

Le droit face à l'enlèvement parental international : La poursuite de l'intérêt de l'enfant au prisme du pluralisme juridique

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 charriant les frontières étatiques, des fragments familiaux se retrouvent dispersés aux quatre coins du globe. Bien évidemment ces trajectoires ne se déroulent pas sans accroc, et les déambulations transfrontières entraînent inévitablement des conflits débordant à leur tour l'échelle de la nation. Parmi ceux-ci, l'enlèvement parental international fait figure de symptôme particulièrement éloquent des enjeux du « faire famille » dans un monde globalisé et fortement marqué par le pluralisme. Partant de ce constat, ce chapitre se propose d'explorer les tensions normatives et les pluralismes juridiques — internes et externes — entourant l'enlèvement parental international (ci-après EPI)¹. Cette contribution soutient l'hypothèse que ces tensions et pluralismes sont partiellement résolus grâce à la notion à contenu variable d'intérêt supérieur de l'enfant et par la pratique émergente de la médiation familiale internationale, se nichant dans les insuffisances du droit international.

Dans un premier temps, afin de mieux saisir comment le droit tente de s'emparer de ce phénomène, nous exposerons les grandes lignes du cadre juridique de l'EPI, en nous attardant particulièrement sur la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Dans la foulée, nous développerons le pluralisme juridique interne à cet instrument à la recherche d'un délicat équilibre, tiraillé entre protection des droits fondamentaux et retour de l'enfant — entre droit substantiel et droit procédural. Dans un second temps, nous traverserons les océans afin de décliner le pluralisme juridique à travers les frontières étatiques, partant de l'exemple du Japon pour faire ressortir les tensions existantes entre, d'un côté, le modèle familial promu par les textes internationaux consacrant les droits de l'enfant et le modèle familial japonais, et, de l'autre côté, les tensions entre le corpus légal japonais et le droit international privé. Dans les deux cas, nous montrerons qu'un fort pluralisme normatif est dirigé par un même idéal, à contenu variable selon la culture légale : l'intérêt supérieur de l'enfant. Nous avancerons que cette dernière notion hybride admet des variabilités culturelles familiales, par la plasticité et le flou sémantiques qu'elle autorise, et permet de rassembler sous un même vocable juridique des conceptions autrement incompatibles de la famille. Enfin, notre conclusion prendra une forme ouverte, élargissant la discussion sur les promesses de la médiation familiale internationale comme pratique prenant à bras le corps ces divers pluralismes, portant une attention toute particulière aux enjeux de traductions culturelles des droits fondamentaux.

¹ Le terme enlèvement parental international se réfère à une catégorie juridique qui est consacrée principalement par la Convention de la Haye de 1980 sur les aspects civils des enlèvements d'enfants. Cette catégorie ne va pas de soi et pose de nombreuses questions, parmi lesquelles les effets symboliques qu'elle produit sur les justiciables et sur les possibilités de résolution du litige. Néanmoins, l'analyse de ces effets dépasse l'ampleur de la présente proposition et nous choisissons ici par facilité la dénomination d'enlèvement en accord avec l'instrument conventionnel susmentionné.

I. Le pluralisme marqué du cadre juridique de l'enlèvement parental international

Avant de développer le cadre juridique en question, nous aimerions revenir brièvement sur la notion de pluralisme juridique. Ce concept issu de l'anthropologie juridique sous la plume de S.E. Merry², est loin de faire l'unanimité. Un des points de discussion particulièrement vif se centre autour la définition du droit que ce concept véhicule³. Une version forte du pluralisme juridique à visée prescriptive tente de se dégager d'un centralisme légal — considérant le droit comme un produit de l'État, afin d'appréhender des formes de normativités concurrentes en dehors de toute appartenance à une institution étatique (famille, église, coutume, etc.). Cependant, nous entamerons cette contribution en empruntant une voie moins radicale, une version « faible » du pluralisme juridique⁴, en se concentrant principalement sur les multiples ordres juridiques se chevauchant, à savoir le droit international privé, les droits fondamentaux et les droits nationaux. Non pas que nous voulions évacuer le débat de la définition du juridique, mais que, étant donné la complexité proprement juridique de l'enlèvement parental international, nous désirons nous concentrer sur les tensions et les contradictions déjà présentes aux divers niveaux de droit encadrant l'EPI.

Entamons donc cette exploration synthétique du paysage juridique en s'arrêtant sur l'instrument principal de droit international privé qui règle l'EPI : la Convention de la Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Considérée par certains commentateurs doctrinaux comme une des plus grandes réussites de droit international privé⁵, la Convention de la Haye de 1980 (ci-après Clah80) rassemble pas moins de 99 États membres à l'heure actuelle⁶. Échafaudée par la « Conférence de La Haye de droit international privé » (ci-après HCCH), la Clah80 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 taillé sur mesure pour encadrer, contrecarrer et dissuader les phénomènes d'enlèvements parentaux internationaux. Cette Convention de 1980 se repose sur une vision des droits de l'enfant définie par la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant, spécifiquement en ce qui concerne la parole de l'enfant et le droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents⁷.

Avant la mise en place de la Clah80 beaucoup d'États ne disposaient pas de mesures légales particulières pour traiter l'enlèvement parental international et se contentaient d'appliquer le principe d'intérêt supérieur de l'enfant comme pour toute autre décision concernant un enfant⁸. Selon le rapport explicatif de la Convention de la Haye de 1980, cette

² MERRY Sally Engle, « Legal Pluralism », *Law and Society Review*, 1988, n° 5, vol. 22, p. 869-896.

³ TAMANAHA Brian Z., « The Folly of the “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, 1993, n° 2, vol. 20, p. 192-217.

⁴ TAMANAHA Brian Z., « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, 2000, n° 2, vol. 27, p. 296-321.

⁵ SCHUZ Rhona., *The Hague Child Abduction Convention: a Critical Analysis*, Oxford, Portland, OR, Hart Publishing, 2014.

⁶ Voyez le tableau suivant pour une liste exhaustive des États membres de la Convention de 1980 : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

⁷ Voyez l'arrêt CEDG (GC), 26 novembre 2013, X c. Lettonie, req. n° 27853/09, §93-108, pour plus de détails sur les rapports entre la Convention des droits de l'enfant de 1989 et la Clah80.

⁸ *Ibid.*

situation incitait les parents à enlever leurs enfants pour bénéficier d'un traitement de faveur judiciaire dans le pays vers lequel l'enfant était déplacé, ou, dans la même logique, à mettre en place des conditions favorables dans l'intérêt de l'enfant dans le pays de destination, afin que l'intérêt de l'enfant commande qu'il y reste – phénomène aussi connu sous le vocable de *forum shopping*⁹.

L'EPI est défini par la Clah80 comme un déplacement ou une rétention illicite d'enfant, c'est-à-dire violant l'autorité parentale d'un parent - plus précisément le droit de garde -, et le remède imaginé s'incarne dans *le principe de retour immédiat* de l'enfant dans son État de résidence habituelle.

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 nuisibles pour les mineurs qui en sont victimes et contrevient donc de manière claire à l'intérêt de l'enfant¹⁰. Point d'origine et raison d'être de la Convention, ces effets nuisibles ont très tôt été étudiés en sciences sociales et plus particulièrement par des psychologues¹¹. Le principe de 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. De ce mécanisme de retour immédiat, deux éléments clefs sont à retenir : un, le retour tente de minimiser voire d'annuler les effets nuisibles de l'enlèvement ou de la rétention en ramenant l'enfant dans son pays de résidence habituelle, rétablissant le *statu quo ante*, donc en ne reconnaissant pas de conséquences juridiques à l'enlèvement¹². Deux, le retour est *immédiat*, soulignant le besoin de rapidité de la procédure, seule à même d'assurer un retour dans l'intérêt de l'enfant. En effet, la célérité structure temporellement la procédure de la Convention et représente la véritable clef de voûte de la Convention¹³, tant du côté du délai de jugement visé que du laps autorisé pour déposer une requête, et conditionne l'efficacité de la coopération judiciaire imaginée par le législateur.

Le corollaire du retour immédiat commande que le juge de l'État requis — c'est-à-dire le pays vers lequel l'enfant a été déplacé — statue sur le retour ou non-retour de l'enfant et non pas sur les modalités d'exercice du droit de garde, de l'autorité parentale et du lieu de résidence, que seul le juge du pays de résidence habituelle est habilité à statuer. En effet, ces questions de fond relèvent de la compétence des autorités de la résidence habituelle du mineur dont on considère qu'elles sont plus à même d'apprécier l'intérêt de l'enfant en vertu du principe de proximité.

Néanmoins, les législateurs ont imaginé des exceptions à ce principe afin de garantir l'intérêt de l'enfant en toutes circonstances : deux aspects principaux préoccupent

⁹ PEREZ-VERA Élisabeth, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants*, HCCH, 1982.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Voyez par exemple les études présidant à l'écriture de la convention de la Haye 1980. Ils incluent un déracinement culturel, la privation de contact avec l'un de ses parents penchant parfois vers une forme d'aliénation parentale (HCCH, 2012, p. 2).

¹² FISCHER Quentin, « L'enlèvement international d'un enfant par ses parents », *Revue de droit de l'ULB*, vol. 32, 2005, p. 69-113.

¹³ PFEIFF, Silvia « L'enlèvement international d'enfants dans l'Union Européenne : la fin du retour immédiat ? », in Laurent BARNIER, Arnaud NUYTS, Patrick WAUTELET et Silvia PFEIFF (dir.), *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Bruxelles, Larcier, 2016.

manifestement les rédacteurs de la Convention: un, l'adaptation de l'enfant à son nouvel environnement de vie, pouvant rendre un nouveau déplacement en une forme de déracinement, allant à l'encontre de son intérêt (art. 12) ; deux, exception la plus notable, et la plus mobilisée, renvoyant à un risque grave de danger physique ou psychologique pour l'enfant en cas de retour (art. 13 [b]). Cette deuxième exception traduit le souci d'éviter de qualifier un déplacement ou une rétention d'enfant d'enlèvement, alors qu'il s'agirait d'une situation qui relèverait d'une fuite de violence domestique.

Attardons-nous un instant sur cette exception particulière qui ne 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'art. 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 compétente¹⁴. En 2013, une position médiane a été exprimée lors de l'arrêt *x c. Lettonie*, déclarant qu'un examen substantiel de la situation familiale était encouragé lors de la motivation des causes d'un *non-retour*.

Par ailleurs, il existe un instrument supplémentaire dans l'espace européen (exception faite du Danemark), le « règlement Bruxelles II bis », se greffant sur la Convention de la Haye de 1980. Outre le fait que Règlement Bruxelles II bis restreigne les exceptions au retour et renforce simultanément l'outil conventionnel, il appréhende les cas d'enlèvement d'enfants bien au-delà du rôle strictement procédural réservé à la Convention de la Haye. En effet, le Règlement Bruxelles II bis régit 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. Il existe effectivement une règle spécifique dans le Règlement donnant le dernier mot au juge du pays de résidence habituelle avant l'enlèvement, sans aucune possibilité de recours pour l'État requis. En d'autres termes, même si le juge de l'État vers lequel l'enfant a été enlevé décide de prononcer le non-retour de l'enfant, le juge de l'État de résidence habituelle peut ordonner, en statuant sur l'autorité parentale et le lieu de résidence, 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 privé¹⁵, facilite encore la coopération judiciaire dans l'espace intraeuropéen 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 qui garantit uniquement le respect des règles procédurales fondamentales¹⁶.

¹⁴ L'arrêt CEDG (GC), 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n°41615/07, spécialement le § 139.

¹⁵ FISCHER, Quentin, « L'enlèvement international d'un enfant par ses parents », *op.cit.*

¹⁶ Comme l'indique l'article 42.2 du Règlement « Même si le droit national ne prévoit pas la force exécutoire de plein droit, nonobstant un éventuel recours, d'une décision ordonnant le retour de l'enfant visée à l'article 11, paragraphe 8, la juridiction d'origine peut déclarer la décision exécutoire ». Notez par ailleurs que l'exequatur n'est pas tout à fait automatique puisqu'elle nécessite tout de même la délivrance d'un Certificat garantissant trois règles procédurales : un, que toutes les parties aient disposé de la faculté d'être entendues ; deux, l'enfant doit également

Il en découle que l'intérêt supérieur de l'enfant doit alors être interprété et utilisé de manière différente selon la procédure dans laquelle il est mobilisé. La jurisprudence de la CEDH et la Clah80 encouragent un usage limité au rôle procédural de l'évaluation de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de la procédure de retour immédiat, uniquement lors de la motivation du non-retour par le juge de l'État requis. En revanche, lorsqu'il s'agit de l'intervention du juge dans le cadre réglementaire sous Bruxelles II bis, le juge de l'État d'origine statuant sur le fond du droit de garde pouvant ordonner le retour de l'enfant se doit « d'apprécier pleinement l'intérêt de l'enfant [et d'en] faire une considération primordiale dans la mise en balance des intérêts en jeu » (Pfeiff, *op. cit.* p. 178). Un même principe, l'intérêt supérieur de l'enfant, se voit donc tiraillé entre une version substantielle, à déterminer concrètement, et une version procédurale, présumée, en fonction de la procédure dans laquelle il est mobilisé par le juge, reflétant les tensions fondamentales entre droit international privé et droits fondamentaux.

II. Un pluralisme normatif à travers les frontières : le cas du Japon

Si les instruments de droit international privé et public examinés précédemment présentent un pluralisme juridique marqué, reflétant particulièrement les tensions entre droits substantiels et droits procéduraux encadrant l'EPI, j'aimerais à présent explorer plus en profondeur le pluralisme proprement normatif existant entre différents États liés par ces instruments de droit¹⁷. En m'appuyant sur l'exemple du Japon, je développerai plus en profondeur certaines notions fondatrices de la vision de la famille et le reflet de cette conception dans le droit national¹⁸. L'exemple du Japon est intéressant à plus d'un titre. Présent dès les premières négociations autour de la rédaction de la Clah80, le Japon n'a pourtant ratifié la Convention que très tardivement, en avril 2014. Longtemps considéré comme un 'trou noir' pour les enlèvements d'enfants¹⁹, le pays du soleil levant a subi une pression diplomatique croissante de la part de la communauté internationale, rythmée par des cas médiatiques d'enlèvements de plus en plus notoires²⁰. Si la ratification de la Convention s'apparente de prime abord à une victoire diplomatique, la plupart des observateurs étrangers restent toutefois

bénéficier de ce droit, à moins qu'une audition ait été considérée inappropriée, eu égard à son âge ou à sa maturité ; trois, en cas de procédure par défaut, le défaillant doit avoir été valablement convoqué, sauf s'il a accepté par la suite la décision de manière non équivoque.

¹⁷ S'inspirant des travaux de Sousa Santos (DE SOUSA SANTOS Boaventura, *Towards a New Legal Common Sense*, Londres, Butterworths, 2002), nous élargissons ici la notion de pluralisme juridique à celui de pluralisme normatif, permettant de prendre en compte les modèles culturels familiaux au-delà de leur expression juridique.

¹⁸ Gardons à l'esprit que nous soulignerons quelques traits saillants et distinctifs de la famille japonaise vis-à-vis de la vision des droits de l'enfant, sans postuler ni une homogénéité culturelle 'japonaise' (des visions différenciées et conflictuelles de la famille sont bien évidemment présentes) ni une relation entre droit et société sur le modèle du droit comme reflet fidèle du social (se limitant postuler simplement que le droit familial et les familles s'influencent mutuellement). Par ailleurs, plusieurs modèles familiaux coexistent également dans les pays occidentaux marqués par le démariage, loin de nous donc l'idée d'attribuer modernité et tradition à des ensembles culturels. Néanmoins, ces débats, aussi importants qu'ils puissent être, dépassent largement le cadre de cette discussion.

¹⁹ HANLEY Paul, « Black Hole in the Rising Sun: Japan and The Hague Convention on Child Abduction », *International Human Rights Law Journal*, 2016, n° 1, vol. 2, p. 1-22.

²⁰ Entre 1980 et 2014, un seul cas d'enlèvement d'enfants vers le Japon a résulté en un retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle. La pression venant principalement de pères américains, constitués en mouvements revendicatifs, n'ayant plus accès à leurs enfants retournés au Japon avec leur mère japonaise (Jones, 2014).

méfiant, voire sceptique, quant à l'application conforme de cette dernière, spécialement en vertu des tensions entre le droit national japonais et l'instrument conventionnel²¹.

2.1 La famille japonaise : centralité de la conjugalité et entérinement administratif de l'autorité parentale exclusive

Annonçons la couleur de but en blanc : au Japon, le phénomène du « démariage » n'est pas à l'ordre du jour. Le « démariage » est un concept introduit par Irène Théry pour désigner le phénomène social qui entraîne et accompagne les transformations formidables de l'institution familiale occidentale depuis les années 1980, selon lequel on passerait d'un régime consacrant la centralité de la *conjugalité* à un régime structuré par la primauté de la *filiation*²². Ce phénomène traduit également un mouvement de démocratisation de la sphère privée²³, de plus en plus informée par des valeurs d'égalité, et de reconnaissance du pluralisme des formes familiales²⁴. Au modèle familial 'traditionnel', ordre matrimonial et hiérarchique, fondé sur le principe général de complémentarité des rôles sexués de la mère et du père, se superpose le modèle familial 'moderne', ordre égalitaire et pluraliste, fondé sur l'égalité des rôles et des statuts négociés des membres du couple, et centrés autour de la figure de l'enfant²⁵. Autrement dit, à l'ancienne indissolubilité du lien conjugal se substitue la « moderne » indissolubilité du lien de filiation et le maintien du lien de filiation au-delà de la rupture du lien matrimonial représente l'enjeu majeur de la recomposition des formes familiales occidentales contemporaines.

Le phénomène de recomposition majeure de l'institution familiale présenté ci-dessus, qui infuse implicitement la substance des conventions internationales relatives aux droits de l'enfant, n'a pas connu un sort similaire au Japon, et ce pour plusieurs raisons. Sans entrer en détail dans l'évolution de la famille japonaise, nous aimerions nous attarder sur quatre aspects particulièrement pertinents vis-à-vis de l'enlèvement parental international. En ce sens, nous explorerons quatre caractéristiques spécifiques de l'organisation sociale et juridique de la famille : le '*ie*', le '*koseki*', le '*shinken*' et le principe de non-intervention dans les matières civiles.

Revenons un instant en arrière afin d'appréhender à sa juste valeur l'unique mélange de tradition et de modernité caractérisant l'institution familiale japonaise. Durant l'ère Edo, entre 1600 et 1868, la société japonaise est subdivisée en quatre classes étanches et clairement hiérarchisées : les samouraïs, les paysans, les artisans et les marchands – ainsi que tous les autres, intouchables. Le système familial féodal des samouraïs était alors connu sous le nom de

²¹ KONNO Yoko, « A Haven for International Child Abduction: Will the Hague Convention Shape Japanese Family Law », *Cal. W. Int'l LJ*, 2016, vol. 46, p. 39-68 ; JONES Colin P.A., « Towards an "Asian" Child Abduction Treaty ? Some Observations on Singapore and Japan Joining the Hague Convention », *Asian Law Institute, Working Paper Series No*, vol. 31, 2013, ; ZDENEK Chandra., « The United States versus Japan as a Lesson Commending International Mediation to Secure Hague Abduction Convention Compliance », *San Diego International Law Journal*, 2014, vol. 16, p. 209.

²² THERY Irène, *Le démariage : justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1996.

²³ GIDDENS Anthony, *The Transformation of Intimacy: Sexuality, Love, and Eroticism in Modern Societies*, Stanford, Stanford University Press, 1992.

²⁴ THERY I. et A.-M. LEROYER, *Filiation origines parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014.

²⁵ *Ibid.*

'ie'²⁶. Ce terme, signifiant à la fois « famille » et « maison », servait à préserver l'étanchéité des classes et à assurer la reproduction de lignées pures de samouraï via un fonctionnement patriarcale et patrilinéaire, le statut de chef de maison (*kachō*) se transmettant préférentiellement du père au fils aîné. Avec l'avènement de l'ère Meiji en 1868 le Japon amorce une phase de modernisation du pays et le système de classe se voit officiellement aboli en 1898. Néanmoins, le système *ie* persiste, et même davantage, se généralise à toutes les strates de la société. En effet, le système s'étend dès lors aux classes inférieures qui vivaient auparavant selon des structures familiales plus égalitaires, organisées en unités fonctionnelles de production. Dans la visée d'une facilitation de l'unification du Japon sous l'autorité de l'empereur, est alors créée une chaîne de responsabilité juridique et d'autorité entre les membres de la famille et le chef de maison, et entre le chef de maison les représentants du gouvernement²⁷.

La Constitution japonaise adoptée en 1946 et rédigée en grande partie sous plume américaine après la seconde guerre mondiale s'écarte du modèle familial hiérarchique en son article 24, en consacrant l'égalité des sexes entre l'homme et la femme, entre mari et épouse et instaurant la primauté de la dignité individuelle²⁸. Néanmoins, cette consécration ne sera reprise que sous le terme de *byōdō* signifiant une forme d'égalité dans la différence, soulignant deux « natures », masculines et féminines, différentes, mais égales. Cette vision de la femme comme mère avant tout est d'autant plus forte que le pays connaît un vieillissement critique de la population et un des taux de natalité les plus faibles au monde, la maternité représentant dès lors une sorte de mission nationale dévolue aux femmes²⁹. En un mot, la société japonaise reste fortement marquée par une vision traditionnelle de la division sexuée du travail entre homme et femme.

Bien que le système familial féodal remodelé et généralisé à l'ère Meiji soit officiellement aboli depuis plus d'un demi-siècle, celui-ci persiste en réalité dans le mode d'enregistrement des citoyens japonais. En effet, le Japon dispose depuis 1872 d'un registre national des familles connu sous le nom de *koseki*, fonctionnant sur base familiale et non sur base individuelle³⁰. Le *koseki*, permettant à l'origine de retracer les lignées familiales des citoyens japonais, reproduit en réalité des formes d'inégalité de genre dans les familles et matérialise la suprématie du mariage au Japon. En effet, ce mode d'enregistrement détermine encore actuellement le *head of household*, parent jouissant d'un statut particulier. Ce parent, en dehors du mariage, jouit alors de ce qu'on appelle le '*shinken*', le pouvoir parental, signifiant au confluent du droit de garde et de l'autorité parentale³¹. La plupart du temps la garde physique et légale ne sont pas distinguées, et le système juridique japonais ne reconnaît pas comme

²⁶ KUMAGAI Fumie, « Modernization and the family in Japan », *Journal of Family History*, n° 4, vol. 11, 1986, p. 371-382.

²⁷ BRYANT Taimie L., « For the sake of the country, for the sake of the family: The oppressive impact of family registration on women and minorities in Japan », *UCLA Law Review*, vol. 39, 1991, p. 109-168.

²⁸ Et, de manière plus précise, le Code Civil de 1947, abolit explicitement le système *ie* et recentre la famille sur le modèle nucléaire occidental, qui prendra peu à peu le pas sur le modèle familial étendu qui prévalait auparavant.

²⁹ BOLING Patricia., « Family policy in Japan », *Journal of Social Policy*, n° 2, vol. 27, 1998, p. 173-190.

³⁰ HAMANO Takeshi., « The Aftermath of Japan's Ratification of The Hague Convention on Child Abduction: An Investigation into the State Apparatus of the Modern Japanese Family ».

³¹ KONNO Yoko, « A Haven for International Child Abduction », *op. cit.*

solution légale post-séparation l'autorité parentale conjointe³². Au Japon, étant donné le rôle maternel traditionnel dévolu à la femme, il est commun de considérer qu'une séparation entraîne la perte de relation avec le ou les enfants pour le père séparé, devant se retirer durablement de la famille³³. De plus, la vaste majorité des séparations se concluent en dehors de toute intervention judiciaire — seul un pour cent des cas atteignent l'adjudication au tribunal — simplement en remplissant une nouvelle fiche dans le *koseki*, indiquant le nom du parent disposant du *shinken* dans la case prévue à cet effet. Même si le cas de séparation atteint le stade du tribunal, étant donné la prégnance des rôles genrés assignant la maternité à la mère, le juge décidera plus de neuf fois sur dix d'accorder à la mère de la garde exclusive de l'enfant après séparation.

Le parent à qui est accordé le droit de garde et l'autorité parentale exclusive peut décider du droit de visite de l'autre parent, bien que celui-ci reste rare et n'a été que récemment introduit dans les pratiques judiciaires au Japon³⁴. Lorsqu'un droit de visite est accordé, c'est la plupart du temps un droit de visite *restreint* dont il est question, afin de respecter l'intérêt de l'enfant³⁵. Dans cette logique, lorsqu'un couple se sépare, le parent sans autorité parentale, généralement le père, se voit donc écarté de la relation de filiation dont il jouissait lors du mariage. De plus, lorsque le parent bénéficiant de la garde exclusive de l'enfant se remarie, une nouvelle entrée dans le registre est effectuée et l'enfant est automatiquement adopté par le nouvel époux, destituant le parent biologique de toute parenté légale vis-à-vis de sa progéniture, sans aucun recours possible³⁶.

Enfin, le *koseki* n'autorise pas les individus de nationalité étrangère à être considérés comme chef de ménage, les écartant par principe de tout droit parental lors d'une séparation³⁷. Cette impossibilité peut entraîner des problèmes vis-à-vis de l'enlèvement parental international, étant donné que seul un parent disposant de la nationalité japonaise peut jouir du statut de chef de ménage (*head of household*), et de l'autorité parentale qui en découle³⁸.

2.2 L'intérêt supérieur de l'enfant au Japon : la primauté de l'institution du mariage face à l'universalité supposée des droits de l'enfant

Il est intéressant de souligner que, aussi éloignées que puissent paraître les solutions légales proposées lors de la rupture du mariage par rapport aux options juridiques occidentales contemporaines, les deux systèmes légaux se réfèrent à un même principe directeur de jugement : *l'intérêt supérieur de l'enfant*.

³² STARK Barbara, « Foreign Fathers, Japanese Mothers, and The Hague Abduction Convention: Spirited Away », *NCJ Int'l L.*, 2015, vol. 41, p. 761-792.

³³ Ce qui peut contribuer à expliquer le faible taux de divorce japonais comparativement aux pays occidentaux cf. ELLMAN Ira Mark, « Comparing Japanese and American Approaches to Parental Rights: A Comment on, and Appreciation of the Work of Takao Tanase », *Proceedings from the 2005 Sho Sato Conference in Honor of Takao Tanase*, 2005, en ligne : <https://ssrn.com/abstract=927746>

³⁴ JONES Colin P.A., « Towards an "Asian" child abduction treaty? », *op. cit.*

³⁵ Près de la moitié des droits de visites accordés par le juge concernent un accès à l'enfant une fois par mois ou moins et 86% des cas n'incluent pas de nuitée (KONNO Yoko, *op. cit.* p.12).

³⁶ HAMANO Takeshi., « The Aftermath of Japan's Ratification of The Hague Convention on Child Abduction », *op. cit.*

³⁷ JONES Colin P.A., « Towards an "Asian" child abduction treaty? », *op. cit.*

³⁸ STARK Barbara, « Foreign Fathers, Japanese Mothers, and The Hague Abduction Convention », *op. cit.*

Au Japon, l'intérêt supérieur de l'enfant est assuré par la garantie d'une interférence minimale ou inexistante du parent hors mariage dans les affaires de la nouvelle famille, supposant une conflictualité néfaste pour l'enfant et des modes d'éducatons contradictoires ayant mené à la séparation conjugale en première instance. C'est dire à quel point l'institution du mariage et son entérinement administratif par le registre familial dépassent la considération du maintien d'un lien de parenté au-delà de la séparation.

Le principe de coparentalité survivant à la rupture de la relation conjugale, au centre de la vision des droits de l'enfant de la Convention de 1989 (explicite en son article 9), semble ici être écarté au profit d'une harmonie supposée dans le mariage, horizon indépassable des relations sexuées. Loin de permettre l'expression des consciences individuelles, l'encastrement, de la vision maritale de la famille dans le registre administratif apparaît comme entérinant davantage la valeur de l'indissolubilité conjugale au détriment de l'indissolubilité de la filiation. S'il doit y avoir dissolution de l'alliance matrimoniale, l'intérêt supérieur de l'enfant commandera non pas de maintenir un lien fort avec les deux parents, mais de maintenir un lien de filiation avec la mère, figure traditionnelle du *care*.

Enfin, le principe de non-intervention dans les matières civiles, frein reconnu de longue date à l'adoption de la Convention de 1980, dissuade les justiciables à ester en justice pour des problèmes domestiques, mais, surtout, limite l'intervention des agents d'État et des forces de l'ordre dans les affaires domestiques. Ce principe appliqué lors des cas d'EPI, interdit les forces de l'ordre à faire usage de la force pour exécuter un ordre de retour immédiat, nécessitant dès lors le consentement du parent ravisseur³⁹.

Récapitulons. Trois aspects majeurs de la conception japonaise de l'intérêt l'enfant, incompatibles avec sa version en droit international, peuvent être brossés : l'intérêt de l'enfant commande généralement la garde exclusive pour la mère après séparation conjugale ; l'intérêt de l'enfant commande une protection des ressortissants nationaux vis-à-vis des étrangers par l'intermédiaire du *koseki* ; l'intérêt de l'enfant commande que son intégrité physique prime sur l'exécution d'un jugement de retour.

De ces trois aspects de l'intérêt de l'enfant découlent trois problèmes de *confiance* distincts entourant la quelque peu turbulente ratification de la Convention 1980 par le Japon. Un, l'incompatibilité du droit civil japonais avec les objectifs de la Convention, met à mal la confiance judiciaire nécessaire au retour de l'enfant dans un État où la capacité de protection des ressortissants nationaux selon les standards familiaux de la Convention pose question ; deux, la protection des ressortissants nationaux via un droit discriminatoire à l'égard des personnes ne disposant pas de la nationalité japonaise entache également la confiance dans le jeu conventionnel du renvoi à la juridiction compétente impliquant le respect tacite d'un forme de réciprocité entre États ; trois, la difficile exécution des jugements étant donné la primauté de la protection de l'intégrité physique de l'enfant par rapport à l'exécution d'un jugement ordonné sur base conventionnelle, incarne un obstacle supplémentaire à la confiance judiciaire indispensable au bon fonctionnement de la Convention.

Dans ce contexte, les tensions sont palpables, entre les tenants de la vision de l'intérêt supérieur de l'enfant adossée et consacrée par la Convention des droits de l'enfant de 1989 et

³⁹ HAMANO Takeshi., « The Aftermath of Japan's Ratification of The Hague Convention on Child Abduction », *op. cit.*

la version du système légal japonais. En effet, se proposant comme principe universel et objectif, le rapport explicatif de la Convention de 1980, émis dès 1982, détaille les « risques » de particularisation de l'intérêt supérieur de l'enfant à des contextes sociaux et culturels spécifiques déforçant son caractère universel. En son point 22, le rapport souligne : « [...] On ne doit pas oublier que c'est en invoquant « l'intérêt supérieur de l'enfant » que souvent, dans le passé, les juridictions internes ont accordé finalement la garde en litige à la personne qui l'avait déplacé ou retenu illicitement. Il a pu se trouver que cette décision est la plus juste ; nous ne pouvons cependant pas ignorer le fait que le recours, par des autorités internes, à une telle notion implique le *risque de traduire des manifestations du particularisme culturel, social, etc., d'une communauté nationale donnée* et donc, au fond, *de porter des jugements de valeur subjectifs* sur l'autre communauté nationale d'où l'enfant vient d'être arraché. » (Perez-Véra, 1982, p. 431, nous soulignons).

La vision « universelle et objective » adossée aux droits de l'enfant devrait, selon les lettres de la loi, être acceptée et implémentée telle quelle dans les contextes culturels et sociaux divers. En ce sens, le modèle « moderne » de la famille démariée impliquant la primauté de la filiation sur le mariage semble être implicitement consacré par cette vision voulue universelle des droits de l'enfant, orientant vers un idéal de coparentalité ou, tout du moins, vers une autorité parentale conjointe et le maintien de liens substantiels avec les deux parents. Bien que la Clah80 s'intéresse avant tout aux renvois vers des juridictions compétentes, l'assurance d'une forme d'autorité parentale conjointe semble constituer un *minimum* légal à la garantie de solutions sur le fond dans l'intérêt supérieur de l'enfant sous sa version occidentale. Néanmoins, sans présumer de la supériorité morale de la vision de l'intérêt de l'enfant consacrée par le droit international, n'est-il pas opportun de se demander comment se traduisent localement les droits fondamentaux⁴⁰, plutôt que de présupposer leur traduction comme un danger menaçant le bon fonctionnement du droit ?

Peut-être, à l'opposé des inquiétudes des législateurs, que ce concept permet plutôt de servir les objectifs institutionnels du droit familial transnational, à savoir de ménager les spécificités culturelles familiales et des droits familiaux nationaux sous couvert d'harmonisation juridique et de coopération judiciaire internationale. Que l'intérêt supérieur de l'enfant, loin de se dissoudre dans les particularismes culturels, rend possible un arrangement fragile de visions qui autrement présenteraient une incompatibilité explicite, brisant dès lors la confiance minimale nécessaire à la coopération internationale. Et les médiateurs familiaux internationaux, dont la pratique est traversée de part en part par la poursuite de cet intérêt, participent à son expansion et sa transplantation dans les pratiques juridiques transnationales⁴¹.

III. La médiation familiale internationale : de l'huile dans les rouages d'une machine juridique rouillée ?

⁴⁰ MERRY Sally Engle, « Transnational human rights and local activism: Mapping the middle », *American anthropologist*, n° 1, 2006, p. 38-51.

⁴¹ TUORI Kaarlo, « Vers une théorie du droit transnational », *Revue internationale de droit économique*, (t. XXVII), n° 1, 2013, p. 9-36.

Chacune des sections précédentes a mis en évidence une difficulté particulière résultant d'une forme de pluralisme, qui, en dernier ressort, s'imposent à des justiciables jetés dans le labyrinthe juridique des enlèvements internationaux d'enfants, en tenaille entre des logiques régulatrices contradictoires, formalistes et substantielles, nationales et internationales, et des modèles familiaux divergents.

Au terme de ce tour d'horizon du pluralisme juridique et normatif, un constat se dessine : le cadre juridique conventionnel semble simultanément *nécessaire et insuffisant* à maints égards. Nécessaire, parce que tous les observateurs s'accordent sur le fait que, comparativement, les pays hors Convention apparaissent bien plus démunis face à l'enlèvement, ne présentant aucune prise juridique au rétablissement de l'autorité parentale du parent dépossédé, et en définitive une chance beaucoup plus faible de rétablissement de liens familiaux que lors des cas concernant des pays conventionnés. Insuffisant, car imaginé en fonction d'une image surannée du ravisseur, peinant à suivre les évolutions des législations nationales et de l'institution familiale, mise à jour à coup de guides de bonnes pratiques et de recommandations aux États. Insuffisant toujours, parce qu'adossé à un principe confiance entre États, au pari que constitue la coopération judiciaire internationale, formalisant des situations matérielles extrêmement variables⁴². Insuffisant enfin, parce que s'accommodant bon gré mal gré aux variations culturelles des conceptions familiales qui frisent l'incompatibilité, et de leurs traductions dans les droits nationaux afférents.

Dans ce contexte d'insuffisance du cadre juridique pourtant taillé sur mesure pour traiter les cas d'EPI, la médiation familiale internationale semble faire figure de terre promise⁴³. Présente dans les discours depuis la fin des années 2000, cette pratique émergente, encore floue et non unifiée au niveau professionnel, se donne pour mission de compléter le droit existant, s'insérant en deuxième instance comme facilitatrice de l'application du droit en vigueur. Loin de faire figure d'alternative, elle tente de s'institutionnaliser dans les « niches » du droit, proposant des accords respectant les cadres juridiques nationaux et internationaux, s'insérant dans les procédures conventionnelles en proposant des médiations sur mesure pour les enlèvements parentaux internationaux⁴⁴. Bien qu'il n'existe pas de définition unifiée de la médiation familiale internationale à l'heure actuelle, le minimum commun réside en ce qu'elle se donne pour mission de développer des accords amiables sur base de participation volontaire, en travaillant sur le dialogue entre les parties, impliquant un tiers impartial (ou neutre), dans le respect des droits de l'enfant. Les parties sont invitées, comme dans la médiation familiale domestique, à être les acteurs de leurs accords, mettant en avant l'autodétermination du sujet⁴⁵.

⁴² La formalisation juridique de la ratification conventionnelle peut nous faire oublier la variabilité des situations matérielles très concrètes selon les États, également cruciales à l'application de la Clah80 : les Autorité Centrales de pays signataires ne sont parfois pas constituées, et si elles le sont, leurs moyens humains et surtout technologiques, très variables selon les États, en conditionnent l'efficacité (téléphone, matériel informatique, accès à internet, etc.).

⁴³ Le développement de la médiation familiale internationale est en effet historiquement intimement lié à l'EPI, le premier projet pilote étant né sous l'impulsion de la France et de l'Allemagne dans le contexte d'une coopération judiciaire difficile lors de l'application de la Clah80.

⁴⁴ Cette subordination de la médiation familiale internationale au droit est particulièrement marquée dans les cas conventionnés. Lors de cas hors-convention, la médiation prend une tournure plus libre et les solutions envisagées peuvent être moins pré-formatées juridiquement.

⁴⁵ FAGET Jacques, « Médiation et postmodernité », *Négociations*, n° 2, 2006, p. 51-62.

Perçue comme flexible et souple, s'adaptant au cas par cas⁴⁶, elle serait à même de huiler les rouages rouillés d'une machine juridique défailante. Mais ce qui distingue fondamentalement la médiation familiale internationale de la médiation domestique, c'est sa volonté de prendre à bras le corps les barrières posées par la distance géographique et les spécificités culturelles des couples binationaux⁴⁷.

Néanmoins, la prudence est de mise. La médiation familiale internationale semble, à l'heure actuelle, poser plus de questions qu'elle n'apporte de réponses définitives. Il est encore trop tôt pour tirer des conclusions sur la médiation familiale internationale, son institutionnalisation en étant encore à ses balbutiements. C'est dans cette optique d'ouverture prudente que nous présenterons une piste d'interrogation en guise de conclusion.

Compte tenu des propos développés ci-dessus, il est opportun de se demander si, dans un contexte global, la médiation familiale internationale est une pratique privilégiée de traduction culturelle de droits fondamentaux ou de promotion d'un modèle familial égalitaire sous-jacent, centré sur le couple parental et la coparentalité post-séparation conjugale. Puisque, comme le souligne Damien d'Ursel, « [...] La médiation familiale [domestique] est avant toute chose née de ce souci bien contemporain de faire perdurer une responsabilité conjointe et partagée à l'égard des enfants, au-delà de la séparation. L'apparition de la médiation familiale est liée au constat que cet ambitieux défi de la coparentalité, est difficile à relever au terme d'un procès destructeur, où les enfants sont parfois pris à partie et coincés dans des conflits de loyauté inextricables⁴⁸ », on peut présumer qu'elle véhicule un idéal familial occidental contemporain. Il faut, à notre avis, concernant l'enlèvement parental international, distinguer les situations selon le contexte légal dans lequel le médiateur évolue entre, d'une part, les cas soumis à la convention de 1980 et, d'autre part, les cas non-conventionnés. D'un côté, comme pour le cas du Japon, la ratification d'une convention présuppose un niveau d'harmonisation acceptable entre le droit national et la Convention. Néanmoins, comme nous l'avons vu, il peut persister des tensions, voire des incompatibilités, malgré cette harmonisation formelle. En ce sens, étant donné la subordination de la médiation aux solutions et au vocable juridique⁴⁹, on peut poser l'hypothèse que lorsqu'une médiation est entreprise dans ce cas, elle oriente préférentiellement vers la promotion implicite ou explicite d'un modèle occidental de la famille consacré dans les textes internationaux. D'un autre côté, lorsqu'aucun instrument juridique ne permet de soutenir la médiation, celle-ci sera plus ouverte à un dialogue interculturel sans présupposition implicite de la supériorité de la coparentalité dans l'intérêt de l'enfant⁵⁰. Ou encore, à mi-chemin entre ces deux pôles, que le rôle des médiateurs serait de répondre par leurs actions situées, au déficit

⁴⁶ STALFORD Helen, « Crossing boundaries: reconciling law, culture and values in international family mediation », *Journal of Social Welfare & Family Law*, n° 2, vol. 32, 2010, p. 155-168.

⁴⁷ KUCINSKI Melissa A., « The Delicate Art of Mediating International Parental Child Abduction Cases », *Dispute Resolution Magazine*, vol. 20, 2013, p. 18.

⁴⁸ D'URSEL Damien, « Replacer la médiation familiale dans un contexte historique et culturel », *Jeunesse & Droit*, n° 234, 2004, p. 25-34, (p. 31).

⁴⁹ Un exemple fort de cette subordination de la médiation aux principes juridiques s'illustre dans la Charte de la Médiation familiale internationale énonçant dix principes fondateurs de la pratique professionnelle, dont l'ultime est le respect des droits de l'enfant. Voyez :

http://ifm-mfi.org/sites/default/files/CHARTER/FRENCH/Charte_MFI_A5_FR.pdf

⁵⁰ ALANEN Julia, « When human rights conflict: Mediating international parental kidnapping disputes involving the domestic violence defense », *The University of Miami Inter-American Law Review*, n° 1, vol. 40, 2008, p. 49-108.

de confiance, interpersonnelle et institutionnelle, engendré par le pluralisme normatif et juridique entourant l'enlèvement parental en mobilisant le concept à contenu variable d'intérêt supérieur de l'enfant.

C'est peut-être, en définitive, l'enjeu principal posé par le pluralisme juridique face aux familles contemporaines transfrontières. La tâche ardue de la mise en harmonie des différences culturelles sous l'égide des droits fondamentaux tout en respectant la volonté des individus pourrait — et devrait, selon certains — être confiée à la médiation familiale internationale. Si cette dernière n'est pas la panacée, il apparaît toutefois que, dans l'optique d'un paradigme réflexif du droit⁵¹, elle pourrait être progressivement amenée à constituer *un* des registres de régulation parmi le répertoire pluriel entourant l'enlèvement parental international, dont le recours contextualisé pourrait garantir une pacification à long terme des relations familiales meurtries par un enlèvement parental international.

⁵¹ COHEN Jean L., *Regulating intimacy: a new legal paradigm*, Princeton, N.J, Princeton Univ. Press, 2002.

