

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Olivier Guillod, L'examen du bien de l'enfant lors d'un retour d'enfant selon l'article 13 CLaH 80 (TF 5A_674/2011), Newsletter DroitMatrimonial.ch décembre 2011

L'examen du bien de l'enfant lors d'un retour d'enfant selon l'article 13 CLaH 80

Olivier Guillod

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_674/2011 traite du risque grave d'exposer l'enfant à un danger physique ou psychique en cas de retour de l'enfant dans son pays d'origine. Il examine également dans quelle mesure la volonté de l'enfant doit être prise en considération lors de la décision portant sur un éventuel retour dans le pays d'origine.

II. Commentaire

Avec la multiplication des unions internationales (près de la moitié des 43'257 mariages célébrés en Suisse en 2010 n'unissaient pas deux personnes de nationalité helvétique) et l'augmentation des divorces (22'081 en 2010, soit un indicateur conjoncturel de divortialité supérieur à 54%), les affaires dans lesquelles un parent part à l'étranger avec un enfant, ou retient cet enfant en Suisse, en violation des règles fixées relativement à l'exercice de l'autorité parentale, sont malheureusement devenues assez courantes. Elles constituent chaque fois un déchirement pour l'enfant qui est en quelque sorte pris en otage par un parent et se retrouve presque inmanquablement entraîné dans un conflit de loyauté envers sa mère et son père.

Un arrêt de la deuxième Cour civile du Tribunal fédéral du 31 octobre 2011 (5A_674/2011 ; destiné à la publication) offre une nouvelle illustration des difficultés à résoudre ce genre d'affaires dans les délais les plus brefs, tout en respectant les garanties de procédure instituées au profit de chaque partie. Pourtant, l'article 1 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (RS 0.211.230.02) prévoit expressément que la Convention vise à « assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ». L'article 2 de la même Convention ajoute que les Etats contractants « doivent recourir à leurs procédures d'urgence ». Comme l'écoulement du temps profite en général au parent qui a enlevé l'enfant, la célérité de la procédure est effectivement capitale, aussi pour épargner des tourments supplémentaires à l'enfant.

Dans le cas d'espèce, les parents d'une fillette née en 2000 ont divorcé en novembre 2006 en Bulgarie. Selon la convention de divorce (que le père prétend avoir signée à contre-cœur) ratifiée par le tribunal bulgare, le droit de garde a été attribué à la mère. La fille vit par la suite avec sa mère en Bulgarie, tandis que le père vit désormais en Suisse. Comme les années précédentes, les parents conviennent que la fille passera les vacances d'été 2010 avec son père dans la région bernoise, puis retournera en Bulgarie début août. Mais en août 2010, le père garde sa fille, qui vit depuis lors soit

avec lui, soit avec ses grand-mère et tante paternelles. Le 9 novembre 2010, la mère dépose une demande de retour de l'enfant devant le Tribunal supérieur du canton de Berne (statuant en instance unique selon l'art. 7 de la Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes, LF-EEA, RS 211.222.32). Le Tribunal bernois ordonne le retour de la fillette en Bulgarie, par décision du 20 septembre 2011. Le père recourt contre ce jugement le 29 septembre (donc dans le délai de 10 jours, selon l'art. 100 al. 2 let. c LTF), en vain, au Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral écarte d'abord les reproches de nature procédurale élevés par le recourant contre l'instance précédente, en particulier celui d'avoir fait traîner la procédure en longueur, celui de ne pas avoir respecté son droit d'être entendu et celui de ne pas avoir entendu personnellement ni l'enfant (l'article 9 al. 2 LF-EEA permet au tribunal de déléguer l'audition à un expert, comme en l'espèce), ni les parents. Le considérant 2.1 de l'arrêt donne une bonne idée du parcours du combattant qui attend le parent sollicitant le retour de l'enfant lorsque l'intervention de l'autorité centrale n'a pas produit les résultats escomptés, c'est-à-dire la remise volontaire de l'enfant enlevé au parent qui détient le droit de garde.

Sur le fond, la Convention prévoit que lorsqu'un enfant a été enlevé ou est retenu de manière illicite (ce que le père ne contestait pas en l'occurrence), l'autorité ordonne le retour immédiat de l'enfant si elle a été saisie (comme ici) dans un délai d'un an (art. 12). Le retour au *statu quo ante* est en effet présumé constituer la meilleure solution pour le bien de l'enfant. Seules les circonstances impérieuses mentionnées à l'article 13 de la Convention peuvent, voire doivent, conduire l'autorité à refuser d'ordonner le retour de l'enfant.

C'est précisément de telles circonstances qu'invoque le recourant. Il affirme d'une part 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 intolérable » (art. 13 al. 1 let. b de la Convention), d'autre part que son enfant « 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 » (art. 13 al. 2 de la Convention).

Le premier argument est vite balayé par le Tribunal fédéral qui rappelle que le risque grave pour l'intégrité physique ou psychique de l'enfant serait réalisé si ce dernier était renvoyé dans une région en guerre ou ravagée par une épidémie ou encore s'il fallait sérieusement craindre que l'enfant ne soit maltraité ou abusé après son retour, sans que l'on puisse espérer que les autorités locales n'y fassent efficacement obstacle. En revanche, d'éventuelles difficultés linguistiques ou d'intégration ne suffisent pas (ATF 130 III 530). Il est par ailleurs sans pertinence de déterminer dans quel pays ou avec quel parent l'enfant serait le mieux éduqué (ATF 131 III 334 et 133 III 146). Or, le rapport social sur la situation familiale en Bulgarie ainsi que le rapport de l'école allemande fréquentée par la fillette à Sofia, école qui serait prête à la réadmettre, ne permettent pas d'étayer un risque sérieux pour l'enfant. En outre, l'office compétent de protection de l'enfance à Sofia serait prêt à intervenir pour soutenir la mère et l'enfant. Enfin, la relation affective entre la mère et la fille semble intacte, malgré la longue séparation, comme cela est ressorti de leur rencontre préalablement à la tentative de médiation.

L'opposition de l'enfant à son retour doit être prise en considération s'il a une maturité suffisante pour apprécier sa situation et pour se forger sa propre opinion, indépendamment des influences extérieures. Confirmant un arrêt antérieur (ATF 133 III 146), le Tribunal fédéral juge, sur la base de la littérature relative au développement psychologique de l'enfant, que cette maturité est atteinte vers l'âge de onze à douze ans. Comme la fillette a eu onze ans en cours de procédure, les juges fédéraux retiennent que son avis doit être pris en compte.

La fillette a exprimé à plusieurs reprises une préférence envers ses conditions de vie en Suisse par rapport à celles en Bulgarie. Mais l'expression d'une telle préférence ne constitue pas encore une opposition nette à son retour en Bulgarie. Cette préférence peut du reste s'expliquer par le fait que la fillette vit depuis un an avec, et sous l'influence de, sa famille paternelle en Suisse et n'a que très

peu vu sa mère. L'enfant se trouve manifestement plongé dans un conflit de loyauté envers sa mère et son père, comme le montre l'avis, qu'elle a exprimé en présence de sa mère, qu'elle aimerait rentrer à Sofia mais rester encore une année à Berne. Dans ces circonstances, on ne peut pas retenir que l'enfant s'oppose clairement à son retour. Il faut rappeler que dans une telle procédure de retour comme dans une procédure d'attribution de la garde, l'enfant n'a pas le libre choix du lieu et du parent avec qui il vivra (ATF 134 III 88).

Même s'il est très difficile d'apprécier les circonstances d'espèce à travers le récit qu'en fait une décision judiciaire, l'arrêt du Tribunal fédéral me paraît justifié. Le point de départ d'une telle procédure reste une violation, par un parent, d'une décision judiciaire attribuant la garde à l'autre parent. Cette décision peut légitimement être contestée par des voies juridiques, mais pas par un acte de justice propre comme l'enlèvement de l'enfant. En l'occurrence, le père a non seulement retenu de manière illicite l'enfant en Suisse, mais il semble au surplus, avec sa famille, avoir tenté d'influencer la fillette tout au long de la procédure.

Cela dit, au-delà des considérations purement juridiques, ce sont naturellement des aspects émotionnels et affectifs qui catalysent les réactions de chaque parent dans ce genre d'affaires. Il est donc important que les juges appelés à statuer sur le retour d'un enfant disposent de connaissances minimales en matière de psychologie de l'enfant. Il est important aussi que la logique « adversariale » de la procédure judiciaire soit complétée par une approche « partenariale ». Ainsi, l'article 8 LF-EEA prévoit de manière opportune que l'autorité judiciaire « engage une procédure de conciliation ou une médiation », quand l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait (en vertu de l'art. 4 LF-EEA ; une médiation a bien été tentée dans l'affaire commentée ici, sous l'égide du Service Social International à Genève, mais elle a échoué).