce cadre juridique. Si les initiatives et pratiques de médiation dépassent bien entendu ce champ d'application restreint, son institutionnalisation s'effectue néanmoins toujours en rapport avec les droits

exprime l'ambivalence de la médiation par rapport au droit existant et à l'institution judiciaire, à l'image de la médiation familiale interne qui se déploie entre « spontanéité et institution »[566]. Dans le dessein double de caractériser la médiation familiale internationale et d'en saisir les spécificités par rapport à la médiation familiale interne, nous explorerons les frontières de ce périmètre juridique qui contraint la médiation sous trois aspects distincts : en premier lieu, la médiation est *définie juridiquement* (2.4.1), et son développement institutionnel se fait à travers sa reconnaissance et son encouragement par les organisations internationales en charge des litiges transfrontières, de sorte que son action ne nuise pas à l'application des instruments internationaux, ce qui en fait alors plutôt un *complément* à l'adjudication qu'une alternative (2.4.2). Un troisième aspect du caractère juridiquement orienté de la médiation familiale internationale réside dans le modèle de comédiation qui s'institutionnalise dans les réseaux de médiateurs, particulièrement marqué par le caractère binational de l'enjeu juridictionnel. (2.4.3). Cette caractérisation nous permettra ensuite, comme annoncé plus haut, de réévaluer nos hypothèses : d'une part, à la différence de la médiation familiale interne, nous pourrons alors saisir la prégnance de l'enjeu *juridictionnel* de la médiation familiale internationale et ses conséquences sur la pratique (2.5) ; d'autre part, nous reviendrons sur nos hypothèses en termes de confiance, en montrant que, malgré l'existence d'un enjeu juridictionnel, on ne peut pour autant avancer que les médiateurs soient confrontés à des *problématiques de confiance institutionnelles* (2.6), ce qui contraste donc avec les magistrats.

2.4.1 Une médiation définie par le droit

Le Guide Médiation participe d'une des nombreuses tentatives de définition de la médiation familiale internationale, plus ou moins précises, plus ou moins larges ou restreintes, qui coexistent sans qu'aucune ne fasse l'objet d'un véritable consensus. Le Guide Médiation la considère comme « un processus volontaire structuré, par lequel un médiateur facilite les communications entre les parties à un conflit, ce qui leur permet de prendre la responsabilité de la recherche d'une solution à leur conflit »[567]. Cette définition réfère donc à l'existence d'un tiers impartial, au caractère volontaire du recours en médiation, à la facilitation de la communication entre les parties, ainsi qu'à leur responsabilisation dans la recherche d'une

existants dans les États, qu'ils soient membres de la CLaH80 ou non. De par le caractère obligatoirement binational de la médiation familiale internationale, celle-ci doit prendre en compte les limites des règles juridiques des deux États impliqués.

[566] SERVAIS Christine, « Modéliser la médiation : une pratique de la théorie », *op. cit.*, p. 114.

[567] CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Médiation*, *op. cit.*, p. 7.

solution. Il n'est cependant aucunement fait référence à la spécificité du contexte transfrontière propre à la médiation familiale internationale, de sorte que cette définition pourrait s'appliquer à la médiation familiale interne.

Une définition plus précise est proposée par D. Ganancia en 2007 (première tentative dans le monde francophone) :

> « La médiation familiale internationale est un processus par lequel un tiers impartial et qualifié aide des couples en situation de rupture ou de séparation, vivant dans deux États différents, à rétablir une communication et à trouver par eux-mêmes des accords tenant compte des besoins de chacun, et particulièrement ceux des enfants, dans un esprit de coresponsabilité parentale »[568].

On saisit d'emblée que la définition se précise : on perçoit plus distinctement l'enjeu juridictionnel propre au contexte binational par la mention de la présence d'un « couple en situation de rupture ou de séparation vivant dans deux États différents », ainsi qu'une insistance sur la coresponsabilité parentale comme « esprit » de la médiation familiale internationale, mais aussi sur la figure de l'enfant et de ses besoins[569]. On retrouve par contre presque à l'identique de la définition du Guide, la favorisation du rétablissement de la communication et la responsabilisation des parties dans la recherche d'une solution, à l'exception notable que cette dernière prend la forme d'un *accord*. D. Ganancia ajoute d'ailleurs en ce sens :

> « La médiation a, à mon sens, cette double finalité : relationnelle, avec le travail sur la communication et le lien, et pragmatique par la recherche d'accords. La médiation est une culture de la relation et du dialogue avec, en outre, la recherche d'une « entente », au double sens de compréhension mutuelle et d'accords »[570].

---

[568] D. GANANCIA, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 54.

[569] D'autres définitions existent encore, telle celle proposée par A Van Kote, plus directement liée à l'enlèvement : « Inscrite dans les contextes d'exercice de la médiation familiale par les textes qui régissent ce métier, nous pouvons cependant dire que ce qui définit et distingue la médiation familiale internationale de la médiation familiale et de la médiation interculturelle, ce sont les caractères de binationalité et de résidence dans des États différents des parents au moment de la démarche de médiation, et la perspective avérée ou non du déplacement transfrontière illicite de l'enfant »VAN KOTE Agnès, « La médiation familiale internationale », *op. cit.*, p. 55. Voir également la définition de la *directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, qui réfère, en son article 3, à la médiation familiale internationale comme « un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre ».

[570] D. GANANCIA, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 45.

L'entente, sous cette double acception, devient alors la solution à la fois au malentendu et à la mésentente : le médiateur travaille simultanément sur les plans du conflit et du litige, en ce qu'il aspire à favoriser l'intercompréhension et à stabiliser la situation familiale dans le même temps.

C'est dire que la médiation familiale internationale se définit dans le droit existant, et ce, pour deux raisons principales : d'une part, étant donné que l'institutionnalisation de la médiation familiale internationale s'opère dans les niches du droit, elle devient tributaire de ces institutions pour rencontrer son public encore assez réduit à ce jour ; d'autre part, l'efficacité de l'action même des médiateurs est conditionnée par l'homologation des accords de médiations, afin de leur donner une force exécutoire à l'étranger. C'est d'ailleurs une des « spécificités irréductibles de la médiation familiale internationale », qui tient à son champ d'application :

> « Les parents vivent séparés dans *deux États* différents ; ils peuvent vivre dans le même État, voire être de la même nationalité, mais l'un des deux a déplacé l'enfant vers un autre État dont il est originaire. […] L'État (au sens de personne morale de droit public qui personnifie la nation dans un pays dont elle assure l'administration) met en jeu des notions de souveraineté nationale, de frontières, qui font de la médiation familiale internationale une médiation entre deux nationalités, deux cultures, deux systèmes juridiques »[571].

Il ne peut être fait abstraction des données juridiques du litige : à la différence des champs de la médiation qui traitent de conflits avant qu'ils soient judiciarisés, ou ayant moins d'égards pour l'aspect litigieux du conflit, la médiation familiale internationale se déploie toujours en référence au droit existant[572].

À un premier niveau, cela revient à dire que même si les praticiens ne disposent pas tous de compétences juridiques, tous vérifient toutefois que les parties soient bien informées de leurs droits et possèdent un conseil juridique adéquat – si ce n'est pas le cas ils refusent la médiation. En effet, le conseil juridique des parties apparaît décisif dans le rapport de force entre les parents. Comme le soulignent, chacun à leur manière, ces deux médiateurs :

> « La première chose que je fais, c'est que je vérifie que les personnes aient un avocat. Et qu'elles connaissent leurs droits. Ça, c'est indispensable. Quand elles ont connaissance de leurs droits et qu'elles sont bien conseillées à ce moment-là la médiation peut commencer » (M3).

[571] *Ibid.*, p. 54-55.
[572] À cet égard, la médiation familiale internationale est cependant dans une situation similaire à la médiation familiale *judiciarisée* dans le cadre national, qui est également contrainte par l'homologation des accords devant le juge.

> « Systématiquement, pour moi, les avocats restent la référence tant pour le conseil juridique que pour le conseil en général de son client. Et en même temps, bien sûr je demande si la personne a un correspondant dans ce pays et dans l'autre pays, mais je dirais même que je m'informe personnellement de la législation applicable. Et en quoi est-ce important ? Par exemple, en Allemagne, il y a une obligation importante en tant que médiateur, c'est qu'un accord de médiation ne peut pas être homologué dans un tribunal si le médiateur n'a pas organisé au préalable un entretien avec l'enfant, qu'il puisse être entendu dans l'espace de médiation. Ce qui montre que, très clairement, il faut connaître la législation *aussi* en tant que médiateur. Et vous portez une responsabilité quand vous signez un accord de médiation » (M4).

Loin de se construire en opposition à l'institution judiciaire, le médiateur n'accepte d'intervenir que si les parties disposent d'un conseil juridique, élément décisif et structurant du rapport de force entre les parents. Et pour cause, si le litige est déjà catégorisé en tant qu'enlèvement, des procédures administratives ou judiciaires sont déjà engagées et la procédure de retour modèle les stratégies contentieuses et oriente les attentes de chacun des parents[573].

Cela implique que si le médiateur vérifie la présence d'un conseil juridique chez chacune des parties, il ne s'en remet pas pour autant entièrement aux avocats en ce qui concerne l'aspect juridique du litige, puisqu'il faut « connaître la législation aussi en tant que médiateur » et que ce dernier « porte une responsabilité » quand il signe un accord de médiation. Le fait que l'enlèvement parental implique les droits nationaux de deux juridictions doit être pris en compte : les médiateurs sont tenus de connaître la législation sur l'enlèvement parental international, mais doivent aussi connaître le droit familial des deux États en question dans le cas qu'ils traitent, et ce particulièrement en ce qui concerne la possibilité de reconnaissance des accords de médiation à l'étranger.

À un second niveau donc, on peut avancer que le médiateur se trouve en réalité, de par le caractère international des cas qu'il traite, limité dans son périmètre d'action par la contrainte que fait peser l'homologation de l'accord à l'étranger. Même pour les plus créatifs d'entre eux, l'exception d'ordre public d'un État fait office de garde-fou indépassable. Pour que l'accord

[573] Et les ignorer pourraient avoir des conséquences fâcheuses, tel que l'indique par exemple le Guide Médiation concernant l'aspect confidentiel du contenu des accords de médiations : « Les parties peuvent être moins enclines à envisager différentes options si elles craignent que leurs propositions soient considérées comme une concession et se retournent contre elles dans une procédure judiciaire. En cas d'enlèvement d'enfants, par exemple, le parent resté sur place hésitera sans doute à indiquer qu'il pourrait accepter que l'enfant reste dans l'autre État s'il craint que ce soit interprété comme un « acquiescement » au sens de l'article 13(1) a) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 » CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Médiation, op. cit.*, p. 7.

produise des effets juridiques à l'étranger, le médiateur doit absolument s'assurer qu'il puisse être homologué et reconnu dans l'État où sera jugé le cas par la suite du litige. Son travail se situe en réalité au confluent des besoins privés et des ordres publics. L'enjeu de la reconnaissance du jugement implique qu'au strict minimum le praticien connaisse les limites extrêmes de son champ d'action, à savoir les exceptions d'ordre public des systèmes légaux nationaux impliqués dans chaque cas. C'est le cas par exemple en Allemagne, comme le souligne le médiateur M4 ci-dessus, où l'accord de médiation ne sera pas homologué s'il n'a pas réalisé « un entretien préalable avec l'enfant ». De manière plus générale, si les solutions préconisées dans l'accord de médiation violent des valeurs fondamentales d'un État, tel que, par exemple, l'inexistence de droit de visite pour un parent, l'accord se verra refuser par le juge et ne pourra donc pas être reconnu ni appliqué.

2.4.2 Une médiation complémentaire à l'action judiciaire

Bien que la médiation s'inscrive donc stratégiquement dans les creux du droit pour en combler les lacunes par son institutionnalisation progressive, les médiateurs et magistrats n'entretiennent pas une relation antagoniste. En effet, ces deux figures travaillent de concert, les relations sont souvent bonnes, les praticiens se connaissent ; les médiateurs s'informent de la jurisprudence « locale », les magistrats participent à des colloques sur la médiation familiale internationale[574]. Particulièrement dans les cas d'enlèvements parentaux internationaux, l'adjudication et la médiation apparaissent comme deux modes de régulation complémentaires du contentieux, matérialisant une coalition qui semble satisfaire les deux côtés de la barre :

> « Mon rôle, c'est de légitimer tout à fait le recours à la justice. Je pense qu'il y a des décisions que les personnes, parfois, en fonction de leur tempérament et de leurs caractères, ne sont pas prêtes à prendre, parfois parce qu'il y a trop d'enjeux et qu'ils ne veulent pas porter cette responsabilité. Pour ça c'est un enjeu. Bien sûr que dans un monde idéal les parents sont là pour prendre des décisions. Ils sont là pour assumer les conséquences de leur choix. Et donc mon rôle c'est de leur dire : voilà, on crée un espace propice à la discussion, avec le moins de stress possible, qui vous permet de prendre une décision lourde de conséquences, sur l'enfant, en raison de l'absence d'un des parents – ou pas » (M4).
>
> « Il y a une certaine logique à ce qu'on s'en remette au juge. […] Parce que le juge, il ne va pas faire tellement autre chose que ce qu'on aurait fait en médiation. C'est ça en fait : une justice

[574] Nous parlons ici particulièrement du cas belge, où les magistrats spécialisés sur l'enlèvement parental sont pro-médiation.

> qui marche bien fait plus ou moins ce qu'on aurait fait en médiation. Et nous en médiation, parfois je dis, vous savez ce que je vous demande là, un juge vous demanderait la même chose. Parce que je n'aime pas du tout dénigrer la justice » (M1).

On le conçoit donc aisément, médiation et adjudication se constituent en complément, étant donné que les médiateurs cherchent à « ne pas dénigrer la justice », voire à en « légitimer le recours ». Mais si s'en remettre au juge paraît désirable dans certains cas traités par les médiateurs, c'est également au regard de la difficulté de la prise de décision et du poids de la responsabilité concernant la question du lieu de résidence de l'enfant. En effet, en raison de la distance géographique qui sépare les parties, il n'existe pas ou peu de possibilité de compromis : l'hébergement alterné ne peut être une solution envisageable et il est en effet difficile pour les parents de « porter la responsabilité » de l'éloignement de l'enfant de l'autre parent. Lorsque l'enjeu se fait trop important, le recours à la justice adjudicative permet alors de trancher. Il reviendra en définitive aux parties de choisir si elles veulent porter la responsabilité de leur décision en médiation ou la déléguer au juge, ce que les médiateurs soutiennent sans hésiter.

Un second aspect témoigne de la complémentarité entre médiation et droit, particulièrement au regard des liens entre médiation et procédure judiciaire. Le Guide Médiation, illustratif à cet égard, encourage le recours à la médiation pour combler les insuffisances avouées des procédures judiciaires, tout en intimant les médiateurs à ne pas en dépasser les bornes, au risque de s'avérer préjudiciable au délicat équilibre recherché par les instruments de coopération judiciaire internationale. Il est souligné dans ledit guide :

> « Il est important de noter que la médiation et les autres mécanismes de résolution amiable des différends devraient être considérés non pas comme un substitut total, mais comme un complément aux procédures judiciaires. Un lien étroit entre ces procédures peut être fructueux à de nombreux égards et contribuer à surmonter certaines insuffisances des procédures judiciaires et des mécanismes de résolution amiable des différends comme la médiation. Il faut souligner que même lorsque la médiation et les mécanismes similaires introduits dans les phases précoces d'un conflit familial international permettent d'éviter une procédure judiciaire, des 'mesures judiciaires' complémentaires sont fréquemment requises pour rendre une solution amiable juridiquement contraignante et la rendre exécutoire dans tous les systèmes juridiques concernés »[575].

[575] CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Médiation, op. cit.*, p. 28.

Un médiateur abonde également en ce sens, soulignant que la médiation familiale doit s'institutionnaliser de manière complémentaire à la voie juridique :

> « Moi, je crois que la médiation familiale internationale doit être institutionnalisée, contrairement à la médiation interne, parce que justement, au cœur du fonctionnement, il y a cette coopération avec les autorités, parce que les accords de médiation doivent être homologués. Le passage des frontières fait la différence. Et du coup la médiation familiale internationale, c'est un complément à la voie juridique, pas une alternative » (M8).

La donne n'est donc pas la même suivant que la situation soit interne ou transfrontière. Si ce médiateur plaide plutôt pour une alternative (informelle) en matière de médiation interne, la médiation familiale internationale fait face inévitablement aux enjeux de reconnaissance et d'homologation des accords, qui sont donc dépendants des ordres juridiques nationaux. Par ailleurs, il apparaît crucial que la médiation ne soit pas préjudiciable au fonctionnement de la coopération judiciaire internationale, auquel cas elle risquerait de mettre en danger le cadre même d'où elle tire à la fois sa force de persuasion (l'ombre du droit) et ce qui en conditionne l'efficacité au-delà des frontières.

2.4.3 Un modèle de (co)médiation binationale

Au-delà de la présence nécessaire d'un conseil juridique et d'une connaissance minimale des instruments internationaux et des droits nationaux en cause, l'enjeu juridictionnel de l'enlèvement parental international influence également les modèles de médiation adéquats pour traiter du contentieux. Si une diversité des pratiques subsiste dans le paysage de médiation et que les médiateurs disposent d'une certaine liberté quant à l'approche qu'ils développent, un modèle tend à s'institutionnaliser à l'échelle européenne. Développé par *MiKK* et promu à travers le *Cross-Border Family Mediation Network* et la Conférence de La Haye de Droit international privé, il est dénommé le « modèle des 4B ». L'analyse de ce modèle permet de saisir comment l'aspect juridictionnel du litige, son caractère binational, s'intègre à la médiation familiale internationale, et ce que cette intégration implique en pratique.

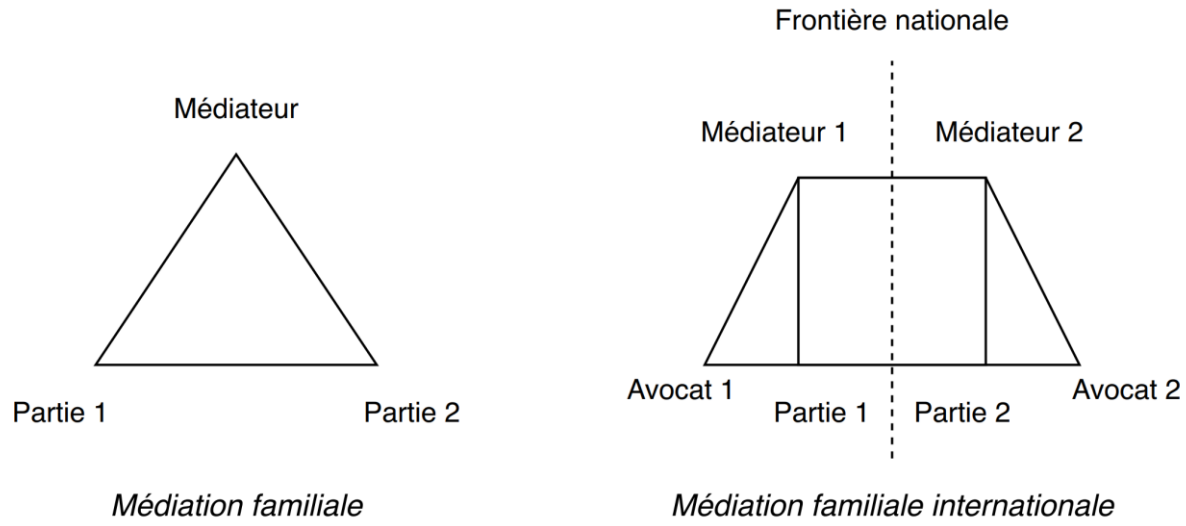
« Le » réseau *MiKK* a été décisif dans l'implantation de ce modèle de médiation taillé sur mesure pour répondre aux lacunes du droit et aux attentes des autorités judiciaires et administratives en matière de résolution amiable des conflits. Un point d'étape important dans l'institutionnalisation de la médiation familiale internationale s'incarne dans la Déclaration de

Wroclaw en 2007, instituant de fait ce premier modèle transnational de médiation familiale internationale, structuré par quatre critères :

1. *The mediation should be conducted as a bi-national co-mediation.*
2. *The mediators should have the same national origin as each party in the mediation.*
3. *One mediator should be female and the other should be male. In this way the genders of both the mother and father are represented by the two mediators.*
4. *One mediator should have a psychological/pedagogical professional background and the other should have a legal background.*

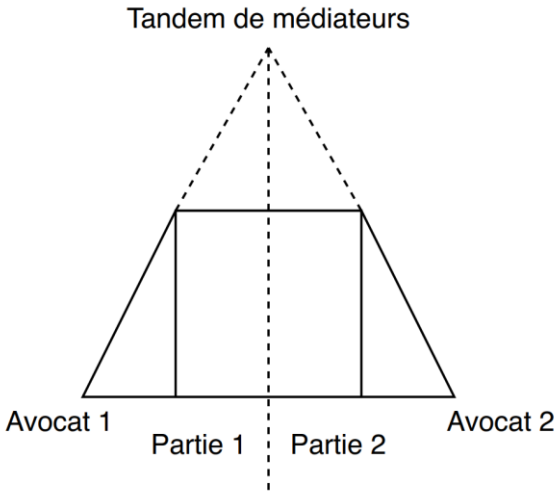
Ce modèle connu donc sous le vocable de modèle « des quatre B » (*4B mediation model*) – pour bi-national, bi-genre, bi-professionnel et bi-culturel – constitue le modèle officiel du réseau transnational de médiateurs européens *Cross-Border Family Mediation Network.* En premier lieu, il faut constater que ce qui importe le plus est le préfixe « bi » : il ne s'agit pas de mettre en place de simples médiations, mais des *comédiations*. C'est une des caractéristiques décisives de la médiation familiale internationale par rapport aux autres types de médiation : le tiers est double afin de refléter le caractère binational des médiés. La morphologie de la médiation s'en trouve totalement transformée : là où le médiateur agit d'ordinaire en figure du tiers impartiale de sorte à constituer la pointe d'un triangle qu'il forme avec les parties, la médiation familiale internationale s'exprime plutôt dans un dispositif carré formé avec les parties, dont les conseils juridiques évasent les bases en trapèze. Dès lors, loin du triangle de la médiation familiale classique, on peut avancer que le modèle de la comédiation familiale internationale relève plutôt du trapèze isocèle : le carré rassemble les parties et les médiateurs à équidistances et leur base est élargie par les avocats, procurant les conseils juridiques indispensables.

Figure 9. Morphologie comparative des modèles de médiation familiale interne et internationale



À l'image de l'institution judiciaire, on voit que la médiation ne reste pas intouchée par les enjeux juridictionnels des litiges familiaux transfrontières, étant donné que la morphologie même de la médiation familiale internationale en porte la marque. Le travail des médiateurs consiste alors à trouver l'équilibre sur la ligne de crête de la frontière nationale, non pas par la poursuite d'une figure de compromis, mais plutôt par la formation d'un *tandem* de médiateurs. Autrement dit, il s'agit, pour reprendre notre image, de transformer le trapèze en triangle (cf. *infra*, figure 3). Dès lors, à l'instar de Janus, dieu romain au double visage, les médiateurs devraient pouvoir incarner un tiers unique bicéphale, à même de porter un regard double sur le conflit. Imprégné des deux langues et des deux cultures en jeu, ce dédoublement du tiers incarne le moyen de faire face au relativisme culturel et au pluralisme juridique du litige. Le modèle idéal de médiation familiale internationale tend dès lors à se constituer également en triangle, tout l'enjeu pour les médiateurs, dans les relations qu'ils entretiennent entre praticiens, étant que l'appartenance nationale, linguistique et culturelle ne se mue pas en un parti pris pour un parent, auquel cas ils sortiraient de leur posture impartiale. La relation entre co-médiateur et co-médiatrice s'avère alors essentielle afin de garantir ce positionnement spécifique, en équilibre sur le faîte de la frontière nationale. La figure suivante illustre ce modèle idéal de comédiation familiale internationale :

Figure 10. Modèle de médiation familiale internationale en tandem



Si la comédiation est devenue une pratique orthodoxe en contexte transfrontière, cela nous indique que la forme de neutralité recherchée en médiation familiale internationale procède par la multiplication des points de vue, par le mélange de deux appartenances, plutôt que par l'intervention d'un seul tiers à l'appartenance distincte (par exemple d'un État tiers à ceux des parties). C'est la métaphore du miroir qui s'applique ici : en reflet de l'union binationale qui fut à l'origine du lien entre les parents, les médiateurs reproduisent les caractéristiques des parties et les conjuguent en un binôme qui agit de concert. Cette logique s'exprime également dans la présence d'un médiateur et d'une médiatrice. À la désunion des couples tente de répondre l'union des tiers, alliance qui s'évertue sinon à concilier les points de vue, du moins les coordonnées culturelles et légales des deux États parties au conflit. Sous cette forme de médiation, trouver le bon binôme devient alors décisif puisqu'il s'agit de travailler main dans la main, et de s'assurer que malgré les divergences culturelles et linguistiques, on œuvre pour le même but et, comme le souligne un médiateur, « qu'on parle la même langue » (M2). Ce qui se dégage en définitive de ce modèle de comédiation, c'est que l'enjeu juridictionnel – le fait que deux États et autant de systèmes juridiques sont concernés dans la médiation – structure la morphologie de la médiation et détermine les compétences nécessaires du praticien.

2.5 Une médiation entre juridiction et lien familial

Suite à cette première salve de réflexions concernant les caractéristiques de la médiation familiale internationale, il est opportun d'effectuer un point d'étape et de rassembler les

éléments d'analyses pertinents au regard de nos hypothèses de recherche. Rappelons donc que nous soutenons que les médiateurs familiaux internationaux, loin de se cantonner à la prise en compte exclusive de l'aspect interpersonnel du litige, doivent obligatoirement composer avec les enjeux juridictionnels des cas familiaux transfrontières qu'ils accompagnent. Nous aimerions en ce sens revenir sur quatre des caractéristiques exposées dans la section précédente, indiquant autant de contraintes juridictionnelles qui pèsent sur la médiation familiale internationale.

En premier lieu, comme nous l'avons vu, la médiation familiale internationale se définit spécifiquement par l'aspect transfrontière du conflit qu'elle entend apaiser, et, en ce sens, elle se confronte à un couple en situation de séparation entre deux États. Au-delà du simple aspect interpersonnel, il y a donc deux systèmes juridiques, deux institutions judiciaires, souvent deux langues, et surtout deux États dont les spécificités doivent être prises en compte.

En second lieu, deux aspects de l'institutionnalisation de la médiation familiale internationale donnent à voir l'influence de l'enjeu juridictionnel sur le processus. D'une part, le mode d'organisation même des médiateurs en réseaux *transnationaux* cherche à répondre concrètement aux enjeux posés par les limites juridictionnelles et le caractère transfrontière des litiges dont ils s'emparent. D'autre part, la relation de complémentarité entre médiation et procédure judiciaire exprime en un sens le caractère incontournable de l'enjeu juridictionnel de l'enlèvement parental international. En effet, l'essentiel reste que la médiation ne nuise pas à la coopération judiciaire entre États, qu'elle ne soit pas préjudiciable au fragile équilibre conventionnel. On saisit donc combien la médiation doit rester un complément aux procédures judiciaires, en raison du caractère transfrontière de l'enlèvement parental international et de ses conséquences juridictionnelles. C'est qu'en définitive, la médiation, par son action ponctuelle et au cas par cas, est susceptible de mettre en danger les communautés de confiance.

En troisième lieu, le modèle de comédiation « des 4 B » exprime par sa morphologie même la façon dont la médiation familiale internationale est traversée par le double enjeu juridictionnel et interpersonnel des litiges familiaux transfrontières. La présence de deux médiateurs qui travaillent en tandem reflète littéralement le caractère binational du litige et modifie la manifestation de l'impartialité du tiers (par rapport à la médiation interne). On passe alors d'une posture extérieure et non impliquée vers une alliance représentative des médiés, de leurs systèmes légaux et de leurs coordonnées culturelles.

Enfin, en quatrième lieu, l'homologation et la reconnaissance de l'accord de médiation à l'étranger constitue l'expression par excellence de la contrainte juridictionnelle qui pèse sur le processus de médiation familiale internationale. Il en va en effet de l'opposabilité juridique même de l'accord et de la conservation de sa force exécutoire lorsqu'il traverse les frontières nationales.

En définitive, l'omniprésence de l'aspect juridictionnel, en raison du caractère binational des conflits dont s'empare la médiation familiale internationale, implique une inévitable juridicisation de la pratique qui influence tant la définition de la médiation et son mode d'institutionnalisation, que les modèles qu'elle met en œuvre et l'empan des solutions envisageables.

2.6 Une médiation exempte d'enjeux de confiance institutionnelle

S'il est donc clair qu'il existe bel et bien un enjeu juridictionnel avec lequel le médiateur doit composer, il faut soulever que cet enjeu *n'implique pas de confiance institutionnelle entre les praticiens*. Ce constat mérite que l'on s'y arrête un instant. À l'inverse des juges, les médiateurs ne sont pas liés par une confiance institutionnelle, et nous considérons qu'il est non avenu de discuter des enjeux de confiance institutionnelle chez les médiateurs pour deux raisons : d'une part, en vertu de l'absence de communauté de confiance et, d'autre part, en raison du type de relation entretenue entre médiateurs.

En premier lieu, étant donné le niveau d'institutionnalisation de la médiation familiale internationale et le caractère émergent de la pratique, on ne peut avancer que les réseaux transnationaux instituent des communautés de confiance. Ils peuvent, tout au plus, être considérés comme des communautés d'intérêts, dont les positions restent divergentes en interne, particulièrement en matière de modèles, de référence et de pratiques[576].

En second lieu, la relation entre les médiateurs qu'implique le modèle de comédiation pourrait rassembler les conditions d'une relation de confiance institutionnelle, à l'image de celle que nous avions repérée pour les magistrats. En effet, il convient d'acter une similitude et une différence, dans les rapports mutuels entretenus entre les juges d'une part, et entre les

[576] Nous avons en ce sens pu discuter avec des médiateurs qui, bien que faisant partie des réseaux transnationaux de médiation, voient d'un œil critique le modèle des 4B mis en œuvre dans les réseaux de médiation, jugé trop directif et trop restrictif. De manière plus générale, il existe une certaine concurrence entre les diverses initiatives de développement de médiation familiale internationale, par exemple entre les initiatives du SSI et celles de MIKK ou du *Cross-border Family Mediator Network*.

médiateurs d'autre part. Il y a similitude puisque les médiateurs familiaux internationaux travaillent parfois en comédiation avec un homologue étranger, faisant partie d'un réseau transnational de médiateurs familiaux internationaux. Il y a différence cependant, puisque la situation et les enjeux de l'interaction entre les médiateurs ne sont pas de même nature que celle entre les magistrats : à l'opposé d'une relation médiate et désincarnée, les médiateurs travaillant de concert sont amenés à se voir en face à face et à développer une pratique collective et collaborative. La relation qui les lie est personnelle, directe, en présence, et se constitue en interaction, par l'expérience de la collaboration. En effet, de par la nature même du travail de médiation, la confiance interpersonnelle entre les professionnels prend une place importante : la connaissance interpersonnelle entre médiateurs est acceptable, voire souhaitée, étant donné que l'impartialité n'est pas ici garantie par l'indépendance et la distance entre homologues, comme chez les magistrats, mais bien par l'alliance, l'unisson de l'action et la synergie des pratiques des médiateurs, dont l'hybridation et le syncrétisme atténuent le parti pris. C'est en ce sens que ce médiateur membre d'un réseau indique :

> « C'est important aussi cette comédiation de pouvoir être *cocoon* c'est-à-dire à la fois de pouvoir travailler en confiance et confortable, avec l'autre médiateur. Il faut qu'on ait confiance en l'autre et qu'on ait l'habitude de travailler avec lui. Et il faut cette complémentarité juridique-psychologique. Et enfin il faut les langues aussi, parler la langue des personnes » (M4).

La nature des relations de confiance qui sont susceptibles de lier les médiateurs entre eux et les magistrats entre eux sont en ce sens distinctes. Si des relations de confiance venaient à se constituer entre les médiateurs, celles-ci seraient alors de l'ordre d'une confiance interpersonnelle entre deux individus qui se connaissent sur base de l'expérience d'un travail en commun. Bien loin de chercher à « être *cocoon* », les juges évoluent dans l'absence de l'homologue étranger, et se tiennent garants d'une communauté de confiance en vertu de normes et de valeurs partagées. Nous ne pouvons donc, compte tenu du stade d'institutionnalisation de la médiation et de la nature même de la pratique de la (co)médiation, traduire notre hypothèse de prégnance d'enjeu juridictionnel en termes de confiance institutionnelle. Néanmoins, cela ne nous empêche pas de développer le travail de la confiance interpersonnelle entre les justiciables par les médiateurs familiaux internationaux, qui restent en priorité les artisans du rétablissement de la confiance interpersonnelle déchue.

3 Le parcours de médiation : de la méfiance mutuelle à la confiance interpersonnelle

En accord avec les hypothèses que nous avons posées, le médiateur s'apparente à la figure du tiers qui travaille avant tout la relation interpersonnelle entre les parents et les enjeux de confiance interpersonnelle qui y sont liés. À l'opposé du rôle du juge requis donc, le médiateur, de par son action contextualisée, cherche avant tout à favoriser l'émergence, voire le maintien d'une relation de confiance interpersonnelle, sans se soucier de se porter garant d'une confiance institutionnelle.

Comme nous l'avions mentionné en conclusion du chapitre précédent (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 3), le médiateur familial international se trouve en réalité aux prises avec les mêmes enjeux que le juge requérant, à savoir la stabilisation de la relation interpersonnelle entre les parents. Il sera, lui aussi, attentif à mettre en œuvre une désescalade du conflit et à favoriser une coparentalité malgré le haut degré de conflictualité entre les parties. Si les objectifs des médiateurs semblent se rapprocher des objectifs des juges requérants, leurs *méthodes* et leurs *pratiques* diffèrent, comme nous avons pu le constater dans les sections précédentes. L'enjeu de la conversion des méfiances mutuelles en confiance interpersonnelle semble ici encore plus crucial pour la pratique de la médiation que pour l'adjudication, et fera donc l'objet d'un examen particulièrement attentif. Nous détaillerons le travail de reconstruction du lien de confiance interpersonnelle entre les parents selon un processus qui se développe en six temps : premièrement, instaurer un climat de confiance et gagner la confiance des médiés (3.1) ; deuxièmement, réduire la méfiance mutuelle entre les parents (3.2) ; troisièmement, favoriser la reconnaissance et l'engagement mutuel (3.3) ; quatrièmement, faire émerger la confiance interpersonnelle (3.4) ; cinquièmement, sceller la parole par écrit et inscrire la confiance dans le réel (3.5) ; sixièmement, clore le litige et accompagner la confiance (3.6).

Pour autant, il serait excessif, voire présomptueux, d'avancer que la médiation familiale internationale rétablit généralement un lien de confiance interpersonnelle entre les médiés : si c'est effectivement un objectif visé par les praticiens[577], il reste dans la plupart des cas illusoire, tant les blessures peuvent être profondes, les trahisons sembler irréparables, la peur de l'autre

[577] Ainsi, un médiateur nous indique de manière explicite : « La confiance, c'est un objectif que je vise. À partir d'un diagnostic que je leur partage. À savoir que ce qu'ils ont posé comme acte jusqu'ici était des actes qui ont dégradé la confiance de plus en plus. Un des objectifs que moi je me donnerai dans cette médiation c'est de petit à petit rétablir la confiance, mais ça, ça va être un des objectifs les plus longs termes qu'on ait, ce n'est vraiment pas facile. Mais en même temps j'ai mon chemin pour y arriver, faites-moi confiance ». (M1)

empoisonner la relation parentale. Ajoutons à cela l'urgence nécessaire de la situation et l'éloignement géographique, et il est clair que le rétablissement d'une confiance interpersonnelle semble une gageure dans ces cas extrêmes. Si l'essentiel consiste dès lors à obtenir un accord, et à poursuivre par ce moyen l'éventuel rétablissement du lien entre l'enfant et ses parents, la confiance, elle, semble faire office de surplus. Comme l'indique D. Ganancia :

> « Il y a urgence de solutions, pour des enfants en danger de perte de liens avec un parent (voire les deux). La priorité, c'est que l'enfant retrouve l'accès à ses deux parents. La confiance, la transformation de la relation entre les parents arriveront peut-être ensuite 'par surcroît', quand la signature d'un accord, même à distance, aura rassuré les parents au plan juridique, montré qu'il peut fonctionner »[578].

Il paraît opportun, avant de s'engager dans l'exploration du parcours de médiation du point de vue de la confiance, de préciser que les médiateurs qui ont été interrogés dans la section qui suit se divisent en deux catégories : d'une part, des médiateurs belges faisant partie du réseau de médiateurs européens (*Cross-Border Family Mediation Network*) et, d'autre part, des médiateurs et travailleurs sociaux suisses du Service Social International, qui réalisent des médiations familiales internationales dans le cadre du traitement des dossiers familiaux transfrontières. Ces derniers se réclament explicitement d'une *mediation-based approach* qui infuse la pratique du travail social dans son ensemble, de l'ouverture à la clôture du dossier. Ce ne sont donc pas des médiateurs qui officient à leur propre compte, au contraire des médiateurs belges interrogés, puisqu'ils font partie d'une organisation non gouvernementale. Cependant, bien que chaque médiateur ait son propre style de travail, les pratiques de médiations restent similaires dans les objectifs poursuivis, particulièrement la poursuite de l'intérêt supérieur de l'enfant et le maintien des liens entre les parents et le ou les enfants. Tous ces médiateurs sont également expressément formés à la médiation familiale internationale.

3.1 Engager les parties en médiation, gagner la confiance des médiés

En premier lieu, avant tout travail de la confiance entre les médiés, les médiateurs s'évertuent à favoriser la création d'un climat de confiance dans la médiation. Ceci implique l'instauration d'une confiance interpersonnelle pas uniquement entre les ex-conjoints, mais également vis-à-vis du ou des médiateurs en présence. C'est la présence de ce tiers à la fois institutionnel et

[578] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 215.

proche d'eux qui peut favoriser la reprise du dialogue, à condition qu'il soit considéré comme fiable et digne de confiance. Avant de tenter de réduire les méfiances entre les parties, avant d'espérer rétablir une confiance minimale entre les parents, les médiateurs doivent *gagner la confiance* des médiés. C'est la première étape du processus.

Nous l'avions déjà souligné (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 2.4) : la confiance interpersonnelle, à la différence de la méfiance, est une attitude active qui implique un *engagement personnel* en faveur de quelqu'un[579]. Elle ne se limite pas à un jugement sur la crédibilité d'autrui ou à une croyance dans sa fiabilité, ni même à une connaissance des raisons qu'il aurait de se montrer loyal[580] : si l'on veut que confiance advienne, il est nécessaire qu'il y ait un engagement des parties.

Dans le cas de la médiation, l'engagement est double : la première dimension de cet engagement concerne le processus de médiation même, lorsque les parties acceptent de rencontrer le médiateur, et, ensuite, de dialoguer avec l'autre parent. C'est cet engagement qui peut conduire à se trouver *engagé par* l'interaction, le dialogue, la rencontre, le *visage* de l'autre[581]. En second lieu, les parties s'engagent, si la médiation porte ses fruits, à respecter l'accord qu'elles ont produit. Nous nous attarderons ici sur le premier aspect de l'engagement, le second fera l'objet d'une analyse conjointe de la confiance au regard de la parole scellée par l'écrit, dans une section ultérieure (cf. *infra*, 3.5*)*.

On peut utilement se référer à la structure logique de la confiance pour saisir ce qui se joue dans l'enrôlement des parties vis-à-vis du processus de médiation. De manière générale, lorsque la confiance s'apparente à un acte public qui marque un *engagement*, on peut la décrire comme un moment précis où A « fait confiance » à B pour réaliser X[582]. Ici, il s'agir de la délégation de pouvoir des parties vers le ou les médiateurs, dont la structure A (fait confiance à) → B (en relation à) X, signifie que le parent (A) fait confiance au médiateur (B) en relation à la résolution de leur conflit (X). Néanmoins, du point de vue du médiateur, qui est alors un point de vue *stratégique*, c'est la structure logique réciproque qui s'applique, à savoir : B ← (gagne la confiance de A → (en relation à) X, autrement dit, le médiateur *gagne* la confiance du parent en relation à la médiation[583]. Gagner la confiance des médiés implique donc bien une délégation

[579] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 48.
[580] QUÉRÉ Louis, « Les « dispositifs de confiance » dans l'espace public », *op. cit.*, p. 191.
[581] LEVINAS Emmanuel, *Éthique comme philosophie première*, Paris, Rivages, 1998.
[582] OGIEN Albert, « Éléments pour une grammaire de la confiance », *op. cit.*, p. 223.
[583] *Ibid.*, p. 225.

de pouvoir, organisée et recherchée, et ce malgré l'absence de pouvoir *décisionnaire* du médiateur. On retrouve, dans le fait de gagner la confiance des parties, le paradoxe de la médiation qui se voit à la fois recommandée par une instance judiciaire, investie de l'autorité étatique et fondée sur la base d'un engagement volontaire des parties. Cette stratégie est justifiée par la fin poursuivie de la médiation, visant à mieux équiper les parents pour résoudre leur propre conflit. Cependant, la délégation de pouvoir des parties reste bien réelle, même si indirecte et moins visible que dans les procédures d'adjudication.

L'essentiel du travail initial des médiateurs est alors de parvenir à créer – particulièrement s'ils agissent seuls – une relation de confiance avec chacun des parents, séparément. C'est ce que l'on nomme une « médiation en navette », comprenant des entretiens individuels avec chacun des parents, tour à tour, en préalable à la rencontre de médiation en face à face. D. Ganancia insiste sur ce point :

> « La qualité de la relation médiateur-couple et la confiance qu'il inspire sont les ingrédients fondamentaux du processus de médiation ou la clé de l'acceptation du processus. Sans ce lien, le couple ne peut se risquer à abandonner les solutions judiciaires qui paraissent (illusoirement) plus sécurisantes. La création d'une 'alliance' avec les deux parents facilite la négociation : le médiateur doit donner aux parties le sentiment de travailler à un but commun, qu'il partage avec eux : il est l'allié des deux pour un travail à trois. Si chacun perçoit que le médiateur manifeste un intérêt réel pour sa situation, et qu'il s'implique personnellement, il est davantage prêt à collaborer »[584].

Avant toute tentative de retissage du lien entre les parents, formant la « base » du triangle de la médiation, le tiers qu'incarnent le ou les médiateurs doit sceller les alliances avec chacun des parents de manière individuelle, de sorte à camper des fondations solides pour entamer le travail de restauration de la relation entre les parties. En ce sens, « l'œuvre de la médiation est d'établir un climat de compréhension mutuelle qui fera baisser le niveau de haine entre les ex-conjoints et remonter le niveau de confiance entre eux »[585]. À noter que l'on retrouve l'approche stratégique de la médiation dans le fait que le médiateur doit donner « le sentiment de travailler à un but commun ». D. Ganancia poursuit :

---

[584] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 222.
[585] *Ibid.*, p. 19.

> « Au départ d'une médiation, chacun voit l'autre comme un ennemi à abattre. Les positions sont opposées et semblent incompatibles. Faire passer de la méfiance absolue à l'ouverture, surtout dans des situations où il y a un déséquilibre dans les rapports de force, est une gageure. Cela nécessite un travail patient où le médiateur, grâce à la relation de confiance créée avec chacun, met l'accent sur les intérêts mutuels et les besoins communs, et principalement l'intérêt de l'enfant »[586].

Ce sont donc les confiances en le médiateur, en vertu de son impartialité, qui constituent le premier pas en dehors des méfiances mutuelles, voire de la haine que peuvent se porter les parties suite aux actes dommageables qui ont été posés. Implémenter ce climat de confiance est un moyen pour le médiateur d'engager les parties dans le processus de médiation, et l'on retrouve, à l'instar de la confiance institutionnelle, ce double aspect de la confiance interpersonnelle en tant que moyen et fin de l'action (gagner la confiance des médiés pour qu'ils puissent en définitive se faire à nouveau confiance).

3.2 Désamorcer la méfiance mutuelle, se recentrer sur l'enfant

Une fois la confiance *en* le médiateur et dans le processus de médiation établie, vient alors le temps de la réduction de la méfiance entre les parties. Il est essentiel de désamorcer le cercle vicieux de la méfiance mutuelle dont nous avons déjà décrit et explicité certaines caractéristiques précédemment (cf. *supra*, première partie, chapitre II, 3.2). À la rupture de confiance qu'incarne le passage à l'acte de l'enlèvement, violant par définition le consentement d'un des parents, viennent se superposer les procédures judiciaires structurées par des stratégies contentieuses des parties (dont nous avons précédemment documenté la propension à attiser la méfiance mutuelle, cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 2.7). Se dégager du droit, de ses codes et de ses catégories, afin de replacer l'enlèvement comme un acte ayant une signification extra-juridique dans un contexte familial, constitue un des moyens privilégiés pour s'extirper du cercle vicieux de la méfiance. Ce décentrement, couplé au fait de couper court aux stratégies contentieuses des parties en les exposant en pleine lumière, est une des manières de « normaliser » les stratégies et la méfiance mutuelle, en les considérant comme légitimes :

> « Je mets à plat les stratégies. Je dis 'OK, vous, vous avez tout intérêt à ce que les choses n'avancent pas. Vous avez intérêt à ce que cette médiation stagne'. Pour que tout soit au plus clair, que toutes les idées derrière la tête soient dites comme légitimes. Mais une fois qu'on a

[586] *Ibid.*, p. 224.

> mis tout ça à plat, après, la question ‘et maintenant vous voulez faire quoi ?’ prend une autre épaisseur. Cela étant dit, ça permet d’abord de relativiser le côté ‘c’est hyper grave [l’enlèvement]’. Je ne dis pas que c’est pas grave en soi, mais j’essaie de mettre à distance l’utilisation stratégique par la victime de l’enlèvement de ce ‘c’est grave’ – mais parce que c’est grave pour l’extérieur. Est-ce que dans le contexte familial, c’est grave ? (M1)

Par l’explicitation et la normalisation de l’aspect stratégique du litige, mais également par la réimplantation de la signification de l’enlèvement d’enfants dans l’univers familial, le médiateur cherche à relativiser la gravité de l’acte préjudiciable et à faire émerger des éléments que l’adjudication ne prend pas en compte. En ce sens, dépayser l’enlèvement parental international de son univers juridique, des catégories de parent ravisseur et parent délaissé, c’est ramener l’enlèvement à autre chose qu’une voie de fait en la reliant à l’histoire familiale, dans les nuances et les complexités des rapports intimes. Cette déterritorialisation sémantique vise aussi à déjouer le cercle vicieux de la méfiance mutuelle puisqu’elle permet d’élargir l’univers pertinent, et de gagner en quantité d’information. Nous avions en effet montré que la méfiance reposait de manière plus dépendante sur un plus petit nombre d’informations (cf. *supra,* première partie, chapitre II, 3.2), élargir le dialogue permet alors potentiellement de désamorcer la tendance à l’autoconfirmation de la méfiance mutuelle.

Replacer le litige dans l’histoire familiale des médiés en restituant la complexité du conflit conjugal qui lui a donné naissance, c’est aussi recentrer ce litige autour du seul aspect fédérateur qui subsiste : l’enfant. En effet, bien que les techniques et les appellations soient pléthores, toutes impliquent la même focalisation : le *child focus.* Plus qu’aucun autre aspect de l’enlèvement parental international, la figure de l’enfant semble être à même de désamorcer la méfiance mutuelle par un décalage de focale du déchirement conjugal. Autant avancer sans ambages que l’intérêt supérieur de l’enfant détient ici des vertus méthodologiques : le décentrement inhérent qu’opère le fait de se mettre à la place de l’enfant est une des techniques centrales et communes à toutes les médiations familiales internationales.

> « Le *child focus* je trouve que c’est des outils super, parce que dans toutes les questions familiales tu peux très vite te perdre à prendre parti pour l’un ou pour l’autre. Cet outil du *child focus,* c’est ça qui sauve ta manière d’appréhender la réalité. On n’est pas là pour faire juge ou partie sur un des deux protagonistes du couple, c’est pas notre rôle. Ce rôle-là, il est déjà tenu avec brio et avec fiasco par les avocats. Dès qu’une famille commence un peu à exploser, tout de suite chacun fonce chez les avocats, qui font effectivement monter la sauce. Il faudrait faire des médiations pour que les gens se parlent, qu’ils remettent l’enfant au milieu, au centre de la

> table. Tellement souvent, les enfants ils deviennent des outils, ils parlent du butin, essayer de récupérer ça face à l'autre, c'est monstrueux. Par la médiation tu peux vraiment remettre l'enfant au milieu de la discussion et puis surtout essayer de mettre en avant ce qui est le mieux pour lui » (M5).

Par-delà le standard juridique qui permet de perpétuer l'illusion d'un consensus de valeur dans une communauté de confiance au pluralisme juridique marqué, l'intérêt supérieur de l'enfant fait place à des dérivés techniques tels que le *child focus*. Comme l'indique ce médiateur, une des vertus premières de la conversion du principe juridique d'intérêt supérieur de l'enfant en outil méthodologique de médiation est de faciliter l'impartialité de la posture du médiateur : ne pas prendre parti pour l'un ou l'autre parent, mais uniquement pour l'enfant. L'enfant, dès lors tiers par rapport au conflit conjugal et au conflit parental, devient l'allié par excellence du médiateur, dont ce dernier privilégie la perspective afin de se positionner également dans une posture tierce vis-à-vis des parties.

Par ailleurs, la perspective de l'enfant permet de se décentrer du conflit conjugal au profit de la coparentalité à faire advenir. Puisque la coparentalité n'est autre chose que l'exigence d'un deuil de la relation conjugale, afin de transmuter le couple conjugal en couple parental, l'enfant incarne par excellence la figure fédératrice de la nouvelle relation, le lien constitutif de la configuration familiale naissante. Cette nécessaire distinction du parental et du conjugal constitue un leitmotiv de la médiation familiale, qu'elle s'adresse à des cas transfrontières ou internes, et ce étant donné que la relation parentale est propice à se muer en terrain d'une vengeance conjugale. En effet, l'enfant y fait alors office de lien indéfectible pour le meilleur et pour le pire, puisqu'il est susceptible, comme l'indique ce médiateur, d'être instrumentalisé, réduit à l'état d'objet, de « butin » d'une guerre trouvant ses origines dans les ressentiments conjugaux et les trahisons amoureuses. L'enlèvement parental international entretient dès lors un lien complexe, mais bien établi, entre le plan conjugal et le plan parental de la famille[587].

Le *child focus*, représente également le moyen de faire émerger l'enfant sujet, dont la voix s'élève hors du jeu des conjugalités meurtries, intimant les parties à leurs rôles de parents. Il reste que l'on peut noter l'ambiguïté de cette relation à la perspective de l'enfant :

[587] Nombre de médiateurs interrogés nous ont effectivement partagé leurs expériences en la matière. Le passage à l'acte peut effectivement revêtir les atours de la vengeance, suite à une trahison dans la sphère conjugale, et, de manière évocatrice, il apparaît que lorsque le conflit s'est apaisé, l'établissement d'une nouvelle union conjugale d'un des parents constitue une cause majeure d'un regain de conflictualité potentielle (M1, M4, M5). On saisit en ce sens qu'il existe des liens complexes entre enlèvements parentaux internationaux, conjugalité et parentalité.

l'instrumentalisation de l'enfant dans le conflit parental est condamnée comme un fait « monstrueux » par ce médiateur, il faut cependant souligner que l'instrumentalisation méthodologique de la perspective de l'enfant en médiation tient d'un registre similaire[588]. Bien entendu, la finalité poursuivie n'est pas identique, et l'on ne peut donc placer ces instrumentalisations sur le même plan : il s'agit ici de s'outiller de la perspective de l'enfant pour mieux servir son meilleur intérêt et non pas pour faire payer à l'autre parent le prix d'une trahison. « Remettre l'enfant au milieu de la table » et ramener systématiquement le conflit à sa perspective, détient donc ce triple avantage pour le médiateur : trouver la posture juste, d'impartialité entre les parties ; se défaire de l'aspect conjugal du litige pour se concentrer sur la parentalité ; poursuivre l'intérêt supérieur de l'enfant, et le faire émerger en tant que sujet. Un dernier aspect marque cette perspective de l'enfant, à savoir *l'aspect positif de la figure de l'enfant* comme centre d'intérêt commun, ainsi que le souligne D. Ganancia :

> « La dynamique de la médiation familiale est d'opérer une sorte de déminage des aspects négatifs du conflit du couple, pour refocaliser les parents sur un centre d'intérêt positif commun : leur enfant. Le travail réalisé au sein de l'espace confidentiel de la médiation permet un accompagnement de fond sur la trame déchiquetée des situations conjugales. C'est un travail qui se fait pas à pas pour aider d'abord à trier ce qui est de l'ordre de la relation de couple et des fonctions de parents, séparer le conjugal du parental : il permet aux ex-conjoints de s'expliquer sur leur histoire passée, de lui donner un sens, afin de pouvoir reconstruire l'histoire future »[589].

Déjouer les méfiances par un recentrement sur la figure positive de l'enfant constitue donc le second pas de la médiation familiale internationale. La focalisation sur ce tiers particulier trie les aspects futurs et passés de la relation entre les médiés, actant les douleurs du couple pour mieux avancer vers les nouveaux atours de la parentalité que devra revêtir l'histoire à naître. Cette irruption de l'enfant en médiation, comme lien indéfectible et attention commune d'un avenir familial, hors des carcans strictement juridiques et hors de l'attribution des fautes conjugales ou parentales, constitue une occasion de matérialiser une échappée hors du cercle vicieux de la méfiance, de prendre la tangente du *statu quo* communicationnel.

---

[588] L'usage, par exemple de photos des enfants, est très fréquent et sert à concentrer les parents sur le bien-être de leur enfant plutôt que sur les velléités de leur passé conjugal (M5, et D. GANANCIA, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 93). Ce faisant, l'attitude des médiateurs que nous avons eu l'occasion de voir à l'œuvre peut également sembler instrumentale : le médiateur demande au parent s'il peut lui montrer une photo de l'enfant, s'enquière de son prénom, afin de le rendre présent dans le dialogue malgré son absence.

[589] *Ibid.*, p. 48.

3.3 Défaire les identités judiciaires, reconnaître l'autre comme parent

Nous n'épuiserons pas ici, loin s'en faut, les relations multiples et complexes qu'entretiennent les notions de justice et de reconnaissance[590]. Nous aimerions toutefois pointer quelques indices qui relient les notions de reconnaissance mutuelle et d'engagement avec le concept de confiance interpersonnelle dans le parcours de médiation que nous explorons ici. Comme l'indique la formule d'A. Garapon, « si c'est la relation qui est le lieu de l'injure, c'est la relation qui sera le lieu de la réparation. Cette relation restaurée, reconstruite doit être mise en scène dans une rencontre »[591]. La mise en scène dans une rencontre, c'est justement ce que se propose de faire la médiation familiale internationale. La vertu première de la médiation, même dans sa version la plus minimaliste[592], est en ce sens d'organiser une rencontre en face à face[593], de rétablir les contacts entre l'enfant et le parent délaissé, dans un contexte où les parents ne se sont souvent plus revus depuis le passage à l'acte. Il y a une vertu intrinsèque à la coprésence des parties, à l'engagement en face à face, comme l'indiquait justement A. Giddens[594], qui constitue une étape nécessaire à la relance d'une potentielle relation de confiance interpersonnelle.

Cette rencontre, c'est également l'occasion pour les médiateurs de tenter d'amener les parties à se défaire des rôles de victimes et de coupables, ayant été instaurés par la catégorisation juridique de l'enlèvement d'enfants, parfois fossilisés dans de véritables identités au fil de la

---

[590] Pour les réflexions les plus pertinentes, voir parmi d'autres HONNETH Axel et FRASER Nancy, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, London/New York, Verso, 2004 ; RENAULT Emmanuel, *Mépris social: éthique et politique de la reconnaissance*, 2004 ; HONNETH Axel, « La théorie de la reconnaissance: une esquisse », *Revue du MAUSS*, vol. 23, nº 1, 2004, p. 133 ; RICŒUR Paul, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Stock, 2004 ; HONNETH Axel, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Folio, 2013 ; ANDERSON Joel H. et HONNETH Axel, « Autonomy, vulnerability, recognition, and justice », dans John CHRISTMAN et Joel H. ANDERSON (dir.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 127-149 ; GARAPON Antoine, « Justice et reconnaissance », *Esprit*, Mars/avril, nº 3, 2006, p. 227-244 ; RENAULT Emmanuel, *L'expérience de l'injustice: reconnaissance et clinique de l'injustice*, La découverte, 2013. Nous conclurons cette thèse de doctorat en ouvrant les diverses pistes de recherche des relations entre confiance et reconnaissance, en l'état trop sommairement esquissées, à la fois au niveau institutionnel et interpersonnel.

[591] GARAPON Antoine, « Justice et reconnaissance », *op. cit.*, p. 234.

[592] Telle que l'approche basée médiation utilisée au sein de branches du service social international (SSI) qui mènent des « segments de médiations » dans leur traitement des dossiers, selon les termes d'un médiateur interrogé (M8),

[593] La rencontre en face à face peut être médiatisée par un écran. Même si l'entrevue n'est pas physique, il semblerait que, selon les praticiens rencontrés, la visioconférence puisse œuvrer tout de même comme une rencontre. C'est ce qu'indique également D. Ganancia rapportant la médiation entre les parents d'un enfant dénommé Léo : « Cette médiation [par visioconférence] peut rendre perplexes les puristes de la médiation familiale classique, pour qui la médiation ne commence qu'avec le face-à-face. Pourtant, une véritable médiation a bien eu lieu entre ces deux parents sans même qu'il y ait eu de rencontre physique entre eux, et le résultat est là : Léo a retrouvé sa mère après plus de trois ans d'absence », GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 180.

[594] GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, *op. cit.*, p. 85-86.

guerre judiciaire que se mènent les parents, comme le mentionnait ce médiateur qui référait au « formatage » conflictualisant de l'adjudication, dans la première partie de ce chapitre (cf. *supra*, 2.2). On imagine aisément l'ampleur que peut prendre une identité parentale victimaire marqué par l'absence d'un enfant, qui se sédimente au fil du temps, au point de devenir un repère fondamental de l'identité d'un individu. Nous avions déjà abordé cet aspect lorsque nous avions travaillé le rôle du juge requérant, qui resurgit également au cœur du travail du médiateur[595]. Un cas rapporté par un médiateur illustre ce point. Il s'agit d'un enfant enlevé par son père sept ans auparavant vers le Bangladesh, État non-conventionné, lorsque l'enfant n'avait que trois ans. Sa mère ne l'a plus revu depuis et recontacte le médiateur car elle a été mise au courant que le père et son fils ont récemment déménagé à Londres, donc dans un État conventionné, où elle dispose de plus de chances d'obtenir gain de cause :

> Le père et l'enfant sont retournés à Londres, l'enfant n'avait que onze ans. Il a texté sa mère et puis il a dit : 'maman j'aimerais que tu viennes me voir'. La mère nous a appelés : qu'est-ce que je peux faire, maintenant que le père est à Londres ? Donc elle pense directement : Convention de La Haye, tout de suite, retour possible, retour forcé, etc. Donc j'ai dit – comme tu connais notre approche médiation –, j'ai dit : il faut qu'on voie la mère pour discuter, alors on l'a convoquée. Et elle était complètement obstinée. Son discours c'était : moi je suis victime d'un enlèvement d'enfants il n'est pas question que j'aille voir mon fils, je demande qu'il revienne ici, qu'on me l'amène et j'attends que vous me disiez comment le faire revenir. J'ai expliqué à la mère qu'elle prend beaucoup de risque. Déjà, si elle fait une demande de retour, soit les autorités ne vont pas entrer en matière parce qu'ils vont dire c'est trop daté, c'est trop vieux comme cas pour entrer en matière. L'autre risque c'est que si le père apprend qu'il y a une demande de retour, le fils va couper le contact donc il va encore plus fuir sa mère, il va avoir peur de la réaction du père, donc ça peut être un coup contre-productif. Un autre risque c'est que même si les autorités transmettent la demande, peut être que Londres va décider un refus de retour parce qu'ils vont dire que le fils s'est adapté à la vie avec le père. Il y a plein de raisons pour lesquelles la demande peut échouer aussi sur un le plan juridique en Angleterre. Quatrième raison, que le fils a onze ans et il peut être opposé au retour, lui-même, disant 'voilà je vais rester avec mon papa'. Donc j'ai essayé de lui expliquer tout ça pour la soutenir, lui dire que c'est une bonne idée que son fils demande à voir sa mère, c'est bon signe qu'il veut qu'elle aille le voir. Après une heure, on s'est vraiment quitté de manière très fâchée avec cette dame, elle est partie

[595] Pour rappel, le juge en charge du dossier polonais intimait Madame D. de s'interroger sur son insistance à se présenter en tant que victime de l'enlèvement : « Madame préfère-t-elle se porter en martyr que montrer à la cour qu'elle est capable d'organiser de façon constructive la place du père dans un projet impliquant son installation définitive en Pologne ? » cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 2.6).

> fâchée, et elle a dit : 'moi on m'a enlevé mon fils !'. Donc pour elle c'est vraiment une identité qu'elle s'est construite comme victime d'enlèvement et depuis sept ans tout le monde lui a dit : 'on vous a enlevé votre fils' ; S'il n'y avait pas ce concept-là peut être elle serait plus encline à aller dans le sens de l'enfant, mais là, elle se dit 'on m'a fait un enlèvement donc ce que je veux c'est une réparation pour cet enlèvement'. (M2)

On voit donc dans cet extrait que l'enfermement dans une identité de victime rend le recours à la médiation compliqué, puisque l'injustice subie réclame un gain de cause complet, une réparation intégrale plutôt que d'orienter vers le dialogue ou la recherche d'une forme pragmatique de compromis. La catégorie d'enlèvement d'enfants, en distribuant les rôles de coupable et de victime semble aller à l'encontre de la favorisation d'une coparentalité ou d'une coresponsabilité parentale, et la mère serait « plus encline à aller dans le sens de l'enfant » « s'il n'y avait pas ce concept-là ». Ce que cherche la mère dans ce cas-ci, ce n'est pas la pacification de la relation parentale, mais récupérer son enfant.

Comme dans le cas polonais que nous avions traité lors du chapitre précédent (cf. *supra,* deuxième partie, chapitre I, 2.6), il apparaît qu'il est demandé aux parties en médiation de se défaire d'une identité de victime qui cadenasse le conflit en s'ouvrant à l'autre parent et en lui laissant une place. Et c'est dans l'acte de juger que se trouve la source de cette division en rôles de victimes et de coupables, à la fois nécessaire au traitement juridique du litige et préjudiciable au maintien de la relation parentale dans l'intérêt de l'enfant. Comme l'indique avec justesse P. Ricœur :

> « L'horizon de l'acte de juger, c'est finalement plus que la sécurité, la paix sociale. En quoi cette finalité ultime rejaillit-elle sur la définition initiale de l'acte de juger par sa finalité prochaine, à savoir mettre fin à l'incertitude en tranchant le conflit ? Trancher, on l'a dit, c'est séparer, tirer une ligne entre le 'tien' et le 'mien'. […L]'arrêt tombe comme une parole qui sépare, mettant d'un côté le plaignant déclaré victime et de l'autre son adversaire déclaré coupable ; le juge se rappelle alors à nous comme porteur non seulement de la balance, mais du glaive. La dispute est tranchée ; mais elle est seulement soustraite à la vengeance sans être rapprochée de l'état de paix »[596].

Le tranchant du glaive de la justice opère, dans les cas d'enlèvement, en amont de l'acte officiel de juger par le magistrat : la catégorie d'enlèvement parental est déjà opérante en amont d'une

[596] P. RICŒUR, *Le Juste*, Paris, Le Seuil, 1995, p. 190, cité par A. GARAPON, « Justice et reconnaissance », *op. cit.*, p. 238.

adjudication, lorsqu'un des parents introduit un recours auprès d'une Autorité centrale. Le jugement incarne cependant par excellence le moment du départage des rôles et de la catégorisation des parties. Séparer, c'est tirer une ligne entre « tien » et « mien », certes, mais toute la difficulté de la justice familiale réside dans le fait que l'enfant échappe à cette division, restant indéfectiblement un « nôtre », sujet se dérobant à l'appropriation individuelle au profit d'une coparentalité marquée par le lien commun.

Si la dispute est tranchée, « seulement soustraite à la vengeance sans être rapprochée de l'état de paix », c'est parce que la reconnaissance de l'autre (et du jugement) fait défaut. Sans plonger dans une exploration minutieuse des méandres relationnels entre reconnaissance et paix sociale, gardons à l'esprit que la reconnaissance mutuelle des parents fait défaut dans l'adjudication dans les enlèvements parentaux internationaux. La justice adjudicative tranche, mais ne relie plus. Ou plutôt : elle tranche à la fois le cas individuel et l'enjeu juridictionnel, ne s'attachant à relier que le second aspect par la réciprocité de la confiance institutionnelle qu'elle garantit. Dès lors, la médiation familiale internationale s'évertue à prendre le relais du retissage du lien entre des individus enfermés dans des identités closes de victimes et de coupables, distribuées entre autres par l'institution judiciaire.

Puisqu'il s'agit d'un litige civil en matière familiale, on pourrait penser que le glaive de la justice ne sépare pas les parties entre victime d'un côté, et coupable de l'autre. Cependant, comme nous l'avons montré à plusieurs reprises en amont (cf. *supra*, première partie, chapitre I, 1.1 et deuxième partie, chapitre I, 2.2 et 2.3), d'une part, il existe un versant pénal au litige où la dimension punitive est explicitement présente, et, d'autre part, au sein même du volet civil du litige, la tentation à la sanction, voire la punition, reste grande (sous forme, par exemple, d'attribution d'autorité parentale exclusive). Aux antipodes donc du divorce par consentement mutuel, où la faute n'a plus cours, l'enlèvement parental international reste fortement structuré par la logique de la faute et les catégories de coupables et de victimes demeurent des référents identitaires structurants pour les justiciables.

Il est intéressant de mobiliser, parmi les divers auteurs ayant mené des réflexions sur la notion de reconnaissance, le travail de P. Ricœur[597]. La reconnaissance, selon cet auteur, se décline

[597] L'approche de P. Ricœur nous semble plus féconde que celle de A. Honneth, en ce qu'elle s'attache moins à une vision de la reconnaissance centrée sur l'individu, liée à une quête d'autonomie qui se pense principalement comme une émancipation de soi à soi, ou, du moins, pour laquelle le rapport à soi est déterminant. Nous reviendrons sur les potentiels apports d'une notion de confiance complexe et approfondie à la théorie de la justice de A. Honneth dans la conclusion générale de cette thèse (cf. *infra*, conclusion, 4.4).

selon trois idées mères[598]. On peut en tracer ici les contours de manière extrêmement sommaire. La reconnaissance réfère en son sens premier à *reconnaître quelque chose*, sous sa forme active, dans le sens de l'identification d'un objet par un sujet. Dans un second sens, la reconnaissance, renvoyant à soi-même, c'est *se reconnaître* comme quelqu'un, ou reconnaître que l'on a fait quelque chose. Ici s'insère la notion de reconnaissance en tant qu'aveu, lorsque l'on reconnaît avoir commis un péché ou une faute. Reste la troisième déclinaison de la notion, conjuguée au passif et mutualisée, la reconnaissance proprement et fondamentalement sociale, qui implique d'être reconnu par l'autre et de reconnaître l'autre à la fois dans sa différence et dans sa mêmeté[599]. Cette troisième dimension de la reconnaissance forme la *reconnaissance mutuelle* et constitue le fondement du lien social et de la communauté politique chez P. Ricœur.

Si l'adjudication tranche le lien entre les parents, pour acter leurs nouveaux statuts de victimes et de coupables d'enlèvement, ces derniers en viendront (particulièrement pour la victime) à se reconnaître dans cette nouvelle image d'eux-mêmes : de parents, de conjoints, ils deviennent coupables et victimes, ravisseurs et délaissés. Dans notre cas d'étude, la reconnaissance intervient aux trois niveaux, mais ce sont principalement les deux derniers niveaux qui retiendront notre attention dans l'exploration du parcours de médiation. En ce sens, D. Ganancia réfère à la reconnaissance mutuelle comme point d'étape déterminant dans le déroulé d'une médiation :

> « L'arme suprême contre la violence : le dialogue. 'Dé-battre' au lieu de se battre. Mettre en paroles la violence, c'est déjà la désamorcer. Le médiateur amène les parents à parler de leurs peurs, pour les déjouer ; il les aide à 'vider les abcès' du couple, à 's'expliquer'. À comprendre comment l'autre fonctionne et dysfonctionne. Le médiateur aide aussi à décrypter les ressorts de certains actes, par exemple venger un amour propre blessé, une dignité bafouée, réparer des blessures narcissiques à vif. Mettre des mots sur les émotions, sur les souffrances, pour que chacun se sente reconnu dans ses besoins et attentes ; que chaque parent se sente respecté dans son rôle de père ou de mère. Favoriser une reconnaissance mutuelle, pour que chaque parent

[598] Il s'agit de : « I. Saisir (un objet) par l'esprit, par la pensée, en reliant entre elles des images, des perceptions qui le concernent; distinguer, identifier, connaître par la mémoire, le jugement ou l'action. II. Accepter, tenir pour vrai (ou pour tel) III. Témoigner par de la gratitude que l'on est redevable envers quelqu'un de (quelque chose, une action) » P. RICŒUR, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, *op. cit.*, p. 27.

[599] Si l'on nous permet un aparté quant à la reconnaissance mutuelle entre magistrats, notons que la reconnaissance de l'autre dans sa différence et sa mêmeté est éloquemment illustré par le vocable *d'homologue étranger*, que nous avons fait nôtre mais qui provient de la langue des magistrats eux-mêmes. Cette formule, riche de sens, renferme à notre avis l'épaisseur de ce qui se joue dans une confiance institutionnelle, entre reconnaissance de l'autre et respect de sa différence.

> reconnaisse la fonction et la place de l'autre parent et soit rassuré sur sa relation à l'enfant. Alors seulement il pourra déposer les armes »[600].

Si cet extrait est pertinent pour notre propos, il semble néanmoins que l'on y télescope deux moments de la reconnaissance qui peuvent distingués analytiquement : premièrement, la reconnaissance au sens II, à savoir la reconnaissance d'une *faute* par le parent qui a enlevé l'enfant, en « décryptant les ressorts de certains actes » ; deuxièmement, la reconnaissance mutuelle de l'autre, en sens III donc, en tant qu'égal, dans sa qualité de parent, c'est-à-dire « que chaque parent reconnaisse la fonction et la place de l'autre parent et soit rassuré sur sa relation à l'enfant ». Dans une prose limpide, A. Garapon nous rappelle l'imbrication de la reconnaissance du crime [dans notre cas, plutôt de la faute] et de la reconnaissance de l'autre : « [c]ette mutualité commence dans l'idée même de reconnaissance dans laquelle s'emboîtent en quelque sorte reconnaissance du crime et reconnaissance de l'autre […]. Je te reconnais si tu reconnais. Ce qu'il y a de commun à ces deux formes de reconnaissance, c'est précisément le deuil d'une toute-puissance, l'aveu d'une limite à soi, donc le dépassement d'un strict individualisme »[601]. Le deuil d'une toute-puissance, le dépassement d'un strict individualisme, ne sommes-nous pas face à ce que le magistrat en charge du cas polonais reprochait aux parents qui s'étaient retranchés dans des postures procédurières ? N'est-ce pas justement le deuil de cette toute-puissance qui est demandée aux parents séparés lorsqu'ils doivent se partager l'enfant plutôt que se le départager ?

Un médiateur nous offre une vignette empirique éclairante qui nous donne l'occasion d'appréhender ces divers niveaux de reconnaissance :

> « Dans un cas avec l'Afrique du Sud, la mère était partie déjà depuis six mois avec l'enfant. Pendant six mois le père n'avait jamais vu son fils. Et tu imagines un peu le type que je décris, et la rancœur qu'il avait, et la haine du fait de ne pas avoir pu voir son fils, avec une mère qui était quand même psychiquement complètement défaite. Le petit, je peux te dire le bonheur qu'il avait quand son père a apparu ici à l'écran ; parce que je fais la médiation et en même temps j'ai organisé des contacts. Donc j'ai organisé des moments où la mère elle attendait dehors et puis lui, ici, il parlait avec son père et puis après l'inverse et lui il jouait dehors, et la mère elle était ici. Donc la médiation permet de récupérer les contacts, permet à l'enfant de revoir son parent. Et tout ça, ça fait baisser la pression. Et grâce à la médiation, ils se sont beaucoup parlé. Et puis

[600] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 01-102.
[601] GARAPON Antoine, « Justice et reconnaissance », *op. cit.*, p. 235.

> à la fin des cinq ou six séances, ils ont quand même vu que l'autre n'est pas un monstre, l'autre est un être humain. Et à la fin de la médiation, elle, elle a dit : 'd'accord, je comprends que tu maintiens ta demande et, moi, je t'assure que je vais respecter la décision du juge'. Et c'était ça, en fait, l'accord de médiation qui a été trouvé. C'est dire 'on remet notre sort dans les mains du juge et on va accepter le mot du juge'. Et ça c'était pour moi un gain de la médiation, même si c'est très bas au niveau de résultats, mais les deux se sont mis dans un cadre juridique et ont dit 'on va accepter ce cadre-là, du jugement' » (M2).

Deux aspects de la reconnaissance sont décelables ici. D'une part, suite à la rencontre et à la reprise du dialogue durant les sessions de médiation, les médiés ont fini par reconnaître « que l'autre n'est pas un monstre, c'est un être humain ». Ce passage indique en négatif l'aspect déshumanisant du conflit (judiciarisé), qui entraîne les parties à se considérer uniquement comme des « ennemis à abattre »[602], et l'humanisation subséquente par l'intermédiaire de la reconnaissance de l'autre. En ramenant l'autre à un être humain plutôt qu'à un monstre, être uniquement défini par son acte monstrueux, la reconnaissance mutuelle des parties acte l'appartenance de l'autre à la même communauté humaine. Dans un second sens, et c'est ici la signification générale de cet extrait, la médiation n'a servi qu'à ce que les médiés reconnaissent la justice, s'en remette à elle, et acceptent son jugement. L'acceptation du cadre juridique au terme de cette médiation montre en quoi la reconnaissance est sous-jacente à la légitimité et au respect du droit. Il faut donc doubler la reconnaissance mutuelle entre individus, foncièrement interpersonnelle, d'une reconnaissance institutionnelle, en ce sens que les individus se reconnaissent dans une institution et reconnaissent l'institution comme étant légitime.

De plus, la reconnaissance de l'autre, non pas en tant que simple être humain, mais en tant que *parent*, est un point de passage qui sert d'appui à la médiation familiale internationale :

> « Le travail de médiation s'appuie sur une reconnaissance, même minimale, de l'autre comme parent. Il ne s'agit pas nécessairement, comme en médiation interne, d'atteindre une vraie coparentalité (qui implique un partage des tâches et de la prise en charge de l'enfant, impossible à distance), mais au moins une coparentalité symbolique, où chacun reconnaît l'autre dans sa fonction, sa place, son image, ses droits et ses devoirs de parent »[603].

[602] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 224.
[603] *Ibid.*

C'est au moyen de cette reconnaissance mutuelle en tant que parents qu'il est possible de passer « de la dissymétrie à la réciprocité »[604], et de métamorphoser la relation victime-coupable conséquente à l'adjudication ou à la catégorisation, en une relation réciproque, reliant à nouveau des parents égaux. La reconnaissance de l'autre comme *parent* est alors une étape cruciale de désamorçage de la méfiance qui est elle-même renforcée par le régime identitaire conféré par les instruments juridiques. Le processus se déroule donc en deux étapes. Dans un premier temps, il est important de ne pas évacuer les souffrances et d'acter le ressenti et le bien-fondé (ainsi que le rôle cathartique) de l'identité de victime d'un acte grave, et de laisser la place à l'expression de cette identité, de la reconnaître. Il s'agit donc de reconnaître l'autre comme victime, de reconnaître les douleurs causées, les meurtrissures imposées par l'acte unilatéral, de chacun des côtés. Il s'agit ensuite d'opérer une *déqualification* des rôles en tant que victime et coupable, pour opérer dans un second temps une *requalification* de l'autre en tant que parent[605] :

> « Pour moi, le point central de tout ça, c'est la discussion commune avec les parents autour de l'intérêt de leur enfant. Et cela c'est le point central, je pense, pour résoudre le noyau, le nœud gordien de l'enlèvement, les parents sont au moins d'accords de dire 'on veut le mieux pour notre enfant'. Cet intérêt commun spécifique des parents pour leurs enfants, sur ce point-là, si tu arrives à les prendre là-dessus, à partir de là on peut parler. Parce qu'en principe, chacun veut le meilleur pour son enfant. Très très souvent, ils disent quand même 'oui alors je vois les qualités que toi tu as, je vois que toi tu une bonne mère, tu es un bon père'. C'est autour de ça qu'il faudrait créer un concept de la coparentalité post-séparation qui respecte différentes valeurs de chacun » (M2).

On comprend alors combien la reconnaissance de l'autre, à la fois dans son égalité et dans le respect de sa différence, est cruciale et constitue le « du nœud gordien » de l'enlèvement parental international, et « qu'à partir de là, on peut parler ». « C'est seulement par cette reconnaissance de l'Autre en tant qu'individu, et en tant que parent, dit D. Ganancia, que les parents pourront, dans le respect et la confiance retrouvée, reconquérir leurs pleines capacités pour imaginer et organiser leurs propres solutions, et se réapproprier leurs responsabilités de

[604] GARAPON Antoine, « Justice et reconnaissance », *op. cit.*, p. 231.
[605] Nous empruntons les mouvements de déqualification et de requalification à J. Minoc dans son analyse des requalifications parentales par les travailleurs sociaux dans les cas de divorces conflictuels : MINOC Julie, « (Dés)ordres familiaux à la loupe. Les normes maternelles et paternelles au prisme de l'enquête sociale », *op. cit.*

parents, qui seulement permettent le *retissage de liens* autour de leur enfant »[606]. Ce n'est pas anodin à notre avis que ce médiateur développe la reconnaissance de l'autre à la fois en tant qu'individu *et* en tant que parent : l'essentiel de cette requalification et de cette reconnaissance de l'autre est de pouvoir l'appréhender comme coparent, de lui laisser une place dans la famille qui correspond aux coordonnées et aux normes implicites de la médiation[607].

Dès lors, si l'adjudication de fond sert au premier chef une justice de *redistribution*[608] dans le sens où le règlement de l'affaire implique principalement la définition des droits de garde et de visite, elle tente de s'insérer également dans l'aspect de la justice comme *reconnaissance* lorsqu'elle cherche à modifier le comportement et les perspectives des médiés dans le sens d'une coparentalité et de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. Si, comme l'indique A. Garapon, les « deux registres de la 'distribution' et de la 'reconnaissance' renvoient à deux registres de la vie politique : celui de l'avoir et celui de l'être, celui de la liberté et celui de l'identité »[609], la médiation opère par excellence comme un espace du travail de la reconnaissance : « l'être y prend le pas sur l'avoir, le travail de l'identité sur la défense de la liberté »[610]. Au-delà de décider qui « aura » l'enfant et pour combien de temps, l'enjeu est de provoquer un décalage de perspective, pour savoir comment les parents peuvent *être* ensemble pour ce dernier, laisser une place à l'autre dans toute son *inquiétante* liberté est justement ce que permet la relation de confiance interpersonnelle[611]. La reconnaissance se déploie au travers d'un décentrement de soi, d'un souci unique son intérêt individuel et de son amour-propre. Comme l'indique Axel Honneth, la reconnaissance est un acte dans lequel: « […] un décentrement s'opère chez le sujet parce qu'il concède à un autre sujet une 'valeur' qui est la source d'exigences légitimes qui contrarient son amour-propre […] En reconnaissant quelqu'un et en lui conférant une autorité morale sur moi […,] je me dispose en même temps à le traiter à l'avenir en fonction de sa valeur »[612].

Il s'agit alors de prendre la mesure de l'importance de la reconnaissance mutuelle pour l'établissement d'une relation de confiance *émancipatrice*. Toute relation de confiance n'est

---

606 GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 48.
607 SERVAIS Christine, « Modéliser la médiation : une pratique de la théorie », *op. cit.*, p. 117.
608 N. FRASER, « From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'post-socialist' age », *New left review*, 1995, p. 68–149.
609 GARAPON Antoine, « Justice et reconnaissance », *op. cit.*, p. 230.
610 *Ibid.*
611 LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 43.
612 Cité par QUÉRÉ Louis, « Confiance et reconnaissance », *op. cit.*, p. 383.

pas désirable ou éthique par essence, et la confiance peut suivre des fins mercantiles (tel que gagner la confiance du consommateur) ou peut s'avérer aliénante (pensons aux cultures d'entreprise instaurant la confiance comme mode privilégié de relation de travail afin d'accroitre la productivité de l'organisation[613]). La confiance émancipatrice, selon L. Cornu, est un type particulier de relation de confiance qui remanie les relations entre les individus qu'elle lie, en ce qu'elle prépare l'émancipation, elle en offre l'occasion sans en être une condition suffisante. L'émancipation ne doit pas être ici conçue comme une « indépendance solitaire », c'est-à-dire comme une absence de relation après rupture, mais bien plutôt comme « une relation entre deux êtres (ou plusieurs), non dépendants l'un de l'autre, mais restant en relation, et l'on est alors au défi de penser une relation de liberté, ou la liberté comme relation, impliquant une certaine *qualité* de rapport »[614]. « L'événement qui remanie le rapport (la proportion) des pouvoirs est en tout cas potentiellement ouvert à une transformation des rapports (relations) : la méfiance est le geste de contrôler autrui, et de maintenir une hiérarchie ; la confiance est celui d'inviter une liberté nouvelle, et une égalité »[615]. La confiance est alors un renoncement à un pouvoir sur autrui, un éloignement de la toute-puissance, une limitation du contrôle sur l'autre : « ainsi dans la dissymétrie des places advient une avancée vers une égalisation de pouvoirs. C'est pourquoi la reconnaissance de cet accroissement de pouvoir est en même temps une reconnaissance de l'autre comme sujet »[616].

3.4 Favoriser l'entame d'une relation de confiance, cadrer les conditions du dialogue

Si la reconnaissance mutuelle des parties en tant que parents constitue une étape qui installe les conditions propices à l'émergence d'une relation de confiance, elle n'en est pas équivalente. Ce qui distingue la confiance de la reconnaissance, c'est *l'engagement vulnérable* qui la caractérise. En effet, comme nous l'avions déjà étudié dans le chapitre précédent (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 2.8) la confiance interpersonnelle est un processus qui « exige un *engagement mutuel* et il ne peut être mis à l'épreuve qui si les deux parties s'engagent en celui-ci ; et l'ordre ne peut être inversé : d'abord celui qui accorde sa confiance et, ensuite, celui à qui le premier fait confiance »[617]. Cette confiance en acte, donc le fait de « faire confiance »

[613] ILLOUZ Eva et CABANAS Edgar, *Happycratie. Comment l'industrie du bonheur a pris le contrôle de nos vies*, *op. cit.*
[614] CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », *op. cit.*, p. 173.
[615] *Ibid.*, p. 180.
[616] *Ibid.*, p. 179.
[617] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 48.

procède par la vulnérabilité de celui qui l'accorde, sans la possibilité de l'exiger. C'est tout le travail latéral et indirect de la médiation qui tente de faire advenir cet engagement vulnérable malgré les blessures et les meurtrissures précédemment infligées entre les anciens partenaires. C'est, comme l'indique un médiateur, un véritable défi, que de faire advenir l'entame d'une relation de confiance entre les parents :

> « La confiance est difficilement rétablie. C'est pas si évident que ça, ils sont meurtris la plupart du temps, rien que par le fait que l'enfant est parti. 'Comment est-ce possible que tu aies pu me faire ça !?'. On peut faire à minima des règles de fonctionnement ensemble, organiser des règles, travailler sur les valeurs de chacun pour qu'elles puissent être comprises et respectées après. Le temps aide à rétablir la confiance, mais aussi le fait d'avoir un contrat et un accord très clair et précis. Et de leur demander de le respecter à la lettre même s'il leur en coûte énormément. C'est un déchirement. Pour ça, il faut retravailler ce terreau-là : un accord clair, des règles de communication » (M1).

On retrouve ici l'articulation entre droit et confiance et entre règles et confiance, au cœur du travail de la médiation. Il s'agit, d'une part, de définir des « règles de communication » entre les parties, règles qui permettront de parvenir à un « accord très clair et précis » au terme de la médiation[618]. L'établissement de règles de communication définit les règles de discussion durant le processus de médiation, particulièrement concernant la manière d'interagir et de prendre contact avec l'autre, également en dehors des sessions[619]. L'espace sécurisé de la médiation est alors prolongé par ces règles qui permettent de ne pas remettre en crise la relation

[618] Un autre médiateur indique également l'aspect fondamental de mettre en place les conditions de communication, lieu d'une rééducation des parents : « La plus-value de la médiation c'est un travail en profondeur, parce qu'autrement autant laisser le juge prendre une décision et ça leur évite de s'écharper en médiation. On a un vrai travail de 'rééducation' : si nous, on fait un travail propre, d'être en posture juste en relation avec les parties, de faire qu'ils se respectent, et d'aller en profondeur, ça va peut-être permettre de se fixer les conditions pour la communication » (M4).

[619] Ce même médiateur déploie cet enjeu de manière approfondie : « je fais l'hypothèse que quand les conflits sont forts, c'est souvent associé à une problématique de deuil difficile du couple parental, et que dans un contexte de deuil l'injonction contemporaine à communiquer est catastrophique, parce qu'elle bloque encore plus le deuil et les met en échec et tout le temps en contact alors que la personne qui est vraiment blessée aurait juste besoin de distance. Je leur dis : 'vous communiquez plus du tout'. On va parler uniquement ici. D'ailleurs ici on ne communique pas, on crie. Ça les fait rire. Ici on gueule, on ne communique pas, j'adore dire ça. Et on travaille beaucoup sur le type de communication minimale qu'il faut avoir. Ça prend beaucoup de temps. En général quand il y en a un qui veut communiquer plus verbalement c'est celui qui a le moins de difficultés avec la situation, qui est le moins blessé. La personne la plus blessée a tendance à vouloir communiquer le moins possible. Je prendrais assez bien parti pour cette personne-là, donc le minimum dénominateur commun. On va discuter abondamment, le contenu du mail, le plus court, le plus *to the point*, et il y a toujours des problèmes. Et je valorise vraiment ce travail : vous êtes à l'école de votre nouvelle relation. On travaille au deuil » (M1).

et le dialogue entre les partenaires. L'accord, d'autre part, sera donc le produit de la médiation, une série de règles que les parties s'engagent à respecter.

Si la médiation, dans les meilleurs des cas, peut être le lieu de la sécurisation du premier pas vulnérable d'une relation de confiance, il reste que la confiance en tant que telle s'éprouve sur le long terme, moyennant des interactions répétées et l'établissement d'une réciprocité entre les partenaires. Il faut donc bien préciser que nous ne considérons pas qu'une confiance interpersonnelle s'installe au court d'une médiation qui la plupart du temps se voit extrêmement condensée, eu égard aux exigences temporelles de la sphère judiciaire dans laquelle elle s'insère et du litige qu'elle traite. C'est donc, à ce stade, ce *premier pas* que cherche à provoquer la médiation familiale internationale, à l'image du décalage que cherchait à produire le magistrat du cas polonais, impliquant la reconnaissance d'autrui et l'acceptation d'une mise en vulnérabilité. Un médiateur nous partage les étapes par lesquelles procède l'établissement des conditions propices à ce premier pas, au moyen de médiations en trois jours, du jeudi au lundi avec le week-end sans session :

> « Le jeudi, souvent on va parler que du passé par exemple. Puis le vendredi on pourrait commencer à parler de ce qu'on va faire pour l'avenir. Et en même temps on va organiser le week-end, ce qui est très intéressant. Organiser les contacts du week-end, et parfois c'est complexe, parce que le parent qui détient l'enfant, il a peur d'un contre-enlèvement, donc ça pose des questions de confiance importantes. Mais c'est vraiment là qu'on peut la tester, et aussi que celui qui est victime de l'enlèvement peut obtenir déjà un contact avec l'enfant – chacun a besoin de sa carotte – et puis ce contact est d'autant plus bénéfique qu'il est très cadré parce qu'on va se retrouver le lundi matin. Et donc, il y a une espèce de pouvoir moral, on va se revoir le lundi et je peux donner des directives assez claires. En général c'est des directives du genre « ne pas, ne pas…, ne pas… ». On ne parle de rien, on vient à l'heure précise, etc. On anticipe tout parce que tout ce qui n'est pas anticipé et qui fait du jeu, ça va faire crise. Mais ça permet de très fort cadrer. Et puis ce truc hyper-cadré, moi, je le dis explicitement, c'est ça qui recrée la confiance. Au début on doit tout baliser, puis après la confiance reprend le dessus. Donc, si tu veux, je normalise beaucoup l'absence de confiance » (M1).

L'éloquence de cet extrait nous éclaire sur plusieurs dimensions du progressif rétablissement de la confiance entre les parties. En premier lieu, il est clair que la confiance entre les médiés se regagne au fil de sa mise à l'épreuve, qu'elle procède par des preuves en actes – qu'elle doit être « testée ». Le week-end devient alors le terrain de jeu de cette confiance cadrée par le « pouvoir moral du lundi », où la session qui les attend incite les parents à respecter leurs

engagements. On rend l'enfant à celui qui ne l'avait plus revu, on prend le risque de la liberté de l'autre, la peur du contre-enlèvement partiellement rassurée par le cadre sécurisant de la médiation.

Cet extrait nous indique un second aspect de la relation entre confiance et règles : une situation extrêmement normée constitue un terrain favorable à la reprise de la confiance sur un terrain miné par une méfiance mutuelle. Dans les termes du médiateur, c'est en effet la situation « hyper-cadrée qui recrée la confiance », de sorte que, « au début on doit tout baliser, puis après la confiance reprend le dessus ». Tout l'enjeu de la médiation est justement que cette confiance reprenne le dessus. Cette expression, riche de sens, renvoie à la relation de délestage des risques entre droit et confiance, que nous avions développée précédemment (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 2.7). On peut cependant ici préciser la relation entre droit et confiance en général en se référant à la relation plus spécifique qui unit la règle et confiance, en tant que deux modes de régulation sociale.

La règle, qu'elle soit le résultat d'une adjudication ou produite en médiation (cela vaut pour le respect d'un accord amiable écrit), est en effet un mode de régulation distinct de la confiance interpersonnelle. Lorsqu'on obéit à des règles, on ne fait pas confiance, on ne s'en remet pas à l'autre, on ne prend pas de risque, il n'y a pas de bond cognitif, il n'y a pas d'entame vulnérable d'une relation de délégation. Le rapport est mutuellement exclusif : soit on s'en tient à une règle, soit on se fait confiance. Par définition, la confiance dépasse la portée normative de la règle : il y a *plus* que le respect des règles dans la confiance. On retrouve l'aspect surérogatoire de la confiance, qui implique de faire plus que ce qui est requis, comme nous l'avions établi dans le chapitre précédent (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre I, 2.7). Et ce surplus valorisé de l'action s'avère décisif dans la conversion des conditions d'émergence de la confiance en conditions de son maintien : en effet, « la fonction du supererogatoire semble donc résider dans le fait qu'il transforme les *conditions d'émergence* en *conditions de la conservation* [de la confiance]. C'est précisément ce qui est nécessaire à l'émergence de la confiance »[620].

Cependant, le fonctionnement de la médiation nous donne une image plus nuancée et ambivalente des rapports entre règles et confiance, nous obligeant à distinguer des règles procédurales et substantielles ayant des effets distincts sur l'émergence et le maintien de la confiance. Nous avons distingué deux types de règles dans le processus de médiation : d'une

[620] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 50.

part, les règles qui définissent la manière de communiquer et de se comporter durant le processus de médiation. On peut les considérer comme des règles procédurales qui organisent le dialogue. D'autre part, nous avons mentionné les règles issues de l'accord de médiation, qui prennent une forme écrite, et balisent la suite des interactions entre les parents. Ces dernières constituent des règles substantielles d'organisation familiale et de distribution des rôles, précisant le lieu d'hébergement, les temps de garde et de visite. La nature des deux types de règles n'est pas identique, puisque les premières sont informelles et propres aux médiateurs, tandis que les deuxièmes ont vocation à devenir officiellement juridiques lors de leur homologation.

Attardons-nous pour l'instant sur les règles procédurales organisant le dialogue. Leur but est d'installer un mode de communication qui puisse faire advenir une reconnaissance mutuelle et un engagement vulnérable des parties comme premier pas de la confiance. Ce n'est pas anodin si ces règles sont principalement énoncées par la négative, cherchant non pas à définir la manière dont on devrait discuter, mais bien plutôt ce qu'il faut éviter de faire et de dire pour permettre à la confiance d'émerger, d'anticiper ce qui peut « faire crise ». Il reste que, encore une fois, la confiance interpersonnelle ne peut être exigée. Si la règle juridique permet de réduire les risques de la confiance, elle ne peut l'exiger à titre normatif, faire confiance ne peut être une règle à suivre dans le cas des relations interpersonnelles, sous peine, précisément, de ne plus être de la confiance mais de l'obéissance.

On perçoit qu'il existe une ambivalence particulièrement marquée entre règles et confiance à l'endroit de *l'entame* d'une relation de confiance interpersonnelle. Les règles procédurales négatives favorisent son émergence, mais il est donc bien nécessaire que la confiance « reprenne le dessus », sans quoi elle s'apparente à une obéissance à des règles. Pourtant, il semblerait qu'en fonction du contenu des règles, une obéissance temporaire à des règles strictes balisant le dialogue soit nécessaire pour assurer le premier pas risqué de la confiance. Dans une relation hautement conflictuelle, le suivi de règles procédurales claires semble agir à la manière des roulettes d'un vélo lorsque l'on apprend à rouler, soutien temporaire jusqu'à ce que l'on trouve son équilibre. Ici, à « l'école de leur nouvelle relation » (M1), les partenaires se reposent sur cette béquille procédurale pour trouver un nouvel équilibre dans la relation parentale. En ce sens, considérer les règles en général comme étant exclusives de la confiance ne tient pas un examen nuancé : il semblerait que l'obéissance à des règles procédurales d'organisation du dialogue favorise l'engagement mutuel et la reconnaissance mutuelle des partenaires, étapes

nécessaires à la naissance d'une confiance interpersonnelle. Mais il reste à expliquer en quoi l'obéissance aux règles semble moins désirable que le rétablissement d'une confiance interpersonnelle. Cela fera l'objet de notre conclusion.

Pour l'heure, clôturons notre exploration du parcours de médiation. Le médiateur qui nous rapportait sa pratique de médiation structurée en trois jours, continue :

> Ça, c'est le vendredi après-midi, puis il se passe le week-end, puis le lundi on revient sur les options qu'on avait déjà parlé le vendredi, en leur demandant d'avoir réfléchi juridiquement avec leurs avocats, et aussi chacun dans son environnement familial […]. Le lundi on essaie de peaufiner, on arrive idéalement à une forme d'accord dans les grandes lignes. Puis grosso modo on peaufine l'accord, en général il n'y a pas encore l'écrit. Mais le pari, c'est que la confiance soit suffisante à ce moment-là pour qu'on puisse continuer par Skype, via Skype on travaille petit à petit sur un texte. (M1)

On remarque que le médiateur fait le pari qu'un certain niveau de confiance se soit établi durant le week-end, que les peurs aient pu être éprouvées par la remise de l'enfant au parent délaissé, et que les méfiances réciproques aient laissé place à une reconnaissance mutuelle minimale de la place de chacun des parents. Qu'ils soient prêts à continuer le processus en dehors de l'espace sécurisé de la médiation, et qu'ils soient prêts à s'engager par écrit dans un accord de médiation régissant le partage de l'enfant entre les parents, ainsi que son lieu d'hébergement.

3.5 Sceller la parole donnée, inscrire la confiance dans le réel

Si le travail de la rencontre, du dialogue, des engagements mutuels et de la reconnaissance mutuelle constitue des aspects décisifs de la pratique de la médiation familiale internationale, sa ligne de mire reste, en partie en raison de son caractère binational, la signature d'un accord de médiation *écrit*. Comme le souligne D. Ganancia :

> « L'accord écrit a la vertu de sceller la parole donnée, afin qu'elle ne soit pas que 'pour-parlers', et d'inscrire dans le réel une confiance en l'autre et une sécurité qui ne peuvent rester virtuelles. En médiation internationale notamment, on verra que l'accord écrit est essentiel à la médiation, compte tenu de l'incertitude juridique que crée la coexistence de deux législations nationales différentes. Si la médiation ne se résume évidemment pas dans l'accord et n'est qu'un chiffon

de papier sans le rétablissement de la relation, elle ne sera pas achevée non plus sans ce 'papier' qui assoira une indispensable sécurité juridique »[621].

Nous l'avions montré, l'institutionnalisation de la médiation dans les limites du droit oriente les pratiques des médiateurs vers l'obtention d'un protocole d'accord susceptible d'être homologué dans les deux États impliqués par l'enlèvement. La nécessité d'un accord écrit est donc double : d'une part pour permettre son rôle *complémentaire* aux procédures judiciaires, il doit être couché par écrit ; d'autre part, il ne prendra valeur juridique, ne sera *opposable* que sous une forme scripturale et signé des deux parties. L'accord ne pourra donc formellement s'élever au niveau juridique que s'il est écrit, mais également *reconnu* par une juridiction étrangère afin de pouvoir être applicable et détenir une force exécutoire. Cette reconnaissance ne peut avoir lieu que s'il y a homologation du protocole d'accord, qui doit donc faire l'objet d'un *exequatur* dans la juridiction étrangère. Il en va de la sécurité juridique même que peut garantir l'accord de médiation pour les familles qui y recourent. Le « chiffon de papier », qui n'a de sens que si les partenaires s'engagent à en respecter la teneur, doit néanmoins être homologué pour asseoir cette sécurité juridique « compte tenu de l'incertitude juridique que crée la coexistence de deux législations nationales différentes ».

Mais c'est avant tout « l'inscription de la confiance dans le réel » qui retient ici notre attention. Cette formule étrange nous indique que la réalité qui compte, ici, est la réalité juridique. C'est le caractère exécutoire de l'accord, c'est la formalisation juridique et son applicabilité qui en conditionnent la réalité en droit. Cela n'est pas sans rappeler les réflexions de N. Luhmann sur la place du droit vis-à-vis de la confiance : à l'arrière-plan, souvent tacite, mais décisif. Cette formule nous indique en fait *qu'en dernier ressort*, c'est le droit qui compte pour la sécurisation de la confiance en contexte transfrontière conventionné. Inscrire la confiance dans le réel c'est lui octroyer des garde-fous institutionnels investis de toute la puissance et l'autorité de l'État, ses modes d'action, et, en dernier ressort, l'usage de la violence légitime. C'est l'encadrer de balises et de garanties dont les fondements sont extérieurs à la seule entente, fluctuante et fragile, entre les partenaires.

Il est important de s'attarder sur *l'accord écrit* en médiation familiale internationale : c'est effectivement dans ce morceau de papier signé par les deux parents que se cristallisent les enjeux à la fois de *confiance interpersonnelle* et de *reconnaissance juridique*. Du côté de la

[621] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 45-46.

confiance interpersonnelle, il s'agit d'être le plus précis possible et de produire un accord écrit qui servira de balises rigides comme terrain fertile à la possible reformation d'une relation de confiance ; du côté de la reconnaissance juridique, le fait de conférer une force exécutoire à un accord est primordial pour qu'il puisse produire des effets proprement juridiques. Il n'est dès lors pas étonnant d'observer le développement de la médiation familiale internationale à travers des modèles empruntant à la négociation raisonnée, en ce sens que l'accord écrit, en vertu de son application dans un État étranger, est un point d'étape indispensable à son efficacité normative.

Il s'agit bien ici du second type de règle de la médiation que nous avions distingué dans la section précédente, à savoir la règle substantielle sur le fond de l'accord des parties. Le rôle de la règle (juridique) sert doublement la formation de la confiance : d'une part elle permet de structurer les motivations des individus en stabilisant leurs attentes, réduisant les incertitudes en délimitant ce qui est prohibé et autorisé, en triant les comportements probables et improbables[622] ; d'autre part, la règle juridique permet de sanctionner les partenaires de la confiance en cas de rupture du lien, puisque, comme l'indique N. Luhmann, « l'état du droit et les possibilités de sanctions offrent un certain appui lorsqu'on doit décider de maintenir ou non sa confiance » [623]. Autrement dit, la règle balise le terrain, sécurise la prise de risque de la confiance, offre certaines garanties qui rendent le pari de la confiance moins dangereux et distribue également les rôles en cas d'une rupture de confiance.

On peut se demander alors si, en définitive, la confiance interpersonnelle ne se mue pas en confiance institutionnelle suite à l'enlèvement et à l'accord de médiation : on n'a plus confiance en l'autre, mais simplement en l'institution judiciaire ou dans les règles juridiques qui ont délimité avec minutie en médiation, jusqu'au moindre détail, les modalités des relations entretenues par les parents. Un second point va dans ce sens, concernant l'inévitable dé-localisation de la relation parentale qu'implique l'emménagement à l'étranger. Particulièrement lorsque les interactions en face à face deviennent rares ou inexistantes, au profit d'engagements anonymes typiques des relations de confiance institutionnelle[624]. On se méfie moins de l'autre parce qu'on a confiance dans le fait que celui-ci a tout intérêt à ne pas violer à nouveau l'accord de médiation ou les règles de droit. Mais d'un autre côté, on lui fait confiance non plus en raison

[622] LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 37.
[623] *Ibid.*, p. 40.
[624] GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, *op. cit.*

des motivations qui président à son action, ni de la relation tissée au fil des interactions, mais plutôt en vertu d'une confiance dans les règles juridiques co-construites en médiation, ou dans celles sous-jacentes à l'accord de médiation, plus strictement verticales, du droit en général.

Il arrive cependant que l'inverse soit vrai : que le protocole d'accord de médiation ne soit pas homologué ni reconnu à l'étranger, et que les parties en respectent pourtant les prescriptions, comme nous le verrons dans un cas exposé dans la section suivante. Dans ce cas de figure, les règles procédurales de la médiation, la reconnaissance et l'engagement mutuel mis en œuvre par les parties peuvent faire émerger une confiance qui s'autonomise et poursuit sa trajectoire sans l'assise sécurisante de la règle juridique. Cependant, lorsque la juridicité formelle de l'accord vient à manquer, il semblerait que le suivi du médiateur, appui et témoin de la confiance inscrite dans l'accord, constitue un aspect décisif pour le développement de la relation de confiance sur le long terme.

3.6 Clore le litige, accompagner la confiance

Lorsque le protocole d'accord est atteint et homologué, le travail du médiateur n'est donc pas terminé pour autant : nombreux sont les praticiens qui réalisent un suivi minimal de la famille après la clôture des procédures judiciaires, particulièrement concernant la favorisation de l'exécution de l'accord ou du jugement de retour, s'il y en a. Le suivi du médiateur peut également se poursuivre au-delà de la phase exécutoire et l'accompagnement se poursuit parfois pendant plusieurs mois. Comme l'indique ce médiateur, ce suivi sert à rassurer les parties, à prolonger l'espace sécurisé et sécurisant de la médiation au-delà de son espace propre :

> « Et puis il y a un aspect super important : c'est pour moi, comme médiateur, de continuer à être là pour les parties durant la suite s'ils le désirent. Parce qu'on se fait quand même peur l'un l'autre, après ce qu'il y a eu » (M1).

Mais cet accompagnement au-delà de la temporalité judiciaire du litige permet également au médiateur de soutenir la confiance née dans l'enceinte sécurisée de la médiation sur le plus long terme. Que l'on nous permette, pour illustrer le prolongement de la confiance par le suivi du médiateur, de présenter un long extrait d'un témoignage tiré de l'ouvrage de D. Ganancia, concernant une comédiation d'un cas entre Fadia et Nassim, impliquant la France et la Syrie[625].

[625] Ce cas dévie quelque peu de notre périmètre d'analyse puisqu'il s'agit d'un enlèvement d'enfants impliquant un État non-conventionné. Il apparaît pourtant que les développements que nous proposons ici au sujet du suivi de la médiation peuvent s'appliquer aux cas conventionnés et non-conventionnés. Une différence notable réside

Il s'agit du cas de Nassim et Fadia, Franco-Syriens tous les deux, qui, après leur divorce en Syrie, s'installent en à Paris pour Nassim et à Alep pour Fadia. À l'occasion de son droit de visite et d'hébergement en France, Nassim ne renvoie pas les enfants à leur mère en Syrie. Il a introduit une action en justice en France pour obtenir la garde des enfants. Fadia demande une médiation, qui se déroule en trois séances à l'occasion de sa venue à Paris pour l'audience. Selon le médiateur, « Fadia était en situation de faiblesse : aucune convention entre la France et la Syrie ne lui permettait d'obtenir le retour des enfants. Et que pouvait-elle faire devant le désir exprimé par ses deux fils, âgés de 10 et 14 ans, de ne pas retourner dans leur village d'Alep ? » [626]. Au fil des entretiens en médiation, d'abord séparés puis à quatre avec les deux médiateurs, Fadia reconquiert sa dignité : « pour la première fois, sa parole était protégée, respectée, soutenue, grâce aux deux médiateurs. Elle était écoutée par son mari, placée dans une position d'égale à égale avec lui. Bien qu'elle ait décidé, d'emblée, avant la médiation, de renoncer à la garde de ses enfants, elle s'est vue reconnaître par son mari comme femme et comme mère »[627]. La médiation, selon l'auteur, est un succès. Cependant le respect du protocole d'accord de médiation semble être difficile, particulièrement en vertu des difficultés de son homologation en Syrie :

> « Il était prévu dans le protocole d'accord que la mère s'engageait à solliciter l'homologation du protocole en Syrie, où elle renonçait au jugement rendu en sa faveur dans ce pays lui accordant la garde des enfants. Or, si Fadia a réellement entrepris des démarches dans ce sens, le résultat en fut une laconique mention du juge syrien, constatant simplement qu'un jugement avait été rendu à Paris accordant la garde des enfants au père. Pour Nassim, ce document n'était pas suffisant, ne constituait pas un véritable exequatur du jugement rendu en France : il refusait en conséquence d'envoyer les enfants en Syrie, conformément au protocole, dont la lettre n'était pas respectée, au motif qu'il craignait, ainsi que ses enfants, que la mère ne les retienne en Syrie à l'occasion de son droit de visite et d'hébergement. La confiance n'était pas encore revenue...
>
> Il nous a fallu continuer la médiation par des entretiens téléphoniques avec chacun des parents, pendant les deux mois précédant l'été où les enfants devaient, selon le protocole, aller passer les vacances chez leur mère. La mère, par notre intermédiaire, ou par conférence téléphonique avec le père, tentait de rassurer ce dernier sur le fait que, même en l'absence de cet « exequatur »

cependant dans l'absence d'urgence juridique, mais l'urgence inhérente à l'enlèvement fait néanmoins peser une pression temporelle sur la résolution du litige. De manière plus fondamentale, ce cas fournit un matériau d'analyse riche qu'il aurait été contre-productif d'ignorer pour de telles raisons.

[626] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 102-103.

[627] *Ibid.*, p. 103.

qu'elle n'avait pu obtenir, elle n'avait nullement l'intention de garder les enfants chez elle en Syrie après la fin des vacances : 'Leurs études en France sont magnifiques. Ils progressent à pas de géant. Pourquoi penses-tu que j'aurais la volonté de les déraciner ?'

Nassim, lui, s'en tenait à la lettre du protocole, qui prévoyait une décision d'exequatur avant le départ des enfants : en Syrie, l'autorité parentale est un droit indisponible et la mère a de droit cette autorité parentale sur les enfants jusqu'à l'âge de 13 ans. Même si Fadia avait renoncé à ce droit dans le protocole d'accord, cela ne suffisait pas à Nassim. À ce stade, la confiance n'était pas encore revenue...

Il a fallu un nouveau travail patient de médiateur, au cours duquel Nassim, d'abord, était renvoyé à lui-même, mis devant un miroir réfléchissant : « Que penseraient les enfants s'ils n'allaient pas voir leur mère malgré les engagements que vous avez pris tous deux envers eux ? » Il fut ensuite convenu avec lui qu'il viendrait avec les enfants au bureau et qu'un entretien téléphonique aurait lieu entre Nassim et Fadia, puis avec les enfants et leur mère. Au téléphone, Fadia s'est engagée solennellement devant le père de ses enfants et ces derniers qu'en aucun cas elle ne les retiendrait en Syrie. Les enfants se sont ensuite entretenus avec leur mère au téléphone. Ils étaient rassurés, Nassim aussi. Il a donc finalement accepté de les laisser partir et Fadia a pu recevoir ses enfants pendant les vacances d'été. À leur retour, rassuré, Nassim a renoncé à exiger que Fadia poursuive les démarches pour obtenir l'exequatur »[628].

Nous sommes donc bien dans ce cas face à une situation où, malgré l'absence de force exécutoire du protocole d'accord de médiation, la confiance entre les partenaires s'est bâtie sans cette garantie juridique. On saisit donc que l'engagement dans le processus de médiation fait peser une contrainte et oblige. Mais également que la confiance, à sa manière, oblige également[629], par-delà de l'aspect juridiquement contraignant de l'accord. C'est ce qui amène D. Ganancia à conclure ce cas en affirmant que « dans la plupart des situations internationales, le suivi de la médiation permet le respect par les parents de 'l'esprit' des accords davantage que de leur 'lettre'. Il est rappelé par le médiateur, témoin de 'l'esprit de la médiation' »[630]. Cette distinction est intéressante pour notre analyse. La lettre de l'accord renvoie à une posture crispée sur le strict respect des règles édictées, balisant l'action par des références explicites aux règles convenues (« Nassim, lui, s'en tenait à la lettre du protocole », souligne D. Ganancia). Tant que l'interaction entre les parties se fait uniquement sur cette base explicite,

[628] *Ibid.*, p. 196-197.
[629] QUÉRÉ Louis, « Confiance et reconnaissance », *op. cit.*, p. 385.
[630] GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, *op. cit.*, p. 197.

ponctuée de rappels aux engagements formalisés par écrit, la confiance peut difficilement se déployer. Lorsque l'on s'écarte de l'obéissance aux règles pour laisser libre cours aux actions de manière plus spontanées, et surtout moins explicitement référées à l'accord écrit, lorsque, en d'autres termes, on laisse « l'esprit de l'accord » infuser les actions autonomes des parties, la confiance mutuelle semble alors « mûre » pour prendre le relai du droit ou de la règle. Le passage de la lettre de l'accord à l'esprit de l'accord, dont le médiateur reste le témoin privilégié et dont la présence rappelle les engagements sans y référer de façon explicite, illustre à notre avis de manière exemplaire la complexité du rapport entre le respect des règles et la confiance : les règles sont nécessaires à l'émergence de la confiance interpersonnelle en terrain méfiant, mais vouées à s'effacer au fur et à mesure que les interactions sociales et la confiance « reprennent le dessus ».

3.7 Pourquoi la confiance est-elle si désirable ?

Le parcours de médiation balisé, il reste encore à expliquer en quoi l'obéissance aux règles constitue une solution moins désirable que le rétablissement d'une confiance interpersonnelle. De manière plus générale, pourquoi le contrôle, la surveillance, l'obéissance et la méfiance sont-ils des attitudes considérées comme inférieures à la confiance ? En quoi consiste cette préférence pour la confiance ?

Ce sont dans les *types d'attentes* qui caractérisent ces attitudes que se trouve à notre avis la clef de compréhension de l'avantage comparatif de la confiance par rapport à ces autres modes de régulation de la famille. Dans une contribution remarquable, G. Möllering prend le parti d'une conceptualisation de la relation entre la confiance et le contrôle en tant que *dualité* plutôt qu'en tant que *dualisme*, ce qui implique que la confiance et le contrôle ne soient pas mutuellement exclusifs, mais mutuellement constitutifs[631]. Selon cette optique dès lors, la confiance réfère à une forme de contrôle et le contrôle réfère également à une forme de confiance[632]. C'est exactement le type de relation que nous avons montré entre droit et confiance, mais également

[631] MÖLLERING Guido, « The Trust/Control Duality: An Integrative Perspective on Positive Expectations of Others », *International Sociology*, vol. 20, nº 3, septembre 2005, p. 283-305.

[632] Quelque part, N. Luhmann ne disait pas autre chose lorsqu'il affirmait que la confiance ne pouvait être une attitude existentielle universelle : la confiance n'a de sens qu'en rapport avec la méfiance, mais également avec le contrôle et le droit, cf. LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, *op. cit.*, p. 85.

entre obéissance aux règles et confiance : avant d'être irréductibles et distincts, confiance et droit sont mutuellement constitutifs et interdépendants.

Ce qui nous intéresse dans cette approche, c'est surtout le fait que la reconceptualisation en termes dualistes opère un déplacement de focale qui dégage de nouvelles perspectives de questionnement de la confiance : l'essentiel ne consiste plus alors à saisir quand et pourquoi la confiance ou le contrôle prend le dessus, ni à affirmer une hypothétique supériorité de la confiance sur le contrôle. Il s'agit bien plutôt de comprendre dans quelles circonstances ces deux modes de régulation sociale produisent *des attentes positives* (« *positive expectations* ») entre les acteurs qu'elles lient. Autrement dit, ce qui importe est alors de saisir la confiance *par les effets* qu'elle entraîne dans une situation donnée. Ce déplacement de focale transforme donc la question qui nous intéresse : ne serait-ce pas au niveau du type d'attentes mutuelles produites que résiderait en réalité la supériorité de la confiance sur d'autres modes de régulation ? N'est-ce pas, en ce sens, une piste de recherche pour une approche pragmatiste de la confiance ?

Lorsque l'on rapporte en effet cette interrogation à l'exigence de *parentalité positive* que nous avions mentionnée plus haut (cf. *supra*, deuxième partie, chapitre II, 1.2) il apparaît clairement que c'est *peut-être moins la confiance en tant que telle qui est désirée par les médiateurs que les attentes positives qu'elle produit.* Ce ne serait donc pas uniquement parce que la méfiance présente des possibilités d'action et de coopération réduites qu'elle apparaîtrait comme moins désirable[633], mais aussi, et peut-être surtout, parce qu'elle entraînerait des attentes négatives entre les partenaires[634]. L'attitude devient alors ici cruciale : elle exprime la positivité ou la négativité des attentes, puisque le « contrôle permanent » et la « surveillance tatillonne » relèvent plutôt d'une attitude méfiante[635], donc marquée par des attentes négatives (hostilité, ressentiment, malveillance)[636], là où la confiance fait le pari d'attentes mutuelles positives entre les partenaires.

Et que dire d'une coparentalité basée sur des attentes négatives, sur la peur, la crainte, la surveillance ou la méfiance ? Est-ce une parentalité désirable ? Certainement pas, comme nous l'avons montré à maintes reprises par le truchement des matériaux empiriques présentés, et ce tant du côté des juges que des médiateurs. La coparentalité est désirable dans son caractère

633 *Ibid.*, p. 84.
634 *Ibid.*, p. 87.
635 QUÉRÉ Louis, « Confiance et reconnaissance », *op. cit.*, p. 385.
636 CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », *op. cit.*, p. 182.

positif, preuve en est qu'elle devient préjudiciable lorsque le dénigrement entre les parents s'avère trop important, lorsque le conflit s'envenime ou s'enflamme, lorsqu'il existe des dangers de violence (psychique et physique). La coparentalité a ses limites : elle doit rester marquée au mieux par des attentes positives, au pire par une indifférence mutuelle. Elle apparaît cependant moins désirable, voire même exclue, lorsque ce sont des attentes négatives qui la caractérisent. En d'autres termes : lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est de ne pas garder de contact avec ses deux parents, mais avec un seul, le « bon » parent. On le voit donc, ce n'est pas la coparentalité qui est désirable en soi, mais bien plutôt la parentalité *positive*.

S'il est clair que le type d'attentes produites par la confiance constitue une des raisons de sa supériorité aux yeux des médiateurs, on ne peut cependant la considérer comme la seule. Au-delà de la positivité des attentes produites se joue un enjeu de justice, qui, nous l'avons esquissé, passe par la reconnaissance mutuelle entre les partenaires. La confiance comprend cette reconnaissance, qui semble être un des points décisifs de l'action de la médiation, une garantie d'un travail bien fait : il s'agit bien de modifier « quelque chose » dans la relation à l'autre, de le faire advenir en tant que parent légitime, et non pas de s'en tenir à favoriser l'autorégulation des familles. Il y a un enjeu éthique irréductible, à notre avis, dans un travail de médiation qui passe par la reconsidération des identités mutuelles, la recomposition des rapports à l'autre, que la reconnaissance, coordonnée cardinale des théories de la justice contemporaine, met en œuvre. Il en va de la parentalité, qui avant même d'être positive, réhabilite les individus en tant que parents légitimes aux yeux de leur (ex)-partenaire.

Reste alors un dernier point qui concerne plus spécifiquement la supériorité de la confiance vis-à-vis de l'obéissance à des règles extérieures. Celle-ci réside à notre avis *dans la supériorité de l'autonomie vis-à-vis de l'hétéronomie* dans la régulation de la sphère privée. Nous pensons en effet qu'il s'agit ici d'une valorisation de l'autonomie au détriment de l'hétéronomie, caractéristique fondamentale de la transformation des relations familiales et de la sphère privée. Transformation aussi, et surtout, du mode d'action de l'État. La médiation, porteuse d'une coparentalité positive se confronte en définitive à *l'enjeu fondamental de la régulation de l'autorégulation des familles*. C'est dans cette perspective que l'on conçoit sans difficulté que la confiance interpersonnelle constitue un mécanisme fondamental de cette autorégulation, qu'il convient de favoriser, accompagner, encadrer, cultiver. On l'a vu, l'action directe et explicite, verticale, ne permet pas à la confiance interpersonnelle de se déployer (sa croissance étant

autonome, mais surtout privée) puisque le terreau de la confiance le plus riche reste l'intimité des relations conjugales et familiales.

La confiance serait alors la forme de régulation la plus désirable dans la sphère privée en ce qu'elle présente une affinité avec la coparentalité positive promue et désirée par les médiateurs, et ce selon trois aspects majeurs : en premier lieu, au niveau fonctionnel, la confiance permet la *coordination et la coopération* entre les parents dans l'exercice de leur coparentalité ; en second lieu, au niveau éthique, la confiance implique la reconnaissance mutuelle entre les partenaires *en tant que parents*, élaborant des identités nouvelles entre les ex-conjoints ; en troisième lieu enfin, la confiance, de par sa nature même, produit des attentes positives entre les partenaires qu'elle lie, et résonne, en ce sens, avec *l'exigence de positivité* de la parentalité contemporaine.

4 Conclusion

Nous l'avons vu, la médiation familiale internationale constitue un dispositif au service de la coparentalité positive qui se déploie entre juridiction et lien familial, avec ses propres modèles, ses réseaux de spécialistes et ses formations spécifiques. Pratique bâtie à la fois sur les insuffisances et dans les limites du droit, la médiation familiale internationale s'institutionnalise comme voie complémentaire à l'adjudication de l'enlèvement parental international. Ce faisant, l'essentiel du travail du médiateur consiste à réduire les méfiances entre les parties afin de faire émerger la confiance entre les parents, selon un parcours de médiation qui se développe en plusieurs étapes. Il s'agit, en premier lieu, de gagner la confiance des médiés, afin qu'ils s'engagent dans le processus de médiation, puis de désamorcer la méfiance mutuelle en décalant le conflit sur la figure positive commune de l'avenir de l'enfant. Dans un second temps, le médiateur tente de défaire les identités judiciaires enkystées et polarisées dans une dichotomie victime-coupable, pour les guider vers une reconnaissance mutuelle en tant que parents. S'ensuit une étape importante du parcours, le premier pas de la confiance, qui peut être favorisé par le truchement de règles procédurales cadrant les conditions de dialogue de manière extrêmement précise, et sécurisant de ce fait l'espace de discussion et le saut risqué de la confiance. Enfin, la parole est scellée dans l'accord de médiation, qui inscrit par là même la confiance dans le réel, et lui donne une validité formelle et une force exécutoire. Le médiateur clôt alors le litige et accompagne la confiance des parties en tant que témoin de la confiance et garant de l'esprit de leur accord.

Par ailleurs, il est remarquable de noter que le paradoxe de la confiance, à savoir qu'elle ne peut être exigée, mais que l'on peut uniquement s'atteler à mettre en place les conditions favorables à son émergence et à sa croissance, présente une similitude frappante avec le recours à la médiation : jamais exigée, toujours volontaire, sa judiciarisation progressive assure les conditions de son activité à l'ombre du droit. De manière fondamentale, nous pensons que la révolution de la famille et de l'intimité, l'autofondation radicale qui les caractérise suite au déclin du mariage et des formes familiales statutaires traditionnelles, avec comme seule boussole des relations intimes l'affinité élective, font de la confiance un des modes de régulation par excellence de la sphère familiale. Elle constitue un stabilisateur d'attentes cardinal, mais aussi un dispositif de promesses tacites sur lesquels reposent les liens sociaux de l'intime. Mais c'est avant tout le mode de régulation le plus valorisé par les intervenants extérieurs qui s'immiscent dans la sphère conjugale, qu'ils soient juges ou médiateurs. Pourtant,

cela ne concerne que l'aspect de la régulation de l'autorégulation de la sphère familiale. Passée la frontière étatique, affaire privée devient affaire d'État. À la violation de la confiance se superpose la violation du droit (et l'affront de la voie de fait, du « fait accompli »), mais également, en virtuel, la mise en danger de la souveraineté nationale. Il s'agit alors de se saisir de l'aspect litigieux de la juridiction, de l'ordonnancement de ce qu'il y a de plus public : les relations internationales. C'est A. Giddens qui a saisi le premier que l'intime et le global étaient intrinsèquement liés, et liés par la confiance justement[637]. Que la métamorphose des relations entre États et leurs limites modifiaient en profondeur les configurations de la sphère privée, et qu'inversement, les transformations de la sphère privée modifieraient les coordonnées de l'action étatique nationale et supranationale. Mais le mode de régulation qui s'applique au supranational et à l'intime ne peuvent résulter en la même forme : entre enjeux de compétences d'entités réifiées et formelles, et délicatesses des relations interpersonnelles en face à face et pétries d'émotions, les objets de la régulation sont on ne peut plus différents. De sorte que les médiateurs et les magistrats ne traitent pas avec les mêmes outils les déchirements des cœurs et la diplomatie entre États.

[637] GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, *op. cit.*, p. 120.

CONCLUSION GÉNÉRALE : LE PARI CONCEPTUEL DE LA CONFIANCE

Nous avons, tout au long de cette thèse, fait le pari de la confiance. Certes, il ne s'agit pas du pari de la confiance en tant que suspension temporaire de l'incertitude, ni comme gestion de la complexité, mais d'un pari d'une autre nature : le pari de la confiance comme *analyseur* de l'enlèvement parental international, et, plus largement, de la transnationalisation du droit familial. Au pari de la confiance que les juges font face à l'adversité des cas, à la contingence des lois et à l'incertitude morale qu'ouvre la différence culturelle, à celui que les médiateurs tentent de favoriser chez les parents, par-delà la peur du contre-enlèvement et les dissensions qui les lient, répond donc le *pari conceptuel* de la confiance comme entreprise risquée de compréhension sociologique du droit. Nous avons, à notre manière, effectué un saut dans l'incertitude, par-delà les tranchées disciplinaires, par-delà les écoles théoriques, par-delà les traditions de recherche, exposant le flanc par là même aux critiques des juristes et des philosophes, ne pouvant satisfaire à la fois aux exigences de l'hybridation et de la pureté. En effet, cette thèse ne procède pas par une avancée incrémentale assurée du savoir, dans la lignée stricte des études existantes sur l'enlèvement d'enfants, mais par un métissage original d'intuition, d'empirie et de théorie empruntant tant au droit qu'aux sciences sociales. Il s'agit en ce sens de tenir un pari comme on tient un « engagement à faire triompher une idée, une conception issue d'un choix dont on mesure les risques, les limites »[638]. Si le triomphe de la confiance est sans doute un substantif bien magistral pour qualifier notre étude, il apparaît néanmoins qu'au terme de cette thèse de doctorat, des conclusions se dessinent et des lignes de fuites se dégagent comme autant de perspectives de recherche à explorer. Et comme autant d'indices, en définitive, d'un pari tenu.

Nous conclurons cette thèse en trois temps : en premier lieu, nous rassemblerons les enseignements tirés au long de notre analyse (1), en faisant particulièrement ressortir les contrastes et les points communs des deux versants de la confiance que présente l'enlèvement parental international (2), pour développer ensuite des pistes de recherche prometteuses vers lesquelles cette thèse de doctorat ouvre la voie (3).

[638] Selon la définition du Trésor de la Langue Française informatisé (TLFi) : https://www.cnrtl.fr/definition/pari (consulté pour la dernière fois le 01.10.20).

4.1 Synthèse du parcours de recherche

Nous avons introduit cette thèse par l'explicitation d'une démarche abductive de l'enquête et d'une posture de recherche qui allie une compréhension sociologique des idées juridiques avec une approche interdisciplinaire du droit, caractérisé par un point de vue externe modéré. Cette posture prend en considération la spécificité du savoir juridique tout en distinguant les registres d'analyse, entre concept de droit et conceptualisation sociologique du droit. C'est en effet en vertu de la fécondité heuristique de ces distinctions que nous avons pu proposer une réinterprétation et un élargissement sociologique de la notion de confiance, déjà présente dans les discussions jurisprudentielles et doctrinales, particulièrement en ce qui concerne le principe juridique de confiance mutuelle entre États et son rôle dans l'intégration européenne.

Nous avons ensuite procédé, dans le premier chapitre, à l'exposition du cadre juridique et à la description des tendances statistiques de l'enlèvement parental international, étapes nécessaires afin de prendre la mesure quantitative du phénomène d'une part et de se familiariser avec le contenu du droit de l'autre. Nous en avons conclu à la fois la nécessité et l'insuffisance des instruments juridiques qui encadrent le litige, les cas d'enlèvements étant majoritairement résolus à l'ombre du droit.

Au terme de ce premier chapitre, nous avons plaidé pour le façonnement d'une notion à même de décrire les transformations qui constituent le contexte de l'enlèvement parental international. Nous avons opté pour la notion de transnationalisation du droit familial en tant que mouvement qui rend compte de la réticularisation, la privatisation et la procéduralisation des normes juridiques, particulièrement en ce qui concerne leurs applications. Mais c'est également le caractère *familial* de ce droit en voie de transnationalisation qui nous a intéressé au premier chef, dont les spécificités ne peuvent être rabattues à leur caractère uniquement privé. La *transnationalisation* du droit *familial*, réfère alors aux deux versant de la confiance dont nous avons investigué les arrangements en situation à partir des figures du juge et du médiateur, l'une institutionnelle aux prises avec les enjeux juridictionnels du litige, et l'autre, interpersonnelle, aux prises avec l'aspect familial de l'enlèvement d'enfants.

Nous avons, lors du chapitre deux, enrichi notre boîte à outils conceptuelle afin de s'emparer du concept fuyant et pluriel de confiance, d'en proposer une assise théorique solide qui emprunte pour grande part à un retour aux intuitions théoriques initiales de N. Luhmann et des travaux subséquents qui s'en inspirent. Nous avons en ce sens distingué la familiarité de la

confiance tranquille, mais également repris à notre compte les deux types de confiance décidée que constituent la confiance institutionnelle et la confiance interpersonnelle, ainsi que les dispositifs de confiance. Munis de ces concepts, nous avons, dans un second temps, opéré une relecture du cadre conventionnel et réglementaire de l'enlèvement parental international. Nous avons souligné, au niveau systémique, que la confiance institutionnelle y était organisée juridiquement par le moyen de procédures de retour immédiat et d'exception au retour, contribuant au fil des jugements ordonnés, à l'institution d'une communauté de confiance. Cette communauté de confiance, nous en avons montré le caractère stratifié en divers sous-groupes à plus ou moins haute intensité de confiance, ainsi que le mode d'adhésion à caractère semi-ouvert. Concernant le fonctionnement de la communauté de confiance, nous avons avancé que le principe de retour immédiat s'apparentait à une confiance par défaut, limité rationnellement par des méfiances légitimes. Nous nous sommes également appesantis sur les méfiances illégitimes, prenant la forme de refus de retour mal justifiés, qui font planer le spectre de la méfiance généralisée sur le système de coopération judiciaire entre États. Nous avons conclu ce chapitre par une analyse de l'Union européenne en tant que communauté de confiance homogène à haute intensité, peinant à trouver le juste équilibre entre confiance et méfiance à même d'accomplir la transition d'un régime de *blinded trust* à un régime de *binding trust*.

Fort des enseignements tirés de cette première partie de thèse, nous nous sommes détournés des discussions de la confiance comme déclaration de principe ou comme présomption juridique pour appréhender ses diverses applications pratiques, en actes, à partir des points de vue empiriques des juges et des médiateurs en charge du litige. Par le biais de ces acteurs situés dans des configurations juridiques particulières, le droit et la confiance ont été saisis en action et en contexte, dans la réalité des dilemmes de leurs applications, des routines et des habitudes qui les structurent, mais aussi dans leurs instrumentalisations et détournements stratégiques.

Du côté des magistrats, nous avons amorcé le premier chapitre de cette seconde partie en distinguant les rôles du juge requis et du juge requérant. Le premier est apparu comme le garant de la confiance institutionnelle, dont le retour ou le refus de retour de l'enfant vers la juridiction contribue ou non au maintien d'une communauté de confiance, la CLaH80 ou l'Union européenne. Nous avons porté une attention particulière à la réciprocité de la confiance institutionnelle, marquée par une indifférence relative au cas particulier, en ce sens que la persévérance dans la confiance malgré l'absence de réciprocité tient à la fois du respect des obligations légales et d'une sorte de foi dans le droit à poursuivre des idéaux. La confiance y a

été analysée comme un processus de gestion de l'incertitude structuré en trois temps, allant de l'interprétation d'une situation (le cas d'enlèvement), à une attente spécifique vis-à-vis du juge étranger (en cas de retour ordonné), au moyen d'un bond cognitif risqué. Nous avons ensuite identifié quatre attitudes qui structurent l'expérience de la confiance pour les juges requis. Deux d'entre elles, le réflexe national et le retour tranquille, sont marquées par la non-problématisation de la situation tandis que les deux autres impliquent une conscience de la non-congruence entre morale et droit, débouchant pour la première sur un non-retour sous couvert de protectionnisme des ressortissants nationaux, et, pour la seconde, sur un dilemme éthique auquel la confiance met fin par une décision de retour. Nous nous sommes encore appesantis sur la modalisation du retour, moyen par lequel le juge requis peut mettre en place des garanties à même de concrétiser la présomption conventionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant lors de l'exécution du retour immédiat. Et nous avons conclu cette analyse du juge requis par des considérations sur le déracinement de l'enfant comme limite à sa transférabilité et sur les effets de l'urgence et du passage du temps sur les cas d'enlèvements parentaux internationaux.

Nous avons poursuivi ce chapitre par l'analyse du juge requérant, magistrat au rôle hybride entre mise en ordre juridictionnelle et stabilisation des liens familiaux. Devant être particulièrement attentif aux actes qu'il pose en vertu des conséquences diplomatiques qu'ils sont susceptibles d'entraîner, le juge requérant incarne le magistrat le plus directement confronté à la divergence des visées normatives, entre procédures civiles et pénales, entre restauration du lien et sanction de la faute. Magistrat du fond de l'affaire, il dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable dans l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont la substance recouvre deux aspects majeurs : la désescalade du conflit et la coparentalité. Cependant, le magistrat requérant semble être enclin à ignorer les obstacles que posent la distance géographique et le haut degré de conflictualité de certains cas d'enlèvements parentaux internationaux, plaquant une vision idéale de la coparentalité positive sur les justiciables, leur faisant porter l'entièreté de la responsabilité de leur échec. De surcroît, il est reproché aux parents, comme dans l'étude de cas polonaise dépliée dans ce chapitre, de s'empêtrer dans des imbroglios de procédures judiciaires, le recours au droit et le rapport au droit des justiciables pouvant alors être retenus contre eux dans l'évaluation de leur capacité à la parentalité.

Cela nous a amenés à clore ce chapitre en interrogeant les rapports entretenus entre droit et confiance, marqués par une certaine ambiguïté. Nous avons montré que le droit et la confiance,

fonctionnellement équivalents, s'agencent à la fois par une relation de délestage mutuelle et par une interdépendance : d'une part, lorsque la confiance interpersonnelle vient à être brisée par l'enlèvement, le droit prend le relais, et d'autre part, le droit organise la confiance en tant qu'arrière-plan sécurisant sa prise de risque, particulièrement celle du contre-enlèvement. Cependant, nous avons également montré que le droit, par sa dynamique contradictoire, pouvait contribuer à alimenter la méfiance mutuelle entre les justiciables. Nous avons dès lors conclu ce chapitre en balisant le cheminement de la méfiance mutuelle à la confiance interpersonnelle en montrant le caractère surérogatoire de la confiance, son fonctionnement par seuil et ses conditions d'émergences.

Cela nous a conduit à notre dernier chapitre, dédié aux médiateurs familiaux internationaux. Nous avons entamé ce chapitre en prolongeant la problématique de la coparentalité rencontrée par les juges requérants aux médiateurs, en considérant la médiation familiale internationale comme un dispositif au service de la coparentalité positive, les médiateurs se faisant, implicitement ou explicitement les promoteurs de cet idéal. Nous avons poursuivi en caractérisant la médiation familiale internationale par son rapport au droit, se bâtissant à la fois sur les limites et dans les limites du droit. D'une part, nous avons mis au jour une pratique qui s'institutionnalise dans les niches du droit pour mieux combler ses insuffisances, particulièrement à l'endroit de la procédure de retour. Considérée comme la moins pire des solutions par ses praticiens, la médiation familiale internationale court néanmoins le danger d'entériner des inégalités et des violences conjugales, de dénaturer le caractère volontaire de la médiation, d'être conduite dans l'urgence, et ce, moyennant des possibilités de compromis hautement réduites en raison de l'éloignement géographique des parents. D'autre part, la médiation familiale internationale se constitue dans les limites du droit, pratique définie juridiquement pour fonctionner en complément des instruments de coopération judiciaire internationaux, et dont le modèle de comédiation binational tente de répondre à la fois aux aspects juridictionnels et interpersonnels du litige. Nous avons conclu cette première moitié de second chapitre en attestant l'absence de confiance institutionnelle entre médiateurs.

La seconde moitié du dernier chapitre fut l'occasion de reprendre le fil du questionnement fondamental abordé en fin d'analyse du juge requérant, à savoir le cheminement de la méfiance mutuelle à la confiance interpersonnelle entre les parents. Par l'élaboration du parcours de médiation structuré par différentes étapes nous avons montré que le médiateur cherche en premier lieu à gagner la confiance des médiés afin de les engager dans le processus de

médiation. Dans un second temps, nous avons établi que le médiateur utilise l'enfant comme objet de focalisation positive qui décentre les parties de leur conflit conjugal, désamorçant la méfiance mutuelle au moyen de l'introduction de cet élément tiers. Il s'agit dès lors de défaire les médiés des étiquettes judiciaires ayant modelé des identités de coupable et de victime pour les engager sur la voie de la reconnaissance mutuelle en tant que coparents. Le cadrage du dialogue selon des règles procédurales strictes s'avère alors décisif, balisant les interactions en médiation afin d'installer un cadre sécurisant propre à assurer le premier pas vulnérable caractéristique de la confiance interpersonnelle. Lorsque la confiance émerge, elle est directement inscrite dans le réel par un accord qui en scelle les engagements, balisant à la fois les règles qui sécurisent les attentes mutuelles et la possibilité de leur conférer une force exécutoire à l'étranger. Reste alors pour le médiateur à clore le litige et accompagner la confiance naissante et fragile entre les médiés, sa présence officiant comme témoin de leur engagement et gardien de l'esprit de leur accord. Nous avons conclu ce dernier chapitre en interrogeant la désirabilité de la confiance par rapport à d'autres modes de régulation tels que l'obéissance aux règles ou le contrôle, et nous avons montré que ce n'est pas tant la confiance en tant que telle qui y est valorisée que les attentes mutuelles positives qu'elle implique, qui s'accordent particulièrement bien avec les exigences de la coparentalité positive.

En définitive, notre investigation de l'enlèvement parental international a donc permis de faire ressortir clairement deux versants distincts où la confiance intervient dans la transnationalisation du droit familial. Il s'agit d'une part du rôle de la *confiance institutionnelle* nécessaire à la coopération judiciaire transfrontière, qui concerne en premier lieu les juges, particulièrement les juges requis. Il s'agit d'autre part de prendre en compte les caractéristiques propres de l'objet régulé, à savoir la famille et les liens familiaux, et d'attester de la centralité de la *confiance interpersonnelle* dans la mise en place d'une coparentalité autonome et positive, préoccupation première des médiateurs familiaux internationaux, et, dans une certaine mesure, des juges requérants.

4.2 Les deux versants de la confiance et leurs rapports au droit

Ces deux versants de la confiance de l'enlèvement parental international semblent étrangers de prime abord, caractérisés selon des organisations distinctes, prenant des formes divergentes, l'une épousant les besoins de l'institution juridique lorsqu'elle dépasse les frontières de l'État, l'autre au cœur des relations privées de la sphère familiale. Mais ces deux versants indiquent

en réalité deux modalités de rapport entre confiance et droit, deux manières où le droit apparaît comme à l'articulation de différents modes de régulations.

En ce qui concerne le versant institutionnel de la confiance, il apparaît *à la fois que le droit organise la confiance et qu'il s'organise à travers elle*. D'une part, c'est effectivement une confiance mutuelle par défaut qui est organisée par des règles juridiques précises, via le mécanisme de retour immédiat encadré par des exceptions limitativement énumérées. La confiance repose alors sur des règles claires et l'obéissance juridique stricte, la posture légaliste d'un magistrat, peut entraîner la mise en place d'une confiance mutuelle entre États, pour autant que ces règles soient équilibrées au niveau systémique (réduisant les risques de confiance aveugle et de méfiance généralisée). D'autre part, le droit s'organise à travers la confiance dans deux sens également : en premier lieu, la confiance permet d'instituer une communauté politique qui déborde l'échelle nationale, favorisant la coopération judiciaire ; en second lieu, la confiance permet de perpétuer un consensus de valeurs, fut-il illusoire, dans cette communauté au pluralisme juridique marqué en procéduralisant l'action des magistrats. Dès lors, l'incompatibilité potentielle ou réelle des cadres juridiques nationaux qui lie les États n'empêche pas pour autant l'établissement d'une coopération entre ces derniers.

En ce qui concerne le versant interpersonnel de la confiance dans les cas d'enlèvements parentaux internationaux, il apparaît que le *rapport entre droit et confiance est marqué par une ambivalence*. D'une part, le droit sécurise la prise de risque inhérente au fait d'accorder sa confiance à autrui, de sorte que les risques qui reposent sur les seules épaules des parents sont alors partiellement *délestés* au droit. C'est en ce sens que nous avons montré qu'il existe une relation d'homologie fonctionnelle entre la confiance et le droit, puisque tous deux œuvrent à réduire l'incertitude des attentes normatives, à rendre plus prévisible une situation autrement fondamentalement incertaine, à coordonner les attentes des partenaires. Deux aspects doivent être ici également distingués : en premier lieu, les règles substantielles prenant la forme de l'attribution de droits d'hébergement et de visite servent à poser des balises claires qui peuvent favoriser le *maintien* d'une confiance mutuelle entre les justiciables, en réduisant les risques de contre-enlèvement. En second lieu, des règles procédurales de cadrage du dialogue entre les parties en médiation fournissent un environnement sécurisant pour la *reprise* d'une relation de confiance, dont le premier pas risqué et vulnérable, est particulièrement décisif. D'autre part, à l'inverse de favoriser la confiance par le délestage du risque, le droit contribue tout autant, voire même davantage, à l'établissement et au maintien d'une relation de méfiance réciproque entre

les justiciables, compte tenu de la dynamique contradictoire qui le caractérise. Dès lors, le droit peut effectivement contribuer à cadenasser un conflit, empêchant toute possibilité de confiance, chacune des parties cherchant uniquement à faire valoir ses droits au détriment de l'autre.

Enfin, en ce qui concerne le contenu substantiel des valeurs propres au droit qui encadre le litige, on observe que le caractère souhaitable de la confiance interpersonnelle entre les justiciables du point de vue des juges et des médiateurs relève de deux aspects : d'une part, d'une exigence de coparentalité positive, dont la désirabilité tient moins à la confiance en tant que telle qu'au caractère positif des attentes mutuelles qu'elle suscite ; et, d'autre part, la valorisation de l'autonomie au détriment de l'hétéronomie, caractéristique fondamentale de la transformation des relations familiales et de la sphère privée que la confiance soutient.

4.3 Inventaire des aspects transversaux de la confiance

Dresser l'inventaire des points communs de ces deux versants de la confiance que tout sépare à première vue ouvre l'analyse vers des considérations plus générales quant au rôle de la confiance comme mode de régulation dans la transnationalisation du droit familial. Nous avons retenu sept éléments transversaux qui caractérisent le litige d'enlèvement parental international en termes de confiance.

Un premier point commun entre confiance institutionnelle et interpersonnelle réside dans une confiance *très strictement encadrée juridiquement*. C'est en effet en vertu de cet encadrement juridique que la confiance se déploie, qu'elle se crée et se maintien. Au niveau du dépassement des frontières nationales, la confiance institutionnelle est organisée par un dispositif juridique, afin de mettre en œuvre des possibilités d'action qui resteraient indisponibles sans elle. Au niveau de la mise en œuvre de l'idéal de coparentalité positive, la confiance interpersonnelle émerge selon des règles de dialogue procédurales strictes qui sécurisent le terrain de l'émergence de la confiance, ainsi que des règles juridiques substantielles en matière d'attribution de droits d'hébergement et de visite. Dans le premier cas, la confiance se déploie *par* le droit, dans le second cas, la confiance se déploie *sur le* droit. Mais on a bien affaire, dans les deux cas, à une confiance décidée sécurisée juridiquement.

Cela nous amène à notre second point. Sur les deux versants de l'enlèvement parental international, s'organise *une confiance seconde, réflexive*, en opposition avec la confiance

primordiale[639], première[640], parfois appelée confiance-abandon[641]. Ni dans la relation impersonnelle vis-à-vis d'un homologue étranger par-delà les frontières, ni dans la relation intime au conjoint ayant trahi la loyauté et la parole de l'autre, la confiance accordée ne revêt un caractère spontané, naïf, naturel : la coopération judiciaire transnationale et la coparentalité post-enlèvement relèvent toutes deux de la confiance décidée, réfléchie, soupesée. On *décide*, à un moment donné, de faire le pari du retour ou de prendre le risque de la coparentalité, de remettre, en somme, l'enfant à autrui. Que l'autre soit l'inconnu ou l'ancien conjoint, la confiance, lorsqu'elle est accordée reste prudemment mesurée. Elle ne va jamais de soi, elle est toujours un apprentissage « à l'école d'une nouvelle relation », selon l'expression d'un médiateur, soit-elle transnationale ou parentale.

Sur les deux versants de l'enlèvement d'enfants, la confiance constitue un mécanisme fondamental de *coopération*, troisième point commun de la confiance institutionnelle et interpersonnelle. Il s'agit dans les deux cas *d'assurer la circulation des enfants*, les renvois entre les deux partenaires que ceux-ci soient des parents ou des États. L'essentiel de la coparentalité comme de l'action judiciaire coordonnée entre États réside dans la nécessité d'une coopération entre les entités impliquées. D'un point de vue strictement fonctionnel, la confiance remplit ici un rôle déterminant, puisqu'elle rend possible la coordination de l'action des parents et des États par-delà les frontières étatiques : dans le premier cas, les parents peuvent surmonter l'absence et la distance spatiale qui les séparent au moyen d'une confiance interpersonnelle ; dans le second cas, les magistrats mettent en œuvre une confiance institutionnelle encadrée juridiquement pour coordonner leurs actions dans l'ordonnancement de leurs compétences juridictionnelles.

En quatrième lieu, on peut aussi remarquer que deux *idéologies* ayant trait à la confiance se déploient sur chacun des versants de l'enlèvement parental international. D'une part, au niveau institutionnel c'est à une idéologie de la confiance que nous avons affaire, qui menace l'équilibre de l'intégration européenne particulièrement en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux. En effet, la confiance en tant que fin en soi fait courir le risque de sa poursuite à tout prix, du sacrifice du contrôle et de la protection des droits fondamentaux sur

[639] TIRAN André, « Confiance sociale confiance primordiale en partant de Georg Simmel », dans Philippe BERNOUX et Jean-Michel SERVET (dir.), *La construction sociale de la confiance*, Montchrestien., Paris, 1997, p. 486-499.
[640] QUÉRÉ Louis, « La confiance comme attitude pratique », *op. cit.*, p. 17.
[641] CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », *op. cit.*, p. 174.

l'autel d'une confiance aveugle. Sur ce point, les considérations sur la rationalité systémique de la confiance chez N. Luhmann apportent un éclairage théorique à la discussion juridique : il s'agit avant tout de bien équilibrer l'alternative binaire entre confiance et méfiance, afin d'atteindre un optimum de régulation dont la confiance ne peut à elle seule être garante. C'est, en somme, rappeler ici que la confiance ne peut être rationnelle sans son alter ego, la méfiance, comme le soulignent à leur manière les juristes appelant à la mise en place de garde-fous de la confiance mutuelle entre États dans l'espace européen. D'autre part, au niveau interpersonnel, l'idéologie de la coparentalité positive, mobilisée de manière plus ou moins consciente par les juges et les médiateurs en charge du litige, valorise à l'extrême l'entente entre les parents et l'autonomie des parties, faisant peser le poids du conflit sur les épaules des seuls parents, sans prendre en considération les conditions sociales de son émergence. La confiance y est alors valorisée, particulièrement en vertu de la positivité des attentes qu'elle implique, mais aussi compte tenu de son affinité avec un mode d'action publique qui cherche la capacitation des individus en puisant dans les ressources de leur propre vie. La confiance fait alors figure de mode d'autorégulation central et désirable, que les magistrats et les médiateurs tentent, chacun à leur manière, de faire émerger.

Ce qui nous amène directement à notre cinquième point : la confiance apparaît, sur les deux versants, comme un *mode de régulation de l'autorégulation*. C'est un aspect fondamental de la confiance dans le cadre de la transnationalisation du droit familial. Pour saisir le recours à la confiance, tant sur le versant juridictionnel que familial, il est éclairant de considérer la coopération judiciaire transfrontière et la sphère familiale au regard de la frontière *domestique*, comprise dans les deux sens du terme. Il s'agit au niveau juridictionnel, d'assurer à la fois la mobilité des individus et la souveraineté des États à trancher les affaires familiales selon leurs lois nationales, à définir l'institution familiale selon leurs normes et leurs valeurs propres. Au niveau familial, l'autonomie de la volonté des individus et le caractère subsidiaire de l'action de l'État dans la sphère privée laissent également aux partenaires le choix des normes et des valeurs auxquelles ils adhèrent, déterminant leur organisation familiale par le bas[642]. On comprend le statut privilégié de la confiance en tant que mode de régulation indirect, non intrusif, latéral, en ce qu'il permet une régulation de l'autorégulation de la sphère nationale

[642] MARTIN Claude et COMMAILLE Jacques, « La repolitisation de la famille contemporaine », *op. cit.*, p. 146.

comme de la sphère privée, sans risquer l'ingérence dans les affaires nationales ou l'intrusion dans le domaine privé.

C'est en ce sens que l'on peut avancer, sixième point, que la confiance agit alors comme un *médium privilégié de procéduralisation* de l'action du droit. Dans un contexte où un « fonds commun d'évidences partagées de façon non problématique vient à manquer »[643], la confiance permet d'évacuer l'absence de valeurs substantielles communes sur lesquelles fonder une communauté politique, et, surtout d'œuvrer tacitement à l'invisibilisation de cette absence. La confiance, dans ce contexte, constitue un auxiliaire privilégié dans la « régulation indirecte et invisible de l'action, […] problème central du pouvoir »[644] procéduralisé. Mais la confiance, c'est aussi faire « comme si » l'on était sûr, « comme si » l'on partageait des valeurs compatibles ou identiques : la suspension de l'incertitude menant à l'action pratique s'avère alors également un levier politique décisif en contexte d'incertitude radicale. Ce « comme si » relie et rapproche néanmoins, au fil des interactions entre les magistrats et les États qu'ils représentent, convertissant au fil des renvois réciproques une communauté de confiance postulée en une communauté de confiance effective. Par ailleurs, la procéduralisation de l'action du droit s'observe également au niveau de la relation entre action étatique et sphère privée : la norme se conçoit et s'applique dans le même temps, encourageant les parents à reprendre en main leur conflit, à réformer leurs identités, à se faire confiance, sans jamais exiger quoi que ce soit d'eux. Ce mode d'activation douce cherche donc à substituer la surveillance par un travail sur les motivations individuelles visant « la construction du champ de la régulation autonome »[645], la coparentalité positive.

En somme, la confiance décidée, réflexive et strictement encadrée juridiquement, contribue à la procéduralisation de l'action de l'État dans la régulation de l'autorégulation des familles à travers les frontières étatiques. La confiance constitue un mode de régulation qui s'allie particulièrement bien à la double exigence de l'autonomie de la volonté et de la souveraineté nationale, laissant d'apparence intacts les territoires domestiques tout en y apposant pouvoir et obligation. On peut en ce sens souligner une dernière caractéristique transversale de la confiance, qui importe pour les deux versants de l'enlèvement parental international : il est clair

[643] FERRY Jean-Marc, « Face à la tension, entre droits de l'homme et religion, quelle éthique universelle ?: Réflexions sur un au-delà problématique de la laïcité », *Recherches de Science Religieuse*, vol. 95, nº 1, 2007, p. 67.
[644] DE MUNCK Jean, « Pour une critique de la raison procédurale », *op. cit.*, p. 127.
[645] *Ibid.*

que la *délégation*, qui réside dans la nature même des relations de confiance, n'est pas étrangère à ce mode de régulation indirecte qui se marie si bien avec l'individualisme du « nouvel ordre parental »[646] et l'inviolabilité des prérogatives souveraines de la nation en matière familiale. Comme le juge requis délègue son pouvoir d'appréciation du fond de l'affaire à son homologue étranger, le médiateur délègue en fin de compte la responsabilité de la coparentalité aux parents, coparentalité qui procède elle-même par la délégation de l'enfant entre les parents : au gré des renvois entre les domiciles, chacun des parents qui délègue son enfant à l'autre se rend vulnérable à la liberté d'action de ce dernier.

4.4 Ouvertures

Quatre pistes de recherche prometteuses peuvent être dégagées de notre analyse de la confiance à partir du contentieux d'enlèvement parental international. Ces pistes constituent autant de ligne de fuites plus générales sur le rôle de la confiance dans la justice, indiquant des horizons de recherche fertiles pour des travaux ultérieurs.

Une première piste d'investigation de l'enlèvement pourrait être développée au regard de la *proximité des dynamiques de la confiance et de celle du don*. C'est à P. Ricœur que nous devons le rapprochement entre les caractéristiques du don et de la reconnaissance mutuelle[647], que nous élargissons également à la confiance. La confiance interpersonnelle, la reconnaissance mutuelle et le don partagent le trait essentiel de la *réciprocité*. La confiance mutuelle se constitue par une dynamique réciproque qui s'apparente à celle du don contre-don, selon laquelle le premier pas du don, offrir, s'apparente à accorder sa confiance : tous deux *échappent à la stricte rationalité de l'acte intéressé* et tous deux sont fondamentalement *instituants*. Par ailleurs, on peut assimiler la réciprocité à « un cercle qui peut être vicieux ou vertueux : se pose […] ainsi le problème du passage du cercle vicieux de la vengeance (méfait versus contre-méfait) au cercle vertueux du don (don versus contre-don), le sacrifice ouvrant la voie à la réciprocité positive »[648]. La transition entre ces deux formes de réciprocité, l'une destructrice, l'autre liante, passe parfois par une forme de *sacrifice* : « des traits phénoménologiques remarquables, tels ceux d'un soi qui éventuellement s'offre au bourreau en lui donnant sa tête à couper, sont là pour rappeler le caractère d'offrande du sacrifice censé sous-tendre la transition du cercle vicieux de

[646] MINOC Julie, « (Dés)ordres familiaux à la loupe. Les normes maternelles et paternelles au prisme de l'enquête sociale », *op. cit.*, p. 83.
[647] RICŒUR Paul, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, *op. cit.*, p. 327.
[648] *Ibid.*, p. 331.

la vengeance au cercle vertueux du don. Il ne faudrait pas que dans une conception systématique on perde de vue les gestes concrets tels que renoncer à rendre violence pour violence, se soustraire à l'emprise du principe 'tuer qui a tué' »[649].

Dans notre cas, n'oublions pas en effet que la transition qui permet de soustraire les parties à l'empire des *vengeances* – l'éternel cercle vicieux de l'enlèvement et du contre-enlèvement – pour les amener au régime de la confiance mutuelle, passe par le *sacrifice* d'un des parents, celui du quotidien avec son enfant, pris à payer de la relation de coparentalité apaisée. C'est ici qu'entre en jeu l'aspect fondamentalement instituant de la reconnaissance mutuelle et de la confiance mutuelle par rapport à la vengeance. En ce sens, P. Ricœur indique qu'une « relation de réciprocité ne saurait se réduire à un échange entre deux individus. Un tiers transcendant émerge à chaque fois, même si ce tiers n'est rien d'autre que la relation elle-même qui s'impose comme acteur à part entière »[650]. Dès lors, de même que le geste d'offrir « inaugure l'entrée dans le régime du don »[651], le geste d'accorder sa confiance inaugure l'entrée dans le régime de la confiance. Et l'on se souvient combien « faire un geste » s'est avéré décisif dans le cas polonais, s'apparentant aux prémices d'une offre de paix ouvrant la voie à une coparentalité et une entrée espérée dans un régime de confiance mutuelle. On le voit donc, la réciprocité lie la confiance et le don, ainsi que leurs dimensions instituantes. Mais c'est également en rapport avec l'institution de la justice, dans son sens le plus fondamental, que la confiance mutuelle soustrait les individus à l'empire de la violence pour laisser place au lien.

En second lieu, nous avons l'intuition fondamentale que le *lien entre confiance et reconnaissance*, dont nous avons esquissé un début d'analyse, et dont certains auteurs se sont déjà emparés[652], pourrait faire l'objet d'un approfondissement conceptuel à même d'apporter du sang neuf aux théories de la justice. Nous pensons en particulier à l'influente théorie de la justice d'A. Honneth, qui, bien que déployant de manière remarquable les caractéristiques de la reconnaissance, repose néanmoins sur une *version pauvre de la confiance*. De manière plus précise, la confiance n'intervient que sous sa forme autoréférentielle, c'est-à-dire comme *self-trust*[653] ou *basic self-confidence*[654], qui réfère à « *the characteristic of an agent who has an*

[649] *Ibid.*, p. 332.
[650] *Ibid.*, p. 330.
[651] *Ibid.*, p. 332.
[652] QUÉRÉ Louis, « Confiance et reconnaissance », *op. cit.* ; SCHWARZ Michael, « Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *op. cit.*
[653] ANDERSON Joel H. et HONNETH Axel, « Autonomy, vulnerability, recognition, and justice », *op. cit.*, p. 133.
[654] HONNETH Axel, *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*, 1st MIT Press ed., Cambridge, Mass, MIT Press, 1996, p. 129.

open and trusting relationship to his or her own feelings, desires, impulses, emotions, and so on »[655]. On saisit donc à quel point la confiance intervient dans la théorie de la justice comme une confiance très basique, primordiale et uniquement orientée du rapport d'un individu à lui-même. Obnubilé par une version individualiste de la confiance qui préside à sa théorie de la justice, A. Honneth manque à la fois le pan intersubjectif de la confiance interpersonnelle et l'aspect social de la confiance institutionnelle. La reconnaissance comme la confiance ne peuvent donc rester enfermées dans des conceptions individualistes, puisqu'il s'agit de rendre compte de la reconnaissance et de la confiance *mutuelles*, où la réciprocité institue une relation sociale qui œuvre en tiers par rapport aux individus, comme nous l'avons souligné à l'instant. Nous pensons que sur deux aspects l'intégration d'une notion plus fine et complexe de la confiance pourrait contribuer à mieux saisir les rôles conjoints de la confiance et de la reconnaissance dans une théorie de la justice. D'une part, il s'agit de mieux préciser les rapports entre confiance et reconnaissance mutuelle non pas de manière universelle, mais bien empirique et légale, en ce que la lutte pour la reconnaissance passe également par la sphère judiciaire, et que celle-ci n'est pas *a priori* d'empan universel, mais bien national et en cours de transnationalisation. Mieux saisir les relations entre reconnaissance mutuelle et confiance mutuelle entre États, à l'image de la théorie de M. Schwarz[656], permet de rendre compte du rôle de la confiance dans le dépassement des frontières et la reconnaissance du droit (*law*) et non pas uniquement des droits (*rights*) comme éléments importants pour une théorie de la justice sociale.

D'autre part, c'est le débat de *l'autonomie relationnelle* qui peut être repensé à nouveau frais lorsque l'on s'outille d'une notion de confiance dépassant une version individualiste. Ce qui nous amène à notre troisième piste de recherche fondamentale, à savoir la relation entre confiance et autonomie, que nous avons également brièvement discutée dans cette thèse. J. Anderson et A. Honneth, affirment que « *liberalism faces a new challenge of doing justice to the profoundly intersubjective nature of autonomy* »[657], on peut ajouter que ce faisant, il convient donc de faire également justice à la nature profondément intersubjective et sociale de la confiance. J. Anderson et A. Honneth proposent par ailleurs « *to take up and further develop another expansion of the claims of social justice in line with a conception of autonomy that*

[655] ANDERSON Joel H. et HONNETH Axel, « Autonomy, vulnerability, recognition, and justice », *op. cit.*, p. 133.
[656] SCHWARZ Michael, « Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *op. cit.*
[657] ANDERSON Joel H. et HONNETH Axel, « Autonomy, vulnerability, recognition, and justice », *op. cit.*, p. 145.

goes by various names – relational, social, intersubjective, situated, or recognitional – but can be summarized in the claim that 'Autonomy is a capacity that exists only in the context of social relations that support it and only in conjunction with the internal sense of being autonomous' »[658]. Cependant, si l'on ne considère pas l'autonomie comme l'absence de relation dans une indépendance close, mais bien comme une *autonomie relationnelle*[659], il apparaît que la confiance n'intervient pas uniquement dans le « *sense of being autonomous* », comme le considèrent ces auteurs, mais bien aussi comme *relation sociale* qui supporte cette capacité à l'autonomie. Lorsque l'on considère la confiance non plus comme un rapport à soi mais comme manière de se lier aux autres, son rôle change radicalement et ouvre de nouvelles possibilités analytiques. Disposer d'une conception multiple de la confiance au-delà de sa version individualiste, permet alors de considérer les conditions dans lesquelles elle œuvre comme une relation émancipatrice, ou à l'inverse aliénante, et d'en apprécier le caractère foncièrement *instituant*[660].

Enfin, une dernière piste de recherche nous invite à réinterpréter et prolonger le cheminement conceptuel effectué au regard de la distinction médium/forme chez N. Luhmann[661]. Un coup d'œil rétrospectif suffit pour réaliser qu'au long de cette analyse nous avons tenté de saisir le droit et la confiance à partir de leurs *mises en forme* particulières. Si le droit et la confiance semblent tellement insaisissables, c'est justement parce qu'aucune forme de confiance n'épuise la confiance comme médium, tout comme aucune forme de droit n'épuise le droit comme médium. On l'a vu avec la confiance, la prolifération des formes qu'elle est susceptible de revêtir, en fonction du contexte dans lequel elle se déploie (entre parents ou entre magistrats, par exemple), mais également en fonction de l'autodescription qui en est esquissée par un système particulier (en droit par exemple, sous l'autoportrait de la confiance mutuelle entre États), ne peuvent en effet atteindre une quelconque *essence* de la confiance. Et pour cause, il s'agit uniquement d'appréhender ses mises en forme dans des configurations particulières puisque la confiance, tout comme le droit, ne sont pas observables en soi. Pour le dire avec M. Garcia, la confiance et le droit sont « sans essence unique », mais relèvent de « présences

[658] *Ibid.*, p. 129.
[659] RICARD Laurence, « L'autonomie relationnelle : un nouveau fondement pour les théories de la justice », *Philosophiques*, vol. 40, n° 1, 13 septembre 2013, p. 141.
[660] CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », *op. cit.*
[661] LUHMANN Niklas et RASCH William, *Theories of distinction: Redescribing the descriptions of modernity*, Stanford, Stanford University Press, 2002, p. 175.

multiples »[662], dont il s'agit de faire l'inventaire, de déployer les agencements spécifiques dans un univers de sens contextualisé, tel que nous l'avons effectué. Et ce, en fin de compte, pour que le chercheur soit alors à même d'orienter les mises en forme possibles, les couplages souhaitables, virtuels mais dès lors pensables, de la confiance et du droit.

En définitive, face à la complexité de l'enlèvement parental international, tant en raison du pluralisme juridique qu'il implique que des difficultés propres aux familles transnationales qu'il concerne, le droit se heurte à des limites. Il est menacé dans sa fonction de régulation, ne parvient que laborieusement à stabiliser les attentes normatives tout en gardant une légitimité aux yeux des justiciables. L'incertitude règne à tous les niveaux. La prévisibilité des jugements est hasardeuse, l'application conventionnelle inégale. Et pour cause, il s'agit d'imaginer la transnationalisation d'un droit foncièrement marqué par des diversités culturelles fortes, dont la délégation des prérogatives souveraines reste difficile au-delà de la nation. Loin des mythes idéalisés d'une société mondiale, l'impératif de proximité et la prégnance des valeurs nationales subsistent malgré la délocalisation des relations sociales, la transnationalisation de la conjugalité et la globalisation progressive de l'enfance. Pourtant, face aux incidents humains et diplomatiques que constituent les enlèvements parentaux internationaux, les institutions judiciaires et les acteurs qui leurs donnent vie au quotidien tentent de répondre aux défis de la complexité et de l'incertitude. Cette réponse, dont les magistrats et les médiateurs constituent des pièces maîtresses, prend la forme d'un enchevêtrement de droit et de confiance, ingrédients décidément nécessaires à la transnationalisation du droit familial.

[662] GARCIA Margarida, « Le concept de « droits de la personne » et son observation théorique et empirique », *Droit et société*, n°89, nº 1, 2015, p. 183.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

ABBOTT Kenneth W. et SNIDAL Duncan, « Hard and soft law in international governance », *International organization*, vol. 54, nº 3, 2000, p. 421–456.

ALANEN Julia, « When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense », *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 40, nº 1, 2008, p. 49-108.

ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005.

ANAGNOSTARAS Georgios, « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldararu », *Common Market Law Review*, vol. 53, nº 6, 2016, p. 1675–1704.

ANDERSON Benedict R. O'G, *Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism*, Rev. ed., New York, London, Verso, 2006.

ANDERSON Joel H. et HONNETH Axel, « Autonomy, vulnerability, recognition, and justice », dans John CHRISTMAN et Joel H. ANDERSON (dir.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 127-149.

ANDERSSON Torbjörn, « Harmonization and Mutual Recognition: How to Handle Mutual Distrust? », vol. 17, nº 3, 2006, p. 747-752.

ANGUÉ Katia, « Rôle et place de l'abduction dans la création de connaissances et dans la méthode scientifique peircienne », *Recherches qualitatives*, vol. 28, nº 2, 2009, p. 65-94.

BAILLEUX Antoine et OST François, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, nº 1, 2013, p. 25-44.

BALDASSAR Loretta, KILKEY Majella, MERLA Laura et WILDING Raelene, « Transnational families », dans Judith TREAS, Jacqueline SCOTT et Martin RICHARDS (dir.), *The Wiley Blackwell companion to the sociology of families*, Wiley-Blackwell, 2014, p. 155–175.

BALDASSAR Loretta, NEDELCU Mihaela, MERLA Laura et WILDING Raelene, « ICT-based co-presence in transnational families and communities: challenging the premise of face-to-face proximity in sustaining relationships », *Global Networks*, vol. 16, nº 2, 2016, p. 133-144.

BARATTA Roberto, « La "communauté de valeurs" dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Revue des affaires européennes*, vol. 1, nº 1, 2018, p. 81-91.

BARBER Bernard, *The Logics and Limits of Trust*, New Brunswick, NJ, Rutgers University Press, 1983.

BARTOLINI Silvia, « In the Name of the Best Interest of the Child: The Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases », *Common Market Law Review*, vol. 56, nº 1, 2019, p. 1-30.

BASTARD Benoit, « Médiation familiale: une profession qui peine à trouver son public », *Informations sociales*, vol. 170, nº 2, 2012, p. 66–73.

BASTARD Benoit, « Mais à qui profite la médiation familiale ? », *Dialogue*, vol. 170, nº 4, 2005, p. 65-80.

BASTARD Benoit, *Les démarieurs: enquête sur les nouvelles pratiques du divorce*, Paris, La Découverte, 2002.

BASTIEN Soulé, « Observation participante ou participation observante? Usages et justifications de la notion de participation observante en sciences sociales », *Recherches qualitatives*, vol. 27, nº 1, 2007, p. 127–140.

BATTJES Hemme, BROUWER Evelien, DE MORREE Paulien et OUWERKERK Jannemieke, *The Principle of Mutual Trustin European Asylum, Migration, and Criminal law*, Meijers Committee, 2011.

BEAUD Stéphane, « L'usage de l'entretien en sciences sociales. Plaidoyer pour l'«entretien ethnographique» », *Politix*, vol. 9, nº 35, 1996, p. 226–257.

VON BENDA-BECKMANN Franz et VON BENDA-BECKMANN KEEBET, *Mobile people, mobile law: Expanding legal relations in a contracting world.*, Routledge., New York, 2017.

BERMAN Paul Schiff, « From International Law to Law and Globalization », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, nº 2, 2005, p. 485-556.

BETHEL Charles A. et SINGER Linda R., « Mediation: A new remedy for cases of domestic violence », *Vt. L. Rev.*, vol. 7, 1982, p. 15-33.

BOURDIEU Pierre, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 3-19.

BOURDIN Alain, LEFEUVRE Marie-Pierre et MELÉ Patrice, *Les règles du jeu urbain. Entre droit et confiance*, Paris, Descartes & Cie, 2006.

BRADACH Jeffrey L. et ECCLES Robert G., « Price, authority, and trust: From ideal types to plural forms », *Annual review of sociology*, vol. 15, nº 1, 1989, p. 97–118.

BROUWER Evelien, « Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof », *Utrecht L. Rev.*, vol. 9, nº 1, 2013, p. 135-147.

BROUWER Evelien Renate et GERARD Damien, « Mapping Mutual Trust. Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU law », *EUI Working Papers*, vol. 1, nº 13, 2016, p. 1-79.

BUCK Trevor, *An evaluation of the long-term effectiveness of mediation in cases of international parental child abduction*, Reunite, 2012.

BUTLER John K., « Toward Understanding and Measuring Conditions of Trust: Evolution of a Conditions of Trust Inventory », *Journal of Management*, vol. 17, nº 3, 1991, p. 643-663.

BUTLER John K. et CANTRELL R. Stephen, « A Behavioral Decision Theory Approach to Modeling Dyadic Trust in Superiors and Subordinates », *Psychological Reports*, vol. 55, nº 1, 1984, p. 19-28.

CAMBIEN Nathan, « Mutual Recognition and Mutual Trust in the Internal Market », *European Papers*, vol. 2, nº 1, 2017, p. 93-115.

CARATSCH Cilgia, *La médiation familiale internationale: observations sur son établissement institutionnel*, Sion, Mémoire, Institut universitaire Kurt Bösch, 2012.

CARDI Coline, « Les habits neufs du familialisme: Ordre social, ordre familial et ordre du genre dans les dispositifs de soutien à la parentalité », *Mouvements*, vol. 82, nº 2, 2015, p. 11-19.

CARDIA-VONÈCHE Laura et BASTARD Benoit, « Vers un nouvel encadrement de la parentalité? », *Informations sociales*, vol. 122, nº 2, 2005, p. 110–121.

CARDIA-VONÈCHE Laura et BASTARD Benoit, « La médiation familiale : une pratique en avance sur son temps ? », *Recherches et prévisions*, vol. 70, nº 1, 2002, p. 19-29.

CARDIA-VONÈCHE Laura, LIZIARD Sylvie et BASTARD Benoit, « Juge dominant ou juge démuni ? La redéfinition du rôle du juge en matière de divorce », *Droit et société*, vol. 33, nº 1, 1996, p. 277-298.

CARTUYVELS Yves et BERNARD Diane, « Introduction », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 84, nº 1, 2020, p. 73-80.

CATELLIN Sylvie, « L'abduction : Une pratique de la découverte scientifique et littéraire », *Hermès*, vol. 2, nº 39, 2004, p. 179-185.

CEFAÏ Daniel, « La construction des problèmes publics. Définitions de situations dans des arènes publiques », *Réseaux*, vol. 14, nº 75, 1996, p. 43-66.

CHARLES Julien, FERRERAS Isabelle et LAMINE Auriane, « Enquêter en sympathie critique. Défis pour le chercheur ».

CHAUVIÈRE Michel, « La parentalité comme catégorie de l'action publique », *Informations sociales*, vol. 149, nº 5, 2008, p. 16–29.

CHEVALLIER Jacques, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 105-106, nº 1, 2003, p. 203-217.

CHEVALLIER Jacques, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation? », dans C. A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37-61.

CHILES Todd H. et MCMACKIN John F., « Integrating Variable Risk Preferences, Trust, and Transaction Cost Economics », *The Academy of Management Review*, vol. 21, nº 1, 1996, p. 73-99.

COHEN Jean L., *Regulating intimacy: a new legal paradigm*, Princeton, N.J, Princeton Univ. Press, 2002.

COMMAILLE Jacques, *A quoi nous sert le droit?*, Editions Gallimard, 2015.

COMMAILLE Jacques, « La famille, l'état, le politique: une nouvelle économie des valeurs », *Informations sociales*, vol. 136, nº 8, 2006, p. 100–111.

COMMAILLE Jacques et DURAN Patrice, « Pour une sociologie politique du droit : présentation », *L'Année sociologique*, vol. 59, nº 1, 2009, p. 11-28.

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Médiation: guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, La Haye, La Conférence de la Haye de droit internationale privé, 2012.

COQUARD Benoît, FILLOD-CHABAUD Aurélie, MILLE Muriel et MINOC Julie, « Des familles au tribunal: Séparations conjugales et reproduction sociale des inégalités de sexe et de classe », *Mouvements*, vol. 82, nº 2, 2015, p. 58-65.

CORNU Laurence, « La confiance comme relation émancipatrice », dans Albert OGIEN et Louis QUÉRÉ (dir.), *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, coll. « Études sociologiques », 2006, p. 169-190.

COTTERRELL Roger, « What Is Transnational Law? », *Law & Social Inquiry*, vol. 37, nº 2, 2012, p. 500-524.

COTTERRELL Roger, « Transnational Communities and the Concept of Law », *Ratio Juris*, vol. 21, nº 1, 2008, p. 1-18.

COTTERRELL Roger, « Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? », *Journal of Law and Society*, vol. 25, nº 2, 1998, p. 171-192.

DE HART B. et VAN ROSSUM W. (dir.), « Law in the Everyday Lives of Transnational Families », *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 3, nº 6, 2013.

DE MUNCK Jean, « L'enfant en pyjama sur Global Airlines », dans Christine GUY-ECABERT et Élisabeth VOLCKRICK (dir.), *Enlèvement parental international d'enfants. Saisir le juge ou s'engager dans la médiation?*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015, p. 230-248.

DE MUNCK Jean, « Pour une critique de la raison procédurale », dans D. MERCURE (dir.), *Une société-monde ? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Laval, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 115-132.

DE MUNCK Jean, « De la loi à la médiation », dans Pierre ROSANVALLON et AL. (dir.), *France : les révolutions invisibles*, Calmann-Lévy., 1998, p. 11-32.

DE MUNCK Jean, « Le pluralisme des modèles de justice », dans Antoine GARAPON et Denis SALAS (dir.), *La justice des mineurs*, LGDJ-Bruylant., Paris, 1994, p. 91-138.

DE SINGLY François, « Intimité conjugale et intimité personnelle: À la recherche d'un équilibre entre deux exigences dans les sociétés modernes avancées », *Sociologie et sociétés*, vol. 35, nº 2, 2003, p. 79-96.

DE SINGLY François, *Le soi, le couple et la famille*, Paris, Nathan, 1996.

DELMAS-MARTY Mireille, *Le Relatif et l'Universel. Les forces imaginantes du droit vol. 1*, Paris, Éditions du Seuil, 2004.

DEUTSCH Morton, « The Effect of Motivational Orientation upon Trust and Suspicion », *Human Relations*, vol. 13, nº 2, 1960, p. 123-139.

DWORKIN Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Mass, Belknap Press, 1986.

DWORKIN Ronald, « La Chaîne du droit », *Droit et société*, vol. 1, nº 1, 1985, p. 51-79.

DWORKIN Ronald, « Hard Cases », *Harvard Law Review*, vol. 88, nº 6, 1975, p. 1057-1109.

EFRAT Asif, « Assessing mutual trust among EU members: evidence from the European Arrest Warrant », *Journal of European Public Policy*, vol. 26, nº 5, 2019, p. 656-675.

EUDES Marina, « La convention sur les droits de l'enfant, texte emblématique reconnaissant l'intérêt de l'enfant… et passant sous silence les droits des femmes ? », *Revue des droits de l'homme*, vol. 3, 2013.

EWICK Patricia et SILBEY Susan S., « Conformity, contestation, and resistance: An account of legal consciousness », *New Eng. L. Rev.*, vol. 26, 1991, p. 731-749.

FAGET Jacques, « La médiation familiale en tension. Réflexions sur le cas français », *R.I.E.J.*, vol. 1, nº 84, 2020, p. 179-195.

FAGET Jacques, *Médiations. Les ateliers silencieux de la démocratie*, Érès., Toulouse, 2010.

FAGET Jacques, « Médiation et violences conjugales », *Champ pénal*, vol. 1, 2004, p. 1-16.

FASS Paula S., *Children of a new world: society, culture, and globalization*, New York, New York University Press, 2007.

FERRY Jean-Marc, « Face à la tension, entre droits de l'homme et religion, quelle éthique universelle ?: Réflexions sur un au-delà problématique de la laïcité », *Recherches de Science Religieuse*, vol. 95, nº 1, 2007, p. 61-74.

FILLOD-CHABAUD Aurélie, « Les usages du droit par le mouvement des pères séparés. Une comparaison France-Québec », *Genre, sexualité et société*, vol. 15, 2016, p. 1-22.

FINE Agnès, « Vers une reconnaissance de la pluriparentalité? », *Esprit*, vol. 273, nº 3, 2001, p. 40–52.

FISCHER Karla, VIDMAR Neil et ELLIS Rene, « Culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases », *SMU Law Review*, vol. 46, 1992, p. 2117-2174.

FISCHER Quentin, « L'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents » », *Rev. dr. U.L.B.*, vol. 32, 2005, p. 69-113.

FRASER Nancy, « From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a'post-socialist' age », *New left review*, , 1995, p. 68–149.

FREDERIKSEN Morten, « Divided uncertainty: a phenomenology of trust, risk and confidence », dans Søren JAGD et Lars FUGLSANG (dir.), *Trust, Organizations and Social Interaction*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 43-67.

FREDERIKSEN Morten et HEINSKOU Marie Bruvik, « Trusting the other or taking a chance? An investigation of chance and trust temporalities », *Time & Society*, vol. 25, n° 2, juillet 2016, p. 374-392.

FUKUYAMA Francis, *Trust: The social virtues and the creation of prosperity*, Free Press Paperbacks, 1995.

GAMBETTA Diego, *Trust: making and breaking cooperative relations*, Basic Blackwell., Cambridge Ma, 1988.

GANANCIA Danièle, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, Érès., Toulouse, 2007.

GARAPON Antoine, « Justice et reconnaissance », *Esprit*, Mars/avril, n° 3, 2006, p. 227-244.

GARCIA Margarida, « Le concept de « droits de la personne » et son observation théorique et empirique », *Droit et société*, n°89, n° 1, 2015, p. 171.

GIDDENS Anthony, *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan., Paris, 1994.

GIDDENS Anthony, *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love, and Eroticism in Modern Societies*, Stanford, Stanford University Press, 1992.

GILL-PEDRO Eduardo et GROUSSOT Xavier, « The Duty of Mutual Trust in EU Law and the Duty to Secure Human Rights: Can the EU's Accession to the ECHR Ease the Tension? », *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 35, n° 3, 2017, p. 258-274.

GRIFFITHS John, « What is legal pluralism? », *The journal of legal pluralism and unofficial law*, vol. 18, n° 24, 1986, p. 1–55.

GUY-ECABERT Christine et VOLCKRICK Élisabeth, *Enlèvement parental international d'enfants. Saisir le juge ou s'engager dans la médiation*, Helbing Lichtenhahn., Neuchâtel, 2015.

HACHEZ Isabelle, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, n° 2, 2010, p. 1-64.

HACKING Ian, *The social construction of what?*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1999.

HANLEY Paul, « Black Hole in the Rising Sun: Japan and the Hague Convention on Child Abduction », *International Human Rights Law Journal*, vol. 2, nº 1, 2016, p. 1-22.

HANNERZ Ulf, « Being there... and there... and there! Reflections on multi-site ethnography », *Ethnography*, vol. 4, nº 2, 2003, p. 201–216.

HARDIN Russell, « Communautés et réseaux de confiance », dans Albert OGIEN et Louis QUÉRÉ (dir.), *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 85-109.

HARDIN Russell, *Trust and trustworthiness*, New York, Russell Sage Foundation, coll. « The Russell Sage Foundation series on trust », 2002.

HARDIN Russell, « Do we want trust in government », dans Mark E. WARREN (dir.), *Democracy and trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 22–41.

HARDING Maebh, « Does Transnational Family Law Exist? Should Adult Relationships be Freed from National Protective Norms? », dans Paulius JURČYS, Poul F. KJAER et Ren YATSUNAMI (dir.), *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Nijhoff, Brill, 2013, p. 263-280.

HART Herbert L. A., *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

HARTAS Dimitra, *Parenting, family policy and children's well-being in an unequal society: a new culture war for parents*, UK, Palgrave MacMillan, 2014.

HENNUM Nicole, « Developing child-centered social policies: When professionalism takes over », *Social sciences*, vol. 3, nº 3, 2014, p. 441–459.

HOFFMAN Aaron M., « A conceptualization of trust in international relations », *European Journal of International Relations*, vol. 8, nº 3, 2002, p. 375–401.

HONNETH Axel, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Folio, 2013.

HONNETH Axel, « La théorie de la reconnaissance: une esquisse », *Revue du MAUSS*, vol. 23, nº 1, 2004, p. 133.

HONNETH Axel, *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*, 1st MIT Press ed., Cambridge, Mass, MIT Press, 1996.

HONNETH Axel et FRASER Nancy, *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, London/New York, Verso, 2004.

HUOT Madeleine, « La médiation familiale en présence de violence conjugale: Quels sont les moyens mis en place pour assurer la sécurité des personnes ? », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 30, nº 2, 2019, p. 268-298.

ILLOUZ Eva et CABANAS Edgar, *Happycratie. Comment l'industrie du bonheur a pris le contrôle de nos vies*, Premier parallèle, 2018.

JACKSON Jonathan, HOUGH Mike, BRADFORD Ben, POOLER Tia, HOHL Katrin et KUHA Jouni, *Trust in Justice: Topline Results from the Round 5 of the European Social Survey*, European Commission, coll. « ESS topline results series », 2011.

JESSUP Phillip, *Transnational law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

KARPIK Lucien, « Pour une conception substantive de la confiance », *Les moments de la confiance. Connaissance, affect et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 109-117.

KARPIK Lucien, « Dispositifs de confiance et engagements crédibles », *Sociologie du travail*, vol. 38, nº 4, 1996, p. 527–550.

KILKEY Majella et MERLA Laura, « Situating transnational families' care-giving arrangements: the role of institutional contexts », *Global Networks*, vol. 14, nº 2, 2014, p. 210–229.

KNIJN T. et HOPMAN M., « The turn to parenting in four European Welfare states », *nternational Journal of Child Care and Education Policy*, vol. 9, nº 10, 2015, p. 1-17.

KOH Harold Hongju, « Why Transnational Law Matters », *Penn State International Law Review*, vol. 24, nº 4, 2006, p. 745-753.

KRAMER Xandra, « Cross Border Enforcement in the EU: Mutual Trust Versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure », *International Journal of Procedure Law*, vol. 1, nº 2, 2011, p. 202-230.

KRIEGER Sarah, « The dangers of mediation in domestic violence cases », *Cardozo Women's LJ*, vol. 8, 2001, p. 235-260.

KRUGER Thalia, *International Child Abduction: the Inadequacies of the Law*, Oxford ; Portland, OR, Hart Publishing, 2011.

KUCINSKI Melissa A., « The Delicate Art of Mediating International Parental Child Abduction Cases », *Disp. Resol. Mag.*, vol. 20, 2013, p. 18-22.

KUCINSKI Melissa A., « The pitfalls and possibilities of using technology in mediating cross-border child custody cases », *J. Disp. Resol.*, vol. 2, nº 4, 2010, p. 297-325.

KYDD Andrew, *Trust and mistrust in international relations*, Princeton, N.J, Princeton University Press, 2007.

LARSON Deborah Welch, « Trust and missed opportunities in international relations », *Political Psychology*, vol. 18, nº 3, 1997, p. 701–734.

LE GALL Didier et BETTAHAR Yamina, *La pluriparentalité*, Paris, PUF, 2001.

LESLIE Donyale, « A Difficult Situation Made Harder: A Parent's Choice between Civil Remedies and Criminal Charges in International Child Abduction », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 36, nº 2, 2008, p. 381-412.

LETO Marisa, « Whose Best Interest-International Child Abduction under the Hague Convention », *Chi. J. Int'l L.*, vol. 247, nº 3, 2002, p. 247-253.

LEVINAS Emmanuel, *Éthique comme philosophie première*, Paris, Rivages, 1998.

LEWICKI Roy J. et BUNKER Barbara B., « Trust in relationships: A model of development and decline », *Administrative Science Quarterly*, vol. 5, nº 1, 1995, p. 583-601.

LEWIS J. David et WEIGERT Andrew, « Trust as a social reality », *Social forces*, vol. 63, nº 4, 1985, p. 967–985.

LIVET Pierre, « Confiance, émotions et manifestation des valeurs », *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 201-215.

LØGSTRUP K. E., *Beyond the ethical demand*, English language ed., Notre Dame, Ind, University of Notre Dame Press, 2007.

VAN LOON Hans, « Mondialisation, enlèvements d'enfants, droit d'hébergement et maintien des contacts », *Journal du droit des jeunes*, vol. 201, nº 1, 2001, p. 18-21.

LOWE Nigel et STEPHENS Victoria, *A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - Part I*, 2017.

LUHMANN Niklas, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica., Paris, coll. « Études sociologiques », 2006.

LUHMANN Niklas, « Confiance et familiarité. Problèmes et alternatives », *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 9-22.

LUHMANN Niklas, *Trust and Power*, John Wiley & Sons., 1979.

LUHMANN Niklas et RASCH William, *Theories of distinction: Redescribing the descriptions of modernity*, Stanford, Stanford University Press, 2002.

LUHMANN Niklas, ZIEGERT Klaus A. et KASTNER Fatima, *Law as a social system*, Oxford ; New York, Oxford University Press, coll. « Oxford socio-legal studies », 2004.

MANGEMATIN V. et THUDEROZ C. (dir.), *Des mondes de confiance: Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CNRS Éditions, 2004.

MAOLI Francesca, SCIACCALUGA Giovanni, LEMBRECHTS Sara, VAN HOF Tine, CARPANETO Laura, KRUGER Thalia et VANDENHOLE Wouter, « Understanding the Best Interests of the Child in EU Child Abduction Proceedings: Perspectives from the Case Law », *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 14, nº 2, 2020, p. 337-363.

MARIN Luisa, « "Only You": The Emergence of a Temperate Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice and Its Underpinning in the European Composite Constitutional Order », *European Papers*, vol. 2, nº 1, 2017, p. 141-157.

MARQUET Jacques, « Couple parental – couple conjugal, multiparenté – multiparentalité: Réflexions sur la nomination des transformations de la famille contemporaine », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, vol. 41, nº 2, 2010, p. 51-74.

MARTIN Claude, « La pensée positive au service de la parentalité, ou l'inverse? », *Spirale*, vol. 91, nº 3, 2019, p. 61–69.

MARTIN Claude, « Mais que font les parents? Construction d'un problème public », dans Claude MARTIN (dir.), *« Être un bon parent »: une injonction contemporaine*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2014, p. 9-30.

MARTIN Claude, CAMPÉON Arnaud, KEPPENS Delphine et ROTHÉ Céline, *Gouverner les « nouveaux risques sociaux » : le cas des politiques en direction de l'enfance et de la parentalité dans les systèmes de protection sociale européens*, 2014.

MARTIN Claude et COMMAILLE Jacques, « La repolitisation de la famille contemporaine », *Comprendre - Revue annuelle de philosophie et de sciences sociales*, vol. 2, 2001, p. 129-149.

MARTIN Maik, « Franchir l'infranchissable ? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté, et sécurité », *Cultures & conflits*, vol. 62, nº 2, 2006, p. 63-77.

MARTIN Nuria Gonzalez, « International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview », *Family Law Quarterly*, vol. 48, nº 2, 2014, p. 319-350.

MATTEI Ugo, « A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, nº 1, 2003, p. 383-448.

MCELEAVY Peter, « The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection? », *Netherlands International Law Review*, vol. 62, nº 3, 2015, p. 365–405.

MCELEAVY Peter, « The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership? », *Journal of Private International Law*, vol. 1, nº 1, 2005, p. 5-34.

MERLA Laura, « Salvadoran migrants in Australia: An analysis of transnational families' capability to care across borders », *International Migration*, vol. 53, nº 6, 2015, p. 153–165.

MERLA Laura, « A macro perspective on transnational families and care circulation: situating capacity, obligation, and family commitments », dans Loretta BALDASSAR et Laura MERLA (dir.), *Transnational Families, Migration and the Circulation of Care: understanding mobility and absence in family life*, New York and Abingdon, Routledge, 2014, p. 115-129.

MERRY Sally Engle, *Getting justice and getting even: Legal consciousness among working-class Americans*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

MERRY Sally Engle, « Legal Pluralism », *Law and Society Review*, vol. 22, nº 5, 1988, p. 869-896.

MINOC Julie, « (Dés)ordres familiaux à la loupe. Les normes maternelles et paternelles au prisme de l'enquête sociale », *Droit et société*, N° 95, nº 1, 2017, p. 71-86.

MITSILEGAS Valsamis, « The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, nº 4, 2015, p. 457–480.

MITSILEGAS Valsamis, « The limits of mutual trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: from automatic inter-state cooperation to the slow emergence of the individual », *Yearbook of European Law*, vol. 31, nº 1, 2012, p. 319–372.

MNOOKIN Robert H. et KORNHAUSER Lewis, « Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce », *Yale Law Journal*, vol. 88, nº 5, 1979, p. 950-997.

MÖLLERING Guido, *Trust: reason, routine, reflexivity*, Bingley, Emerald, 2006.

MÖLLERING Guido, « The Trust/Control Duality: An Integrative Perspective on Positive Expectations of Others », *International Sociology*, vol. 20, nº 3, septembre 2005, p. 283-305.

MÖLLERING Guido, « The Nature of Trust: From Georg Simmel to a Theory of Expectation, Interpretation and Suspension », *Sociology*, vol. 35, nº 2, 2001, p. 403-420.

MORAVCSIK Andrew, « Trust, but verify: The transparency revolution and qualitative international relations », *Security Studies*, vol. 23, nº 4, 2014, p. 663–688.

NELKEN David, « The Truth about Law's Truth », *European Yearbook in the Sociology of Law*, vol. 1, nº 90, 1990, p. 1-52.

NELKEN David, « Law in Action or Living Law-Back to the Beginning in Sociology of Law », *Legal Studies*, vol. 4, nº 2, 1984, p. 157-174.

NELKEN David, « The Gap Problem in the Sociology of Law: A Theoretical Review », *Windsor Y.B. Access Just*, vol. 1, 1981, p. 35-51.

NEVEU Erik, « L'approche constructiviste des "problèmes publics". Un aperçu des travaux anglo-saxons », *Études de communication. Langages, information, médiations*, , nº 22, 1999, p. 41–58.

NEWTON Kenneth, « Trust, social capital, civil society, and democracy », *International Political Science Review*, vol. 22, nº 2, 2001, p. 201–214.

NEYRAND Gérard, « D'une politique de la famille à une politique de la parentalité », *Analele Universităţii din Bucureşti. Seria Ştiinţe Politice*, vol. 17, nº 1, 2015, p. 19–24.

NEYRAND Gérard, « La parentalité comme dispositif. Mise en perspective des rapports familiaux et de la filiation », *Recherches familiales*, vol. 4, nº 1, 2007, p. 71-88.

NEYRAND Gérard, « La résidence alternée, réponse à la reconfiguration de l'odre familial. Les enjeux d'un débat », *Recherches familiales*, vol. 2, nº 1, 2005, p. 83.

NI CHAOIMH Eadaoin et RIZCALLAH Cecilia, « Les principes de reconnaissance mutuelle et de confiance mutuelle : pierres angulaires de l'espace européen sans frontières intérieures », dans Antoine BAILLEUX (dir.), *Actualités du contentieux européen*, Limal, Anthemis, 2020, p. 157-186.

NOOTEBOOM Bart, « Apprendre à faire confiance », *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 63-85.

NOREAU Pierre et AMOR Samia, « Médiation familiale: de l'expérience sociale à la pratique judiciarisée », dans Marie-Christine SAINT-JACQUES, Daniel TURCOTTE, Sylvie DRAPEAU et Richard CLOUTIER (dir.), *Familles en transformation. La vie après la séparation des parents : Bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 269-297.

OFFE Claus, « How Can We Trust Our Fellow Citizens? », dans Mark E. WARREN (dir.), *Democracy and Trust*, Cambridge University Press., Cambridge, 1999, p. 42-87.

OGIEN Albert, « Éléments pour une grammaire de la confiance », dans Albert OGIEN et Louis QUÉRÉ (dir.), *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Paris, Economica, 2006, p. 217-232.

OGIEN Albert et QUÉRÉ Louis, *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, coll. « Études sociologiques », 2006.

OLIVIER DE SARDAN Jean-Pierre, « Émique », *L'Homme*, vol. 147, 1998, p. 151-166.

OLIVIER DE SARDAN Jean-Pierre, « La politique du terrain. Sur la production des données en anthropologie », *Enquête*, vol. 1, 1995, p. 71-109.

OMRANI Feyrouze, « L'expatriation dans la famille désunie: quel est le sort de l'enfant? Chronique de jurisprudence (2007-2013) », *Actualités du droit de la famille*, vol. 4, 2014, p. 106-163.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 44, nº 1, 2000, p. 1-92.

OST François et VAN DE KERCHOVE M., « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et société*, vol. 11, nº 2, 1987, p. 183-193.

PALI Brunilda et VOET Sandra, *Family mediation in international family conflicts: The European context*, Leuven: Institute of Criminology, Katholieke Universiteit Leuven, 2009.

PAPAUX Alain, « Aux sources du droit : L'autorité et la ruse », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, nº 1, 2013, p. 207-223.

PAPAUX Alain, *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsomption à l'abduction. L'exemple du droit international privé.*, PhD Thesis, Université de Lausanne, Faculté de droit et des sciences criminelles, 2002.

PARREÑAS Rhacel, « Long distance intimacy: class, gender and intergenerational relations between mothers and children in Filipino transnational families », *Global networks*, vol. 5, nº 4, 2005, p. 317–336.

PARREÑAS Rhacel Salazar, « Mothering from a distance: Emotions, gender, and intergenerational relations in Filipino transnational families », *Feminist studies*, vol. 27, nº 2, 2001, p. 361–390.

PARSONS Talcott, *The Social System*, London, Routledge, 1951.

PEIRCE Charles Sanders, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Thoemmes Continuum, 1994, vol.1-8.

PÉREZ-VERA Elisa, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants*, Hague Conference on Private International Law, 1980.

PFEIFF Sylvia, « L'enlèvement international d'enfants dans l'Union européenne : la fin du retour immédiat ? », *Le Droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruylandt., Bruxelles, L. Barnich, A. Nuyts, S. Pfeiff, P. Wautelet, 2016, p. 149-177.

PITSEYS John, « Le concept de gouvernance », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, nº 2, 2010, p. 207-228.

POUND Roscoe, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, vol. 44, nº 1, 1910, p. 12-36.

PUTNAM Robert D., *Bowling alone: The collapse and revival of American community*, New York, Simon and Schuster, 2001.

QUÉRÉ Louis, « La confiance comme attitude pratique », *Occasional Paper Institut Marcel Mauss*, vol. 15, 2013, p. 1-25.

QUÉRÉ Louis, « Confiance et reconnaissance », *Social Science Information*, vol. 50, nº 3-4, septembre 2011, p. 375-390.

QUÉRÉ Louis, « Confiance et engagement », dans Albert OGIEN et Louis QUÉRÉ (dir.), *Les moments de la confiance. Connaissance, affects et engagements*, Economica., Paris, 2006, p. 117-143.

QUÉRÉ Louis, « Les « dispositifs de confiance » dans l'espace public », *Réseaux*, vol. 132, nº 4, 2005, p. 185-217.

QUÉRÉ Louis, « La structure cognitive et normative de la confiance », *Réseaux*, vol. 108, nº 4, 2001, p. 125-152.

RATHBUN Brian C., « It takes all types: social psychology, trust, and the international relations paradigm in our minds », *International Theory*, vol. 3, nº 1, 2009, p. 345-380.

RAWLS John, *Théorie de la justice*, Paris, éd. du Seuil, 1987.

REMPEL John K., HOLMES John G. et ZANNA Mark P., « Trust in Close Relationships », *Journal of personality and social psychology*, vol. 49, nº 1, 1985, p. 95-112.

RENAULT Emmanuel, *L'expérience de l'injustice: reconnaissance et clinique de l'injustice*, La découverte, 2013.

RENAULT Emmanuel, *Mépris social: éthique et politique de la reconnaissance*, 2004.

RICARD Laurence, « L'autonomie relationnelle : un nouveau fondement pour les théories de la justice », *Philosophiques*, vol. 40, nº 1, 13 septembre 2013, p. 139-169.

RICHTER Martina et ANDRESEN Sabine, *The politicization of parenthood: Shifting private and public responsibilities in education and child rearing*, Netherlands, Springer Science & Business Media, 2012.

RICŒUR Paul, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Stock, 2004.

RICŒUR Paul, *Le Juste*, Paris, Le Seuil, 1995.

RILES Annelise, « The anti-network: Private global governance, legal knowledge, and the legitimacy of the state », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, nº 3, 2008, p. 605–630.

RIZCALLAH Cecilia, « Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 118, nº 2, 2019, p. 297-322.

RIZCALLAH Cecilia, « The challenges to trust-based governance in the European Union: Assessing the use of mutual trust as a driver of EU integration », *European Law Journal*, vol. 25, nº 1, 2019, p. 37-56.

VAN ROSSUM Wibo M., « Resolving Multicultural Legal Cases: A Bottom Up Perspective on the Internationalization of Law », dans Jan KLABBERS et Mortimer SELLERS (dir.), *The Internationalization of Law and Legal Education*, Netherlands, Springer, 2009, p. 113–128.

ROUSSEL Louis, *La famille incertaine*, Odile Jacob., Paris, 1989.

ROUX Sébastien et VOZARI Anne-Sophie, « Parents at their best: The ethopolitics of family bonding in France », *Ethnography*, vol. 19, nº 1, 2018, p. 3-24.

RUZICKA Jan et KEATING Vincent Charles, « Going global: Trust research and international relations », *Journal of Trust Research*, vol. 5, nº 1, 2015, p. 8–26.

SASSEN Saskia, *La globalisation. Une sociologie*, Gallimard., Paris, 2009.

SASSEN Saskia, *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*, Updated ed., 4. print., 1. paperback print., Princeton, N.J., Princeton Univ. Press, 2008.

SCHUZ Rhona, *The Hague child abduction convention : a critical analysis*, Oxford, OR, Hart Publishing, 2013.

SCHWARZ Michael, « Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice », *European Law Journal*, vol. 24, nº 2-3, 2018, p. 124-141.

SCHWEERS COOK Karen, « Networks, Norms, and Trust: The Social Psychology of Social Capita », *Social Psychology Quarterly*, vol. 68, nº 1, 2005, p. 4-14.

SCOTT Colin, *Regulation in the age of governance: The rise of the post regulatory state*, Edward Elgar Publishing, 2004.

SERVAIS Christine, « Modéliser la médiation : une pratique de la théorie », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 84, nº 1, 2020, p. 109-128.

SHAFFER Gregory C. et POLLACKT Mark A., « Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance », vol. 94, nº 3, 2010, p. 706-799.

SHAPIRO Susan P., « The social control of impersonal trust », *American journal of Sociology*, vol. 93, nº 3, 1987, p. 623–658.

SILBERMAN Linda, « Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report », *Law and Contemporary Problems*, vol. 57, nº 3, 1994, p. 209–269.

SILBEY Susan S., « After legal consciousness », *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, vol. 1, 2005, p. 323–368.

SIMMEL Georg, *Secrets et sociétés secrètes*, Éd. Circé., Paris, 2009.

SIMMEL Georg, *Philosophie de l'argent*, Paris, Quadrige, 2007.

SIMON Éric, « La confiance dans tous ses états », *Revue française de gestion*, vol. 175, nº 6, 2007, p. 83–94.

SKRBIŠ Zlatko, « Transnational families: Theorising migration, emotions and belonging », *Journal of intercultural studies*, vol. 29, nº 3, 2008, p. 231–246.

SLAUGHTER Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2009.

STALFORD Helen, « Crossing boundaries: reconciling law, culture and values in international family mediation », *Journal of Social Welfare & Family Law*, vol. 32, nº 2, 2010, p. 155-168.

STONE SWEET Alec, « The new *Lex Mercatoria* and transnational governance », *Journal of European Public Policy*, vol. 13, nº 5, 2006, p. 627-646.

STORSKRUBB Eva, « Mutual Trust and the Dark Horse of Civil Justice », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 20, 2018, p. 179-201.

STRUELENS Olivier, « Le droit face à l'enlèvement parental international. La poursuite de l'intérêt de l'enfant au prisme du pluralisme juridique », dans Aurélie FILLOD-CHABAUD et Laura ODASSO (dir.), *Faire et défaire les liens familiaux. Usages et pratiques du droit en contexte migratoire*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2020, p. 65-79.

STRUELENS Olivier, « « Kafka n'est pas loin, sauf quand les juges se tiennent la main » : confiance institutionnelle et transnationalisation du droit familial », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 84, nº 1, 2020, p. 5-38.

SULIMA Aleksandra, « The Normativity of The Principle of Mutual Trust Between EU Member States within the Emerging European Criminal Area », *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, vol. 3, nº 1, 2013, p. 72-89.

SZTOMPKA Piotr, *Trust: A sociological theory*, Cambridge, NY, Cambridge University Press, 1999.

TAMANAHA Brian Z., « A non-essentialist version of legal pluralism », *Journal of Law and Society*, vol. 27, nº 2, 2000, p. 296–321.

THÉRY Irène, *Le démariage: justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1996.

TIMMERMANS Stefan et TAVORY Iddo, « Theory Construction in Qualitative Research: From Grounded Theory to Abductive Analysis », *Sociological Theory*, vol. 30, nº 3, 2012, p. 167-186.

TIRAN André, « Confiance sociale confiance primordiale en partant de Georg Simmel », dans Philippe BERNOUX et Jean-Michel SERVET (dir.), *La construction sociale de la confiance*, Montchrestien., Paris, 1997, p. 486-499.

TWINING William, « Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 20, nº 3, 2010, p. 473-518.

TYLER Tom R. et HUO Yuen, *Trust in the law: Encouraging public cooperation with the police and courts through*, Russell Sage Foundation, 2002.

TYLER Tom Richard, *Trust in organizations: Frontiers of theory and research*, Sage, 1996.

D'URSEL Damien, « Replacer la médiation familiale dans un contexte historique et culturel », *Journal du Droit des Jeunes*, vol. 234, 2004, p. 25–34.

VAN CAMPENHOUDT Luc, CHAUMONT Jean-Michel et FRANSSEN Abraham, *La méthode d'analyse en groupe. Explication, applications et implications d'un nouveau dispositif de recherche*, [http://www.one.be/fileadmin/user_upload/communication_externe/NEWS/Article_sociologies_methode_MAG.pdf], consulté le 9 décembre 2016.

VAN KOTE Agnès, « La médiation familiale internationale: Des applications en évolution, une identité professionnelle en construction », *Empan*, vol. 72, nº 4, 2008, p. 54-60.

VASSALLO Bénédicte, *Présentation des instruments internationaux de coopération concernant l'enfance: conventions de la Haye sur les déplacements illicites d'enfants et sur l'adoption internationale, Bruxelles II bis*, 2009.

VICINI Giulia, « The Dublin Regulation Between Strasbourg and Luxembourg: Re-Shaping Non-Refoulement in the Name of Mutual Trust? », *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, nº 2, 2015, p. 51-72.

VIGERS Sarah, *Mediating International Child Abduction Cases: The Hague Convention*, Oxford, UK, Hart Publishing, 2011.

WALKER Lara et BEAUMONT Paul, « Shifting the balance achieved by the Abduction Convention: the contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice », *Journal of Private International Law*, vol. 7, nº 2, 2011, p. 231-249.

WARREN M. (dir.), *Democracy and trust*, Cambridge, UK ; New York, Cambridge University Press, 1999.

WARSHAK Richard A., « In a Land Far, Far Away: Assessing Children's Best Interests in International Relocation Cases », *Journal of Child Custody*, vol. 10, nº 3-4, 2013, p. 295-324.

WATSON Rod, « Constitutive Practices and Garfinkel's Notion of Trust: Revisited », *Journal of Classical Sociology*, vol. 9, nº 4, 2009, p. 475-499.

WEBER Max, *Economie et Société*, Plon., Paris, 1971.

WEINER Merle H., « International child abduction and the escape from domestic violence », *Fordham L. Rev.*, vol. 69, nº 2, 2000, p. 593-706.

WELLER Matthias, « Mutual trust: in search of the future of European Union private international law », *Journal of Private International Law*, vol. 11, nº 1, 2015, p. 64-102.

WHYTOCK Christopher, « Faith and scepticism in private international law: Trust, governance, politics, and foreign judgments », *Erasmus L. Rev.*, vol. 7, 2014, p. 113-124.

WHYTOCK Christopher A., « Conflict of laws, global governance, and transnational legal order », *UC Irvine J. Int'l Transnat'l & Comp. L.*, vol. 1, 2016, p. 117-140.

WHYTOCK Christopher A., « Transnational Judicial Governance », *John's J. Int'l & Comp. L.*, vol. 2, 2012, p. 55.

WILLEMS Auke, « Mutual Trust as a Term of Art in EU Criminal Law: Revealing its Hybrid Character », *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, nº 1, 2016, p. 211-249.

WISCHMEYER Thomas, « European Union and the "Principle of Mutual Trust" », vol. 17, nº 3, 2016, p. 340-382.

ZIGON Jarrett, « Moral breakdown and the ethical demand: A theoretical framework for an anthropology of moralities », *Anthropological Theory*, vol. 7, nº 2, 2007, p. 131-150.

ZILINSKY Marek, « Mutual Trust and Cross-Border Enforcement of Judgments in Civil Matters in the EU: Does the Step-by-Step Approach Work? », *Netherlands International Law Review*, vol. 64, nº 1, 2017, p. 115-139.

ZUMBANSEN Peer, « Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance and Legal Pluralism », dans Gunther HANDL, Joachim ZEKOLL et Peer ZUMBANSEN (dir.), *Beyond Territoriality*, Nijhoff, Brill, 2012, p. 53-86.

ZUMBANSEN Peer, « Transnational Law », *Comparative Research in Law & Political Economy, Research Paper*, vol. 9, 2008, p. 738-754.

Législation

Code pénal (belge), art. 431 et 432.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, adoptée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, adoptée le 25 octobre 1980, entrée en vigueur le 1er décembre 1983.

Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution, et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants, conclue le 19 octobre 1996, entrée en vigueur le 1er janvier 2002.

Règlement n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *JOCE*, n° L 338 du 23 décembre 2003, pp. 1-29.

Jurisprudence

Cour EDH, arrêt du 6 décembre 2007, *Mamousseau et Washington c. France*, req. n° 39388/05.

Cour EDH (Grande Chambre), arrêt du 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07.

Cour EDH, arrêt du 26 novembre 2013, *X c. Lettonie*, , req. n° 27853/09.

CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *Zarraga c. Pelz*, aff. aff. n°C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828.

Tableau 1. Nombre d'enlèvements recensés selon le type d'instrument de (1985-2016)

Année	Conv. Lux	Hors Conv.	CLaH80	Total
1985	0	20	0	20
1986	17	15	0	32
1987	15	11	0	26
1988	23	12	0	35
1989	26	20	0	46
1990	31	21	0	52
1991	27	28	0	55
1992	34	12	0	46
1993	38	10	0	48
1994	28	20	0	48
1995	29	14	0	43
1996	36	16	0	52
1997	43	10	0	53
1998	41	21	0	62
1999	17	14	25	56
2000	17	9	49	75
2001	17	13	62	92
2002	8	16	73	97
2003	1	9	82	92
2004	4	19	92	115
2005	9	12	117	138
2006	1	6	93	100
2007	1	12	95	108
2008	0	9	136	142
2009	0	13	138	151
2010	1	11	124	136
2011	1	19	146	166
2012	0	8	144	152
2013	0	3	121	124
2014	0	5	154	159

2015	1	1	145	147
2016	0	3	131	134
Total	466	412	1927	2802
Moyenne	15	13	60	88

Tableau 2. Dossiers ouverts et traités par l'Autorité centrale belge – Cadre conventionnel – (2004-2016)

Année	Dossiers ouverts	État Requérant	État Requis	France	Allemagne	Pays-Bas	Turquie	Maroc
2004	100	77	23	22		8	7	
2005	126	99	27	25	15	7		
2006	103	82	21	25		8	4	
2007	125	79	46	17	7	5	7	
2008	166	108	58	27	6	19	6	
2009	138	91	47	33	15	22	5	
2010	124	84	40	21	10	16		
2011	146	108	38	29	10	17	8	
2012	144	115	29	27	12	3	8	14
2013	121	98	23	29	8	6	7	9
2014	154	112	42	42	12	10	7	9
2015	145	107	38	29	14	9	8	12
2016	131	103	28	23	8	16		9
Total	1723	1217	436	349	117	146	67	53
Moyenne	133	94	34	27	11	11	7	11