

La volonté de l'enfant enlevé

par

Andreas Bucher

I. Introduction

Lorsqu'ils font l'objet d'un enlèvement, les enfants sont traités comme des objets sans volonté. On prétend s'intéresser à leur bien et leurs intérêts (le « Kindeswohl »), mais on en juge à travers de circonstances et d'hypothèses qui ne sont pas vérifiées par rapport à leurs effets sur les enfants. Le Tribunal fédéral comprend l'enlèvement comme un conflit entre parents, résolu quasi systématiquement aux torts du ravisseur. Dans un tel conflit, il n'y a, pour la Haute Cour, ni Justice ni Volonté pour les enfants.

Dans la jurisprudence, il est dit que l'âge minimum se situe aux environs de 11 et 12 ans.¹ Cela paraît raisonnablement, mais n'a aucune pertinence. Car il est exigé en plus que l'enfant doit être capable de se former une « volonté autonome » – une nouvelle notion, indépendante de la capacité de discernement. Pour en être capable, l'enfant doit comprendre la problématique spécifique des situations d'enlèvement. Il doit comprendre le thème du procès relatif à un enlèvement.² Il doit savoir distinguer entre un vrai retour et un retour temporaire destiné à la poursuite d'une procédure relative à la garde.³ Sachant les problèmes que cela pose aux juristes et aux juges, on voit déjà que l'argument a été posé dans le but d'effacer toute place au respect de la volonté des enfants. Pour étouffer la volonté mieux encore, on a ajouté que l'enfant ne devait pas avoir intégré dans sa volonté les expériences (positives) vécues depuis son arrivée en Suisse.⁴ Une autre barrière est fournie par le « conflit de loyauté » : quoi qu'il dise, aussi autonome que cela soit, l'on ne saurait songer à ce que l'enfant dise autre chose que de vouloir rester avec son ravisseur avec lequel il partage sa vie.⁵ On croit savoir aussi que dans son nouveau lieu de séjour, l'enfant ne se sent pas à l'aise, doit parler une autre langue, ne dispose que de peu de personnes de

¹ ATF 131 III 334 ss, 340 s ; 133 III 146 ss, 148 s ; ATF 11.1.2010, 5A_764/2009, c. 5.1, AJP 2010 p. 385.

² ATF 133 III 151.

³ ATF 131 III 342 ; 133 III 149 s ; ATF cité du 11.1.2010, c. 5.4 *in fine*.

⁴ ATF 131 III 342 s.

⁵ ATF 134 III 88 ss, 91.

contact et subi la pression du parent ravisseur – le tout sans aucune vérification dans le cas particulier.⁶ Si tous les paliers de ces exigences sont franchis, encore faut-il que la volonté de l'enfant soit bien motivée ; il ne suffit pas qu'il affirme ce qu'il veut : encore faut-il que cela convienne au juge. Il faut vérifier si les motifs sont plausibles.⁷ On ne se demande pas si cette vérification dispose d'un fondement légal. Et l'on s'attend que l'enfant ignore les risques de la présentation de tels motifs : car s'il s'y engage, on va lui dire qu'il n'a rien compris à l'enlèvement et s'exprime en réalité sur la garde en général.⁸ Les praticiens disent que la jurisprudence est incompréhensible⁹ ; rien n'y fait. Dans le public, on se plaint d'un Tribunal fédéral qui étouffe toute idée d'humanité¹⁰ ; l'accueil est glacial.

Deux affaires plus récentes permettent d'illustrer comment les enfants doivent ressentir les aléas d'une jurisprudence qui manque de leur assurer le plus élémentaire respect.

II. La fille de 14 ans qui s'oppose au renvoi forcé en Hongrie¹¹

Pour bien comprendre le cadre juridique de cet arrêt, trois dates sont importantes : Le 19 juin 2013, le jugement de divorce rendu par un tribunal de district attribue les deux filles du couple, âgées à ce moment de 9 et 12 ans, à leur mère, leur fils de 14 ans restant auprès de son père. Ils sont tous des ressortissants hongrois. Le jugement est frappé d'appel et n'entre pas en force. Le 4 septembre 2013, la mère amène les deux filles en Suisse, où elles sont scolarisées et vivent avec le partenaire de leur mère qui devient son mari un an plus tard. Un peu plus d'un mois après ce départ, le 17 octobre 2013, la cour d'appel renverse en Hongrie la décision de première instance et attribue les filles au père. Cette décision est suivie d'une procédure de révision qui n'empêche pas, cependant, la décision sur appel d'entrer en force. Il est important de noter qu'au moment où la mère était partie avec ses filles de la Hongrie, aucune décision judiciaire n'était applicable, et que celle rendue sur l'appel était postérieure à ce départ, rendue à un moment où les enfants ne se trouvaient plus en Hongrie.

⁶ ATF 133 III 146 ss., 151.

⁷ ATF 8.6.2009, 5A_296/2009, c. 3 ; ATF cité du 11.1.2010, c. 5.5 *in fine*. Dans ce dernier cas, la fille avait exprimé sa volonté de vouloir rester avec sa mère en Suisse de manière répétée et constante (c. 5.3), mais elle n'a pas été jugée capable d'une « volonté autonome » (c. 5.4). Le Tribunal fédéral ne s'est pas intéressé à ce que l'enfant s'opposait à la vie avec son père à New York. Il n'a pas anticipé le calvaire que la fille devait subir à New York pendant cinq ans de procédure jusqu'à ce qu'elle était enfin libérée et placée sous la garde de sa mère (cf. *Neue Zürcher Zeitung*, 25 mars 2015, p. 17). Son adolescence était traumatisée. Les Juges le savaient.

⁸ ATF 134 III 91.

⁹ Joachim Schreiner *et al.*, *Zivilrechtliche Kindesentführung – die Sicht der Praktiker*, in *Fünfte Schweizer Familienrechtstage*, Berne 2010, p. 99-110 (107).

¹⁰ *Neue Zürcher Zeitung*, 1^{er} mars 2007, p. 17.

¹¹ Tribunal fédéral, II^e Cour civile, 25 mars 2015, 5A_51/2015 ; 22 mai 2015, 5F_6/2015.

Le 14 mai 2014, soit 9 mois après le départ des enfants et 7 mois après le jugement d'appel du 17 octobre 2013, le père requiert du Tribunal cantonal de Lucerne la reconnaissance et l'exécution de ce jugement. Curieusement, le tribunal cantonal n'était pas saisi d'une demande de retour au sens de la Convention de La Haye de 1980, mais d'une requête fondée sur la Convention de Luxembourg de 1980. Il rend son jugement le 29 décembre 2014, refusant d'exécuter le jugement hongrois et d'ordonner le retour des enfants.

Le Tribunal fédéral part du constat que l'on se trouve dans l'hypothèse d'un déplacement sans droit de l'enfant, ce qui rend applicable en principe l'art. 8 de la Convention, autorisant la restitution immédiate de l'enfant, sans observer des motifs de refus par ailleurs prévus dans la Convention (c. 3). Le délai de six mois était respecté puisque le père s'était manifesté auprès de l'Autorité centrale hongroise le 31 janvier 2014 déjà.

Manifestement, eu égard aux dates rappelés ci-dessus, la mère n'avait transgressé aucune décision judiciaire hongroise en force au moment de son départ vers la Suisse. En effet, à ce moment, la procédure d'appel était encore en cours, de sorte que le régime légal de la garde partagée des parents était applicable.¹² Or, la particularité de la Convention de Luxembourg consiste à ce qu'elle ne s'applique que dans l'hypothèse d'une décision dont il s'agirait d'assurer la reconnaissance et l'exécution (art. 7). Le « déplacement sans droit » dont l'art. 8 assure la sanction par la restitution de l'enfant n'est réalisé qu'au cas où l'enfant traverse une frontière internationale « en violation d'une décision relative à sa garde rendue dans un Etat contractant et exécutoire dans un tel Etat » (art. 1 lit. d). Le Tribunal fédéral insiste sur une règle complémentaire constatant que l'on est en présence d'un déplacement sans droit également dans l'hypothèse où le déplacement est « déclaré ultérieurement comme illicite au sens de l'art. 12 » (art. 1 lit. d, ii), c'est-à-dire, selon cette dernière disposition, lorsque l'on est en présence de « toute décision ultérieure relative à la garde de cet enfant et déclarant le déplacement illicite » (c. 4.2). Or, pour le Tribunal fédéral, suivant en cela le Tribunal cantonal, le jugement d'appel constitue une telle décision, dès lors qu'elle attribue les deux filles à leur père en Hongrie. Cela est faux. Cette décision, à ce que l'on en sait d'après l'arrêt fédéral, n'a fait rien d'autre que de trancher la question de la garde des deux enfants. Elle n'a pas constaté que la mère avait déplacé les enfants de façon illicite ; l'arrêt du Tribunal fédéral n'en dit pas autre chose. On ne saurait évidemment pas aller jusqu'à admettre que le caractère illicite du déplacement d'un enfant puisse ressortir rétroactivement d'une décision attribuant les enfants au parent lésé avec un effet postérieur à ce déplacement. En conclusion, faute d'une décision constatant l'illicéité du déplacement des enfants, l'art. 8 de la Convention n'était pas applicable.

¹² Ce point n'est pas contesté. Au regard de la loi hongroise, le déplacement des enfants vers la Suisse était illicite. Le Tribunal fédéral observe par ailleurs que même dans l'hypothèse où le jugement de première instance du 19 juin 2013 était entré en force, le père aurait encore disposé du droit de prendre part à toute décision relative à la résidence de l'enfant (c. 4.2).

En pareille hypothèse, l'art. 9 étant sans pertinence, l'art. 10, avec ces nombreux motifs de refus, aurait dû s'appliquer, le litige se déclinant en une simple question de reconnaissance et d'exécution de la décision hongroise attribuant les deux filles au père. Le Tribunal fédéral ne le voit pas ainsi, puisqu'il part de l'application de l'art. 8. S'il fait néanmoins référence à l'art. 10, c'est uniquement en vertu d'une réserve que la Hongrie a formulée, lui assurant l'application du motif de la lettre a de l'art. 10 al. 1, ce que la Suisse peut également faire sur la base du principe de la réciprocité des réserves. En revanche, en partant faussement de la pertinence de l'art. 8, il n'y avait pas lieu d'appliquer le motif de la lettre b ni tous les autres.

L'arrêt de révision du 22 mai 2015 finit dans la confusion (c. 7). Il explique que l'arrêt de la cour d'appel n'était pas déterminant pour conclure à l'illicéité du déplacement, car la violation du droit était réalisée « d'une manière ou d'une autre » (« so oder anders »). Le Tribunal fédéral n'a toujours pas compris : aucune décision hongroise n'avait constaté cette illicéité, ce qui met fin à tout rôle de l'art. 8. Si cette illécéité était réalisée « d'une autre manière », c'était uniquement en vertu de la loi hongroise. Or, cela ne suffit pas pour appliquer l'art. 8. Il aurait donc fallu s'en remettre à l'art. 10 en entier et appliquer notamment la lettre b de l'alinéa premier. Cette divergence était bien évidemment « pertinente », contrairement à ce que l'arrêt de révision en dit, car elle était, de l'avis du Tribunal fédéral lui-même, à l'origine de la décision cantonale qui élargissait ainsi le regard vers la prise en considération de la situation actuelle des enfants, ce que le Tribunal fédéral a sanctionné.

Pour le Tribunal fédéral, le litige revenait à se demander si les effets du jugement hongrois devaient s'avérer « manifestement incompatibles avec les principes fondamentaux du droit régissant la famille et les enfants dans l'Etat requis ». Référence étant faite aux principes du droit suisse, on aurait pu s'attendre à ce que le Tribunal fédéral cite encore d'autres auteurs, de préférence suisses, que le seul Pirrung dont on sait depuis des années qu'il s'agit de la lecture préférée du greffier en charge de la rédaction de la plupart des arrêts d'enlèvement. Le Tribunal fédéral s'en remet ainsi au commentaire largement dépassé de cet auteur allemand (c. 5.2), sachant pertinemment qu'il ne se trouve dans aucun cabinet d'avocat en Suisse, ce alors qu'il existe des commentaires et ouvrages d'auteurs suisses que l'on peut se procurer facilement.

La règle de la lettre a commande de donner la priorité à l'intérêt de l'enfant et de respecter l'opposition de l'enfant s'il a atteint un certain âge. Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral se réfère à l'art. 9 al. 2 LF-EEA qui ne va cependant pas plus loin que d'exiger l'audition de l'enfant ; de plus, cette disposition doit s'aligner sur les dispositions du traité. L'arrêt réduit le respect de la volonté de l'enfant à un simple accessoire que le juge devrait « prendre en considération et la respecter dans la mesure du possible », et cela d'autant plus à mesure que l'enfant est plus âgé et exprime sa volonté avec force ou de manière résolue (« mit Nachdruck ») et sur le fondement de

motifs plausibles. Même si on se trouvait dans un tel cas favorable au respect de la volonté de l'enfant, il s'ajoute le contrecoup que l'enfant ne peut disposer librement du lieu et de la personne avec laquelle il aimerait vivre de préférence, et ce encore moins dans une procédure d'exécution (c. 5.2).

Au regard de toutes ces cautions, on voit aisément que la volonté de l'enfant est réduite à peu de chose et, surtout, que sa pertinence dépend entièrement de facteurs externes à sa personne, qui relèvent du pouvoir du juge qui les appréciera selon sa propre opinion (et souvent sans avoir été en contact personnel avec l'enfant). Comment peut-on prétendre respecter la volonté d'un enfant si l'on la subordonne à une justification par des motifs plausibles ? Comment écarter toute volonté non manifestée de manière résolue, laissant à l'écart tous les enfants qui s'expriment sans insister autant tout en étant pleinement convaincus de ce qu'ils disent ? Comment ignorer l'enfant qui exprime sa préférence quant à son lieu de vie et la personne qui devrait être son principal parent de référence, tout simplement au motif que cela ne serait pas le thème d'un procès d'enlèvement ? Et comment réduire la volonté – ou ce qui en reste après tous ces filtres – à ce qu'elle ne sera jamais déterminante, car simplement prise en considération dans la mesure du possible ? Jusqu'où va-t-on encore pousser l'hypocrisie avant d'arrêter la farce ?

L'arrêt ajoute encore un palier. Il constate que le motif de refus de l'art. 10 al. 1 lit. a, qui ressemble à une réserve d'ordre public, se réfère à la situation au moment de l'exécution telle que requise, étant donné qu'il s'agirait d'évaluer non pas la décision en tant que telle, mais les effets de son exécution. Cela nonobstant, il ne serait pas possible de tenir compte d'un changement de circonstances intervenu depuis lors, car cela reviendrait à ajouter le motif de refus de la lettre b de l'art. 10 al. 1 que le Tribunal fédéral juge inapplicable en raison de la prévalence de l'art. 8. Il est reproché à l'arrêt cantonal de n'avoir pas observé la limite qu'il y aurait à respecter entre les effets sensibles du point de vue de l'ordre public et le regard plus large portant sur la comparaison avec le changement des circonstances intervenu entre l'arrivée des enfants en Suisse et le jugement à rendre 16 mois plus tard (c. 5.3). La distinction est subtile, car les effets de la décision à considérer sous l'angle de l'ordre public ont évidemment pour terme de comparaison la situation concrète des enfants, qui est marquée, entre autres, par le changement de leur situation à la suite de leur déplacement en Suisse. Au demeurant, l'arrêt ne s'en explique pas davantage.

Le Tribunal fédéral écarte le regard du Tribunal cantonal sur la situation actuelle des enfants au motif qu'il serait fondé essentiellement sur la supposition erronée que l'aînée des enfants pourrait décider dans quelques mois librement de son lieu de séjour, avec pour conséquence qu'en cas de retour en Hongrie, il reviendrait peu après en Suisse, subissant ainsi un « double retour » préjudiciable au bien de l'enfant. L'arrêt se lance dans une exégèse du droit hongrois qui révèle une lecture manifestement fautive des textes. Le Tribunal fédéral retient que le nouveau Code civil hongrois fixerait à l'âge de 16 ans le droit de l'enfant d'avoir une influence déterminante

sur le choix de son lieu de vie ; le § 74 de la loi sur la famille de 1952, qui retient à cet effet la limite d'âge de 14 ans, aurait été abrogé (c. 5.3). Ainsi que le Tribunal fédéral a dû l'admettre dans son arrêt rendu sur une demande de révision, s'il avait lu l'édition du Bergmann/Ferid quelques pages plus loin, il aurait pu constater que cette loi avait été abrogée, en effet, mais que la disposition citée a été transférée au Code civil (§ 4 :171-4). Or, cette affirmation erronée était l'argument principal pour reprocher au Tribunal cantonal d'avoir étendu trop largement le champ d'examen autorisé par l'art. 10 al. 1 lit. a. Pour le Tribunal fédéral, il aurait fallu encore attendre « plusieurs années » jusqu'à ce que les deux filles aient pu quitter le lieu d'hébergement qui leur fut assigné dans l'arrêt hongrois (c. 5.3). Au moment de l'arrêt, la fille aînée était déjà proche des 14 ans.

Si le Tribunal fédéral ne s'était pas trompé dans la lecture de la loi (traduite en allemand), il aurait pu constater que cette enfant pouvait faire valoir devant les tribunaux hongrois sa volonté de rester en Suisse peu de temps après avoir été renvoyé en Hongrie auprès de son père. Dans l'arrêt de révision (c. 4.3), le Tribunal fédéral résiste encore à admettre son erreur (ou plutôt celle de son greffier), estimant que son attention n'avait pas été attirée sur cette disposition, mais sur la règle « topique » de l'introduction d'une procédure sur la garde par l'un des parents. Or, une telle procédure en Hongrie n'aurait pas été ouverte, l'enfant ne disposant donc pas d'une occasion pour exprimer son choix. Le Tribunal fédéral se trompe encore. Il rappelle pourtant qu'une procédure de révision était encore en cours, mais ne lui attribue aucune importance ; or, l'enfant pouvait y faire part de son choix dès le jour de ses 14 ans. Si tel n'avait pas été le cas, comment répondre à la mère qu'elle n'aurait pas déjà procédé en Hongrie, alors qu'elle plaide devant les tribunaux suisses le maintien des enfants en Suisse ce qui aurait rendu inutile toute nouvelle procédure hongroise ?

Les deux enfants ont choisi de rester en Suisse auprès de leur mère. Leur volonté a été exprimée clairement et l'arrêt ne le met pas en doute (c. 6.2 ; arrêt de révision, c. 6). Pour y faire face, l'arrêt se lance dans une description hypothétique de ce que doivent ressentir les enfants, pour ensuite évacuer leur volonté. Il est dit que le déplacement des enfants et leur éloignement de la Hongrie et de leur père devait créer forcément (« zwangsläufig ») une communauté unilatérale des destins (« einseitige Schicksalsgemeinschaft »). Pour le Tribunal fédéral, une telle situation fait perdre à la volonté des enfants sa pertinence. Il serait normal que les enfants tranchent leur conflit de loyauté en faveur du parent avec lequel ils vivent en commun et dont ils dépendent (c. 6.2). L'arrêt se borne à affirmer l'hypothèse, sans la vérifier au regard de l'état de fait de l'arrêt cantonal. Au demeurant, si tel avait été le choix des enfants, pourquoi cela modifierait-il la pertinence de leur volonté ? S'il en était comme le veut le Tribunal fédéral, dans toute situation d'enfants de parents séparés, leur volonté serait biaisée en raison d'un conflit de loyauté que le Juge ne vérifie même pas, alors que la volonté exprimée par l'enfant peut montrer précisément qu'il a résolu le conflit que l'on lui attribue.

Poursuivant en suivant une méthode alignant des hypothèses non vérifiées, l'arrêt constate que les relations avec le milieu paternel en Hongrie étaient bonnes et que les enfants pourront aisément s'y assimiler à nouveau dès leur retour (c. 6.1). Même à supposer que cela soit vrai, que fait-on de la volonté des enfants de ne pas vouloir retourner en Hongrie ? L'arrêt admet qu'après une année et demie de séjour en Suisse, l'on doit s'attendre raisonnablement à ce que les enfants souhaitent rester en Suisse dans un cadre de vie qui leur convient. Mais encore, cela ne suffit pas : leur opinion ne compte pas parce qu'ils sont capables de subir sans trop de dégâts un renvoi, même forcé, opéré contre leur volonté. L'arrêt subordonne cette hypothèse à une autre encore : si les enfants étaient demeurés avec leur père, leur volonté se serait dirigée tôt ou tard dans le sens inverse, la préférence étant donnée alors à la présence auprès de leur père. Cela est dit sans réserve, sans l'appui sur un élément de preuve, l'arrêt constatant par ailleurs que les enfants ne se seraient pas exprimés sur leurs liens avec la Hongrie et leur père (c. 6.2). Or, n'aurait-il pas fallu les interroger à ce sujet ? Est-ce convaincant de réduire la volonté à néant, après l'avoir reconnue comme compréhensive et constante, pour le compte d'hypothèses non vérifiées et sortant de l'imagination des Juges fédéraux qui s'intéressent à ce qui leur semble conforme aux désirs des enfants tout en sachant que cela ne reflète pas la vérité ? Le regard biaisé des Juges est manifeste : on affirme que l'accueil dans le ménage du père en Hongrie ne risque pas de poser de problème majeur (c. 6.1), sans observer que ce renvoi entraîne la rupture du lien étroit des enfants avec leur mère qui est leur principale personne de référence dans leur vie. L'arrêt cantonal avait constaté, de manière à lier le Tribunal fédéral, que les enfants, non seulement avaient déclaré leur volonté de rester en Suisse, mais également qu'elles ne pouvaient s'imaginer de vivre avec leur père ; si elles avaient certes le désir de lui rendre visite (ainsi qu'à leur frère, resté avec lui), cela ne pouvait se faire que si elles étaient rassurées de pouvoir ensuite revenir en Suisse (c. 6.3.2). Les enfants se sont donc exprimées sur l'hypothèse de leur retour en Hongrie ; le Tribunal fédéral n'en fait pas mention, car cela ne convenait pas.

De toute manière, même si la volonté des enfants était constatée, on peut néanmoins l'écarter encore par une autre parade, normalement infaillible : Les explications fournies par les enfants ne traduiraient pas une véritable opposition (« eigentlichen Widersetzen ») au retour en Hongrie mais simplement leur désir (compréhensible) de ne plus devoir changer de lieu de vie (c. 6.2). Rien dans le dossier présenté par l'arrêt cantonal ne le confirme ou l'infirme. Les enfants ont exprimé leur préférence de différentes manières, mais ils n'ont pas pleuré, ni tapé sur la table ou exprimé autrement leur résistance, dont le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs jamais définie les termes. Or, s'il en était ainsi, c'est parce que la question relative à un éventuel retour immédiat, le cas échéant assorti de l'intervention de la police, ne leur a jamais été posée. Le Tribunal fédéral exige une réponse donnée de manière résolue ou avec force, mais il ne se donne aucune peine pour vérifier si la question correspondante avait été formulée devant les enfants. Et dès lors que l'on a envisagé l'intervention des forces de police, il aurait évidemment fallu confronter les enfants à une telle hypothèse. Rien de tel n'a été fait et le Tribunal fédéral devait le savoir. S'il a néanmoins ordonné le re-

tour, il l'a fait en comptant avec une rupture caractérisée de la volonté des enfants et en acceptant de leur infliger le traumatisme en résultant.

Si le Tribunal fédéral constate qu'il lui manque des informations essentielles sans lesquelles il trancherait en violation du droit, il peut compléter d'office l'état de fait en vertu de l'art. 105 al. 2 LTF. L'arrêt admet le principe, en ajoutant que cela vise également l'application de l'art. 10 al. 2 LF-EEA et que l'exigence de célérité consacrée par les Conventions en matière d'enlèvement milite dans le même sens (c. 6). Cependant, le Tribunal fédéral restreint aussitôt le champ de l'exercice : il permet de tenir compte d'éléments déterminants que l'autorité cantonale n'aurait pas repris dans ses considérants mais qui résultent de l'état de fait complet tel qu'il découle du dossier. Le Tribunal fédéral ne compléterait pas son dossier par des faits qu'il se fait apporter lui-même et que l'autorité cantonale n'aurait pas réunis. L'art. 105 al. 2 LTF n'impose pas cette restriction et l'exigence de célérité permettrait au Tribunal fédéral de procéder directement. En l'espèce, le mode traditionnel aurait consisté à renvoyer le dossier à l'autorité cantonale afin qu'elle procède à une nouvelle audition des enfants, conforme aux exigences ; cela a été fait récemment dans une affaire de droit civil¹³ et aurait donc aussi pu se faire dans le présent cas. Dans une autre affaire, les enfants ayant également été ignorés, le Tribunal fédéral a décidé de les consulter directement.¹⁴ Cela est donc également possible, et cela comprend l'audition des enfants, que le Tribunal fédéral peut confier à son juge instructeur ou à une personne mandatée à cet effet. Il a déjà désigné directement un curateur à l'enfant.¹⁵ L'exigence de célérité milite pour une action directe, de préférence à un renvoi du dossier. Cela peut parfaitement bien se faire, pourvu que l'on ait la volonté.

Les faits tels qu'ils se sont déroulés par la suite ont confirmé en tous points que le Tribunal fédéral s'est trompé lourdement. Dans son arrêt du 30 avril 2015, le Tribunal cantonal s'est donné de la peine pour aménager le retour des enfants au mieux de leur intérêt, conformément à l'art. 12 al. 2 LF-EEA (c. 4.1).¹⁶ Il a procédé à la consultation des parties quant aux modalités de l'exécution.¹⁷ Il a également accepté la demande de la mère que les enfants puissent terminer l'année scolaire. Cela étant, il fallait respecter l'injonction de parvenir à l'exécution forcée. Cependant, cela ne devait pas se faire à n'importe quel prix, c'est-à-dire sans le respect du bien des enfants. Le Tribunal cantonal a donc ordonné que leur remise ait lieu sans contrainte et

¹³ ATF 3.8.2015, 5A_354/2015, FamPra.ch 2015 n° 71 p. 1004.

¹⁴ ATF 27.8.2015, 5A_980/2014, c. 6, invoquant qu'un renvoi à l'autorité cantonale impliquerait en l'espèce un formalisme excessif.

¹⁵ ATF 20.9.2012, 5A_537/2012, c. 1.

¹⁶ Le Tribunal fédéral relève que la compétence d'exécution appartient aux cantons (art. 12 al. 1 LF-EEA). Il ajoute qu'il ne peut saisir directement le personnel ayant la charge d'intervenir (c. 7). Cela est certes exact, mais cela n'empêche pas le Tribunal fédéral de donner des instructions à l'autorité cantonale compétente.

¹⁷ On notera que selon une clause que le Tribunal fédéral introduit encore dans d'autres arrêts, l'ordre d'exécution est placé sous la réserve de développements nouveaux et imprévus (c. 7). En l'espèce, les enfants avaient certes exprimé leur opposition au retour plus fermement qu'auparavant, mais cela ne pouvait renverser l'injonction du Tribunal fédéral qui a fait comprendre que la volonté des enfants ne comptait pas.

ayant la protection des enfants à l'esprit. Souhaitant laisser une marge de flexibilité, il a autorisé les parties à modifier les modalités de la remise d'un commun accord, puis d'en informer simplement le tribunal. Le père et requérant était cependant autorisé à solliciter l'aide de la police si la remise ne pouvait avoir lieu pour un motif indépendant de sa volonté et non lié à un empêchement excusable d'un enfant, telle une maladie.

La solution retenue prévoyait qu'un jour au mois de juillet, le père viendrait en voiture cueillir les enfants qui devaient l'attendre devant leur maison, avec leurs bagages. Suivant les renseignements obtenus auprès de la famille, cela fut fait, et ce que l'on aurait dû savoir si l'on avait parlé aux enfants s'est produit : par deux fois, les deux filles ont refusé fermement de monter dans la voiture de leur père. Si le Tribunal fédéral avait voulu accepter que la question leur soit posée quant à leur comportement en pareille hypothèse, la réponse aurait été celle-ci. Le Tribunal fédéral ne voulait rien en savoir. La situation en est restée là, l'intervention de la police n'ayant pas été sollicitée, alors que le Tribunal fédéral l'aurait autorisée.

Le pronostic que la mère a présenté devant le Tribunal fédéral quant à la situation en Hongrie s'est révélé juste. Sitôt l'âge de 14 ans accompli, l'aînée des filles a exprimé sa volonté de rester auprès de sa mère dans l'instance en cours en Hongrie. Cela a scellé le sort des deux enfants, puisqu'un arrangement a ensuite été trouvé entre les parents en peu de temps pour confirmer le choix de l'enfant, qui devait nécessairement englober le lieu de séjour de la fille cadette. L'affirmation du Tribunal fédéral, prédisant un séjour des enfants pour plusieurs années encore en Hongrie (c. 5.3), s'est révélée fausse, ce que les Juges auraient pu constater aisément en lisant correctement le Code civil hongrois.

Les enfants ont été sauvés, mais la Justice en sort laminée. Dans la seconde affaire, l'enfant n'a pas eu ce bonheur et la Justice a frappé avec une rigueur dont on ne la soupçonne pas.

III. La fille de 9 ans séquestrée pour réprimer sa volonté de résister au renvoi au Mexique¹⁸

L'enfant avait 9 ans et 4 mois au moment du premier jugement rendu par l'Obergericht du canton d'Argovie le 19 février 2015. Les parents ont vécu la plupart du temps au Mexique où ils se sont séparés en 2013 ; on est alors dans la perspective d'un divorce et d'un litige sur l'attribution de l'enfant. Le couple étant marié (femme mexicaine, mari suisse), il a été convenu d'abord de partager l'autorité parentale, l'enfant vivant avec sa mère, tandis que le père jouissait d'un large droit de visite. Le

¹⁸ Tribunal fédéral, II^e Cour civile, 30 avril 2015, 5A_229/2015, FamPra.ch 2015 n° 51 p. 751 ; 22 juin 2015, 5A_429/2015 ; 10 juillet 2015, 5A_539/2015.

cas d'enlèvement est flagrant, étant donné que le père ne respectait pas l'engagement pris à l'égard de la mère de ramener l'enfant au Mexique le 16 septembre 2014, au terme d'un séjour de trois mois en Suisse tel que convenu entre les parents. En fait, le père informa la mère le 24 août 2014 déjà qu'il n'allait pas laisser leur enfant repartir de la Suisse. Le motif invoqué était la peur devant l'insécurité régnant au Mexique et les menaces qu'il ressentait en relation avec son commerce (une entreprise liée au tourisme maritime), manifestées concrètement par l'un des signes reconnu dans le milieu : une poule décapitée posée sur le pallier de la maison.

L'enlèvement a déclenché la mise en jeu de la Convention de La Haye de 1980, par le biais d'une requête en retour déposée par la mère devant l'Obergericht du canton d'Argovie le 26 janvier 2015. La procédure était conduite avec une extraordinaire célérité : audition de l'enfant le 11 février, tentative de médiation se soldant par un échec six jours plus tard, suivie de l'audience devant la Cour le 19 février, rendant son jugement le jour même. La demande de retour fut rejetée. Le Tribunal fédéral étant saisi le 13 mars 2015, il renverse l'arrêt cantonal le 30 avril 2015 et renvoie le dossier à l'Obergericht en lui ordonnant de décider dans le sens des considérants de l'arrêt fédéral, et ce avec l'injonction d'ordonner le retour de l'enfant au Mexique.

L'affaire comporte un volet sécurité et un volet concernant la personnalité de l'enfant. Le premier est abordé isolément, mais il réapparaît dans les réactions de l'enfant. Le Mexique est sans doute un pays dangereux, mais les multiples facettes de cette situation sont réparties inégalement à travers le territoire. Il y a des zones à hauts risques et des régions où une vie normale et sans trop de danger est possible. Dans le cas particulier, la famille avait d'abord vécu à Acapulco, reconnu comme une place dangereuse, mais elle s'est déplacée depuis peu de temps à La Paz, situé sur la presqu'île de Baja California, dont le Nord, région frontalière près des Etats-Unis et dangereuse, au contraire du Sud, éloigné de mille kilomètres de la frontière. La Paz étant le centre du Sud, on devrait se situer dans une zone hors risques. Ces renseignements, le Tribunal fédéral les a recueillis en consultant le dossier, comportant les déclarations des parties, et des informations mises à la disposition des voyageurs par le Département fédéral des affaires étrangères (« itineris ») et par le Département correspondant du gouvernement allemand (c. 6.3). Cette manière de procéder de façon autonome de la part du Tribunal fédéral n'est pas sans problème eu égard à l'art. 105 al. 1 LTF qui ne lui permet pas de se référer à des faits non établis par l'autorité cantonale et sur lesquels les parties n'ont pas été consultées. Le point critique des renseignements réunis par le Tribunal fédéral en sus de ce que lui disaient les parties est le fait qu'ils concernent exclusivement la situation de touristes. Les banques de données des autorités allemandes et suisses n'ont pas d'autres buts. Ce qu'elles disent sur le Mexique n'est d'ailleurs pas aussi sécurisant comme le Tribunal fédéral le laisse penser. Contrairement à ce que l'arrêt dit, le Sud de Baja California n'est pas exempt de risques du seul fait que les villes frontière du Nord (Tijuana et Ciudad Juárez) présentent des conditions de sécurité qui se sont considérablement dégradées. L'avertissement concernant les risques spécifiques liés à la guerre de la

drogue couvre la région de Baja California dans sa totalité. Le Département fédéral des affaires étrangères rappelle également que « les enlèvements avec demande de rançon ou à motivation politique sont en augmentation dans tout le pays » ; ils concernent la population locale de même que les étrangers. Dans tout le pays, il faut faire preuve de la plus grande prudence. Rien de bien précis ne peut être dégagé de ces directives qui n'ont pas pour but d'aller plus loin. Cela signifie également que le juge suisse ne peut s'y fier exclusivement et se livrer à des extrapolations qui risquent de s'avérer erronées et donc dangereuses. On citera comme une illustration le présent arrêt, qui ne fait aucun cas du risque d'enlèvement au Mexique, pourtant mis en exergue sur le site d'itineris en première page. Dans un autre exemple, celui du Liban, le Tribunal fédéral a identifié un risque d'enlèvements, « qui ont lieu sporadiquement, généralement à caractère criminel »¹⁹; pour le Mexique, par contre, les enlèvements sont « nombreux » et « en augmentation », dans tout le pays. Or, pour le Tribunal fédéral, cela n'est d'aucune incidence s'agissant du renvoi de l'enfant au Mexique, tandis que dans l'exemple du Liban, cela a suffi pour refuser au père d'amener son enfant dans sa patrie pour y exercer un simple droit de visite. Cela laisse un malaise.

Les déclarations des parties sont de peu d'utilité dans ce genre de situations, car normalement basées sur des hypothèses non vérifiées, même si elles sont présentées de bonne foi. La mère fait justement valoir qu'en tant que doctorante à l'Université de La Paz, elle ne court guère de risque et que le quartier où elle vit comprend beaucoup d'Américains du Nord, ce qui assure un cadre de vie plus positif et propre. Sans vérification, le Tribunal fédéral en déduit qu'il n'y aura pas de danger pour l'enfant au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention. Il ajoute que les craintes du père de voir son enfant enlevé par des bandes de rappeurs étaient trop hypothétiques au regard du fait qu'il avait bien vécu pendant 14 ans au Mexique et la plupart du temps à Acapulco, réputé dangereux. Le Tribunal fédéral voit même dans le fait d'y avoir conçu un enfant il y a 9 ans qu'il devait se sentir en sécurité ; l'affirmation semble bien hâtive. Il est également dit qu'il n'aurait avancé l'argument de sécurité qu'à partir du moment où il décidait de rester en Suisse. Or, le Tribunal fédéral n'en sait rien, lançant une simple hypothèse qu'il « semblerait » (« scheint ») que cela ne s'était concrétisé que le 24 août 2014 (c. 6.3).

Quoi qu'il en soit de toutes ces suppositions, il en résulte que le Tribunal fédéral était disposé à renvoyer l'enfant au Mexique sans s'être sérieusement assuré de sa sécurité. La vie de l'enfant ne valait pas le prix d'un effort pour se mettre à l'abri de tout reproche de prendre le sort de l'enfant à la légère. Cela n'aurait pas été tant difficile. L'Autorité centrale auprès de l'Office fédéral de la justice était au courant du problème (du fait d'avoir reçu l'arrêt argovien) et n'a pas fourni son aide, à première vue facilitée par ses contacts avec l'Autorité centrale mexicaine ; or, il est de son devoir d'assurer, sur le plan administratif, le retour de l'enfant sans danger (art. 7 al. 2

¹⁹ Ce en sus d'actes terroristes : ATF 28.8.2015, 5A_246/2015, c. 3.4.

lit. h).²⁰ On aurait pu demander l'aide des Juges de liaison, dont il en existe quatre au Mexique ; rien n'a été fait. Les autorités judiciaires n'ont pas songé non plus à faire appel aux services consulaires suisses sur place ou au Service Social International qui dispose d'antennes locales aptes à rendre service en peu de temps. Au moment où les décisions ont été prises en Suisse, personne n'était sûre de la situation sécuritaire en cas de retour au Mexique ; on a préféré jouer le coup de chance, car l'enfant ne valait pas l'effort de faire mieux.

Pourtant, des renseignements rassurants auraient pu fournir une aide extrêmement bénéfique à l'enfant personnellement. Les tribunaux ont reconnu que l'enfant était paniquée par l'idée d'un retour au Mexique avec le risque de voir sa famille se trouver au centre d'un chantage opéré par des bandes voulant s'attaquer au commerce de son père, et ce le plus vraisemblablement en prenant comme monnaie d'échange son bien le plus précieux, l'unique enfant du couple. Il est également établi que l'enfant a exprimé son refus de retourner au Mexique à plusieurs reprises, de manière indépendante et hors la présence de ses parents.

Un incident qui s'est produit devant la porte de la salle d'audience de l'Obergericht et relaté dans les médias et sommairement dans l'arrêt fédéral (c. 7) est significatif : Le président du tribunal, M. Marbet, avait convoqué l'enfant à se présenter devant la salle d'audience, accompagnée de quatre policiers qui tentaient alors de le séparer de sa grand-mère. Ils ont dû y renoncer face à la résistance de l'enfant. Les billets d'avion ayant déjà été achetés, le juge président comptait en effet, à l'issue de l'audience, remettre l'enfant immédiatement à la mère afin qu'elle puisse quitter la Suisse au plus vite. On aura ainsi suivi une pratique zurichoise qui vise à empêcher un recours au Tribunal fédéral, étant donné que celui-ci le jugera irrecevable, suivant une jurisprudence récente dont le caractère choquant n'a encore guère été remarqué.²¹ Or, le coup n'était pas jouable, car les deux autres juges ont mis leur président en minorité, l'enfant étant libérée. L'incident a mis en évidence, de façon très concrète et physique, la ferme volonté de l'enfant de s'opposer à son renvoi au Mexique.

²⁰ L'Office fédéral de la justice a été interpellé au Parlement sur le cas particulier (Interpellation Yvonne Feri, n° 15.3518, 3 juin 2015). Le Conseil fédéral a répondu le 19 août 2015 que l'Office était à la disposition des tribunaux, se retranchant par ailleurs derrière la protection de la personnalité et des données. De toute évidence, il aurait été parfaitement possible, malgré ce paravent du secret (qui sert à colmater le devoir de transparence), de dire que l'Office était au courant du cas et qu'il a fait ce qui était de son devoir. Même ce minimum était trop lui demander, tout simplement parce que rien n'a été fait. Quatre questions ont également été posées (n° 15.5241-15.5244) qui ont recueilli des réponses sans substance. Manifestement, le sort de l'enfant et sa sécurité en cas de retour n'étaient pas une préoccupation pour les autorités fédérales. Voyant que la situation allait s'aggraver et que son mutisme pourrait s'avérer coupable, l'Office est intervenu dans les tous derniers jours pour mettre sur pied une dernière médiation, qui a échoué.

²¹ Cf. ATF 19.6.2014, 5A_210/2014, c. 2 ; ATF 7.9.2015, 5A_623/2015, c. 1, FamPra.ch 2016 n° 13 p. 303, obs. critiques de Jonas Schweighauser.

On ne pouvait dès lors plus douter du fait que le niveau de résistance exigée par le Tribunal fédéral dans le contexte de l'art. 13 al. 2 de la Convention était atteint. Il fallait trouver une autre parade pour écarter cette volonté.

La démarche n'est pas nouvelle. Dans un arrêt du 22 mars 2005 déjà, le Tribunal fédéral avait écarté la volonté de refus de retour d'enfants âgés de 10 et 11 ans au motif que leur opinion était formée sur la base de l'influence de leur nouvel environnement depuis leur arrivée en Suisse et qu'elle était donc déterminée par des facteurs externes à leur propre expérience de la vie ; dès lors, leur volonté ne leur appartenait pas.²² Or, ce mode de raisonnement peut servir à marginaliser toute opinion personnelle, étant donné que la formation et l'expression d'un avis personnel sont toujours fondées sur l'influence des éléments de la vie qui entourent le vécu de chaque personne, pour les adultes autant que pour les enfants. C'est bien le but de l'argument. Il permet d'écarter toute volonté d'un enfant, forcément influencé par son environnement. On ne doit donc pas être surpris en constatant que la volonté d'un enfant n'a encore jamais été retenue comme un élément déterminant dans un dossier d'enlèvement par le Tribunal fédéral.

La question que l'on doit se poser est de savoir si la volonté telle qu'exprimée par la personne, que cela soit un adulte ou un enfant, lui appartient en elle-même ou s'il ne s'agit que de la reproduction de la volonté d'une autre personne ou de circonstances qui s'imprègnent à une personne sans que celle-ci les assimile véritablement au point d'en tirer les conséquences dans son propre comportement. La seconde hypothèse peut être illustrée par ce que l'on appelle le conflit de loyauté. Contrairement à ce que l'on dit généralement, un tel conflit n'est pas réservé aux enfants ; un adulte peut en souffrir tout autant, notamment dans un contentieux familial impliquant plusieurs personnes parmi lesquelles on croit devoir faire un choix. S'il est réel, le conflit de loyauté « classique » empêche l'enfant de procéder à un véritable choix, la conséquence étant qu'il est soit incapable d'exprimer une préférence, soit qu'il le fait puisqu'il est appelé à le faire mais ce sans en être véritablement convaincu dans son for intérieur. Ce dernier cas peut être rapproché de la première hypothèse : la volonté est certes exprimée, mais elle n'est pas véritablement assimilée par la personne, étant donné qu'elle prend sa force dans une volonté externe et risque dès lors de disparaître aussitôt que cette influence faiblit ou s'efface complètement.

Le point essentiel est ainsi le fondement et l'assimilation de la volonté dans la raison de la personne, dont on suppose au préalable qu'elle soit capable de discernement. Dès lors que celle-ci est véritablement convaincue de ce qu'elle dit, la volonté qu'elle exprime est fondée en elle-même. Elle s'est imprégnée à la personne et n'est plus la simple reproduction de la volonté d'une autre personne ou le résultat de circonstances externes ayant pour effet de commander directement la volonté. Cela si-

²² ATF 131 III 334 ss, 342 s.

gnifie également qu'au cas où cette volonté n'est pas respectée, par des tiers ou par le juge, la personne se sent atteinte.

Tout en notant son aptitude inhabituelle pour son jeune âge de procéder par abstraction, le Tribunal fédéral relève que sa description de la situation sécuritaire au Mexique devait manifestement reposer sur les explications fournies par son père. Plus concrètement, l'arrêt observe que la peur qu'inspire à l'enfant la vision d'une poule morte devant la maison et le « mauvais homme mexicain » apparu dans ses rêves devait avoir son origine dans les récits du père sur ce qu'il avait vu devant sa porte trois jours avant leur départ et sur ce qu'il lui a dit à propos des milliers d'enfants volés et tués au Mexique chaque année. Ces craintes n'avaient aucun lien avec ce que l'enfant aurait vécu réellement lui-même. Il n'en va pas autrement avec la peur de voir un membre de sa famille exposé à une fusillade, ce qui ne s'était jamais produit en fait pendant sa vie mais résultait d'une extrapolation de l'enfant à partir de ce qui lui a été dit sur l'emploi fréquent d'armes à feu dans son pays (c. 5.2).

A partir de là, le couperet devait tomber : l'enfant ne dispose pas d'une volonté formée de façon autonome (« autonom gebildeter Wille ») ; sa volonté est déterminée par des facteurs externes (« fremdbestimmt ») (c. 5.2, *in fine*), ce qui signifie qu'elle n'entre pas en jeu sous l'angle de l'art. 13 al. 2 de la Convention, et ce quel que soit son âge (c. 5.3. *ab initio*). Le manque de respect pour la volonté de l'enfant est éclatant, autant que l'est la violation de son droit au respect de ses intérêts.²³ Le Tribunal fédéral ajoute encore que l'enfant souffrirait d'un conflit de loyauté, qu'il souhaite voir résolu par la venue de la mère en Suisse (c. 6.2) ; c'est encore une vue simpliste pour périmier une option préconçue de la part des Juges. Bien évidemment que cette solution était idéale pour l'enfant, mais sans y parvenir, l'enfant avait néanmoins tranché clairement le conflit en affirmant sa volonté de rester auprès de son père. On ne peut opposer à un enfant (ou à un adulte) un conflit de loyauté qui annihilerait sa volonté même s'il a clairement formé sa volonté et exprimé son choix. S'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait jamais de volonté en présence d'un conflit de loyauté qui est généralement l'ingrédient naturel d'un conflit familial.

²³ La violation de l'art. 8 CEDH n'a pas été articulée dans la procédure, mais elle est bien réelle. Dans un arrêt du 2 février 2016, *Case of N.T.S. and Others v. Georgia* (n° 71776/12), la Cour a noté que, dans le cas particulier, il était dans l'intérêt des enfants (3 garçons) d'être réunis avec leur père et qu'il était également exact que la famille maternelle (après le décès de la mère) exerçait une influence négative sur eux. Cependant, cela n'était pas décisif : "However, while making its own assessment of the best interests, the domestic courts failed to give adequate consideration to one important fact: the boys did not want to be reunited with their father." (n° 81) La Cour a noté que l'attitude négative de la famille maternelle à l'égard du père avait marqué la relation des enfants avec leur père, continuant : "But, whatever the manipulative role played by the maternal family, the evidence before the domestic courts concerning the hostile attitude of the children towards their father was unambiguous." (n° 82) Le danger potentiel à leur santé psychique en cas de retour forcé auprès du père étant établi, ordonner une telle mesure radicale sans des mesures préparatoires tendant à assister les enfants et leur père en vue de rétablir leur relation se heurte à l'intérêt supérieur des enfants. (n° 83). Il y avait donc violation de l'art. 8 CEDH (n° 84).

L'influence par le père est incontestable. Cependant, il faut s'y arrêter un instant et se demander : si c'était vrai ? Et même : si c'était faux ? Car il est également incontestable que la volonté de l'enfant était clairement et fermement marquée par les faits relatés. Il y croyait profondément, au point d'en ressentir de la peur et d'avoir des cauchemars. L'Obergericht avait conclu que la volonté de l'enfant en était sérieusement imprégnée et qu'il fallait dès lors en tenir compte.²⁴ Le Tribunal fédéral renverse en jugeant que cette volonté est inexistante car fondée sur des facteurs externes et non sur le vécu personnel. Et il ajoute le comble du paradoxe : il est dit que l'enfant réagit comme s'il avait lu les recommandations de voyage fournies par le Département des affaires étrangères en Suisse et en Allemagne (c. 5.2 *in fine*). Donc, on dit de l'enfant qu'il n'a pas de volonté parce qu'il agirait comme s'il avait lu ces textes officiels, alors que le Tribunal fédéral s'y réfère lui-même pour décider que le retour à La Paz ne pose point de problème de sécurité. En d'autres termes, en lisant les mêmes textes, l'enfant ne peut se former une volonté, tandis que les Juges fédéraux le peuvent. Et pire encore : l'arrêt dit que les pensées de l'enfant sont comme la reproduction de ce que l'on lit dans ces directives, alors que le Tribunal fédéral y lit à l'opposé qu'il n'y aurait pas de fusillades et d'enlèvements. C'est comme si pour réprimer la volonté d'un enfant, tout était permis.

Cela fait, il devenait simple de franchir le dernier obstacle posé par l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention. La situation sécuritaire étant constatée, le chemin à l'école décrit comme étant sans danger et l'enfant entretenant en fait une bonne relation avec le père comme avec sa mère, le retour au Mexique ne risquait pas de l'exposer à un danger ou à une situation intolérable (c. 6.3). Quant à ses craintes, il résulterait du cours normal des choses que l'enfant allait s'en libérer après quelques semaines de vie quotidienne au Mexique et avec l'aide de sa mère. La capacité d'adaptation dont elle a fait preuve en Suisse la soutiendrait de la même manière lors de son retour au Mexique (c. 6.4). Cette analyse évacue fait de la volonté de l'enfant telle que l'enfant l'a affirmée en Suisse devant les tribunaux et tous ceux qui voulaient s'y intéresser. Or cette volonté, l'enfant ne l'a pas abandonnée et les autorités le savaient bien. La mise en place concrète du retour forcé de l'enfant se présentait ainsi non sans danger. Il fallait craindre pour la vie de l'enfant ; les autorités le savaient également.

Face à ce blocage, il y avait deux options, soit de tenter de convaincre l'enfant et son père que leur peur sécuritaire était certes réelle mais néanmoins animée par une influence obsessionnelle, soit de passer par la force. Les tribunaux ont choisi la force. A partir de ce moment, l'affaire est devenue médiatisée. Cela a pour le moins l'avantage que des comportements choquants n'ont pas pu être tenus au secret comme l'auraient voulu les autorités argoviennes qui ont saisi toute occasion pour dire ô

²⁴ „[Es] steht ausser Zweifel, dass sie sich einen festen Willen gebildet hat, auch wenn das Gericht überzeugt ist, dass dieser von aussen, insbesondere dem Vater als nächster Bezugsperson, massiv beeinflusst worden ist. Dennoch erscheint dieser Wille dem Kind – nicht zuletzt aufgrund der langen Dauer des widerrechtlichen Zurückbehaltens in der Schweiz – bereits so verinnerlicht zu sein, dass es ihn zu respektieren gilt.“ Obergericht, Jugement du 19 février 2015, c. 3.4.3, *in fine*.

combien la présence des médias était préjudiciable à l'enfant. Que l'on se souvienne des drames des enfants placés de force au milieu du 20^e siècle et des enfants abusés sexuellement dans des monastères. Ces enfants aussi ont été traités comme n'ayant aucune volonté autonome ; tout était « fremdbestimmt » car ils n'avaient aucun repère pour comprendre ce qui leur arrivait. L'enfant du Mexique aussi, n'a pas de volonté, car tout ce qu'il craint et subit vient de l'extérieur et non de lui-même, faute d'expérience. Cela ne compte pas. On se flatte de réparer aujourd'hui les torts commis dans le passé, mais on ferme les yeux quand cela recommence. Voici ce qui s'est passé :

Dans un premier temps, par un arrêt argovien du 6 mai 2015, on a ordonné à la police cantonale de saisir l'enfant et de le remettre à la mère, puis d'organiser le retour des deux, la police étant autorisée à prendre les mesures de contrainte nécessaires. Le recours du père au Tribunal fédéral, arguant d'une violation de son droit d'être entendu, n'a pas eu de succès (ATF 22.6.2015, 5A_429/2015). Compte tenu de l'attitude hostile du père, il a été décidé de procéder sans l'impliquer personnellement et sans le consulter préalablement. Il n'a donc pas été entendu et on ne lui a donné aucune chance d'expliquer à son enfant ce qui allait lui arriver. Aussi s'est-on placé directement en termes d'intervention musclée de la police, sans tenter d'aménager la situation par une organisation du départ qui soit adaptée à la personnalité et aux besoins de l'enfant. Compte tenu des refus clairement exprimés par l'enfant, aucune précaution n'a été prise pour lui éviter de se faire brutaliser. Rien n'a été prévu non plus en ce qui concerne les adieux à faire auprès de sa famille paternelle et de ses camarades d'école. L'art. 12 al. 2 LF-EEA n'a pas été observé ni consulté.

Peu de jours suivant cet arrêt, un intermède est venu compliquer la stratégie du tribunal, qui n'a pas compté avec la réaction de la grand-mère paternelle de l'enfant. Ancienne conseillère municipale et colonel de l'armée, celle-ci a fait parler son cœur patriotique plutôt que la raison des Juges. Elle est partie avec l'enfant à l'étranger et fut rattrapé au bout de deux semaines d'escale dans le Sud de la France. C'est ainsi encore le volet pénal qu'il faut mentionner. Alors que son cas était simple et de l'ordre du dilettantisme (même patriotique), on a fait subir à la grand-mère la prison préventive pendant trois semaines et de nombreuses interrogatoires se ponctuèrent par des menaces de peine allant jusqu'à sept ans de prison. Ce n'était pas le premier contact de la famille avec le procureur général. Le père de l'enfant a déjà séjourné en préventive pendant quelques jours à la suite d'une plainte de la mère qui s'était sentie placée sous menaces et contraintes lors de la tentative de médiation. Il s'en est suivi le retrait des papiers, la mise sur écoute de toute la famille, la séquestration de comptes bancaires et une suspicion constante des autorités, habilement entretenue par l'avocate de la mère. De sa part, le coup n'était pas mal joué et devrait servir d'avertissement à tous ceux qui prônent des médiations à tout va, sans se rendre compte des risques lorsque l'échange verbal peut déraiser par moment, comme c'est souvent le cas.

Pour réprimer la résistance de l'enfant revenue de France, il n'était plus indiqué, sachant les journalistes aux aguets, de se servir de la police et de toute la brutalité qui devient alors visible. Il valait mieux passer par la psychiatrie pour renverser le refus de l'enfant et de le rendre soumise à la mère. Dans ces conditions, l'enfant devait être placée, ce d'autant qu'elle montrait des signes de perturbation compte tenu de son retour en escorte policière le lendemain de sa découverte en France (sans l'aval des autorités locales), de son placement en lieu sûr et des pressions exercées sur la famille par les services du procureur. Son père jugeait son état inquiétant au point qu'il lui est paru nécessaire de formuler une demande de reconsidération du renvoi au Mexique.

Décision fut alors prise, par mesure provisoire du 23 mai 2015, confirmé par arrêt du 29 mai 2015, de suspendre le renvoi et de soumettre l'enfant à une expertise afin d'examiner, non pas sa volonté, mais son aptitude à supporter le voyage de retour au Mexique. Il faut rappeler – petit détail qui a son importance – qu'il n'y a pas de vol direct entre la Suisse et le Mexique ; on devait songer à l'éventualité d'un incident lors d'une escale dans un pays étranger où l'enfant aurait pu trouver refuge. L'expertise fut confiée au médecin-chef de la clinique psychiatrique de Königsfelden. Il devait également répondre à la question de savoir si, compte tenu de sa résistance en général et de son attitude hostile à l'égard de la mère, l'enfant subira un dommage à sa santé en cas de retour au Mexique. L'expertise était accompagnée du placement de l'enfant, dans un premier temps en clinique psychiatrique. La mère et l'avocat de l'enfant étaient autorisés à lui rendre visite. Toute autre personne, dont le père en priorité, était frappée d'une interdiction complète de visite et de contact, assouplie dans l'arrêt du 29 mai par la possibilité d'échanger des courriers à transmettre par le canal de l'avocat de l'enfant. La mesure était ordonnée pour les besoins de l'expertise, à achever fin juin 2015 au plus tard, sans préciser ce qui devait alors advenir de l'enfant. L'hypothèse envisagée était manifestement la remise à la mère, comme cela fut fait.

L'arrêt du 29 mai 2015 constatait qu'il n'était plus indiqué de maintenir l'enfant en milieu psychiatrique ; l'expertise devait être conduite dans une institution pour enfants (Kinderheim Brugg), qui pouvait fournir un accompagnement scolaire en interne. Il était expressément mentionné que l'enfant ne risque plus de danger actuel venant de lui-même ou de tiers (c. 3.1). On n'était donc manifestement pas dans une hypothèse du genre de celles de l'art. 449 CC (applicable aux enfants par le biais de l'art. 314 al. 1). L'arrêt évacue toute question juridique en ne mentionnant aucune disposition légale.²⁵

Aucune règle légale ou considération pratique ne justifiait un tel traitement draconien, combinant l'enfermement avec la rupture de tout contact avec la famille pater-

²⁵ On trouve tout au moins, dans l'arrêt du 29 mai 2015 (c. 2.3), la mention de l'art. 448 CC, exigeant la collaboration de toute personne disposant d'informations utiles. Cette mention rend encore plus inexplicable l'absence de toute mention de l'art. 449 CC.

nelle (le père, sa compagne, les grands-parents). Un tel isolement était manifestement sans rapport aucun avec le bien de l'enfant. Le cadre de vie de l'enfant a été fixé de manière à faciliter la réorientation de l'enfant sur sa mère. On voulait lui faire subir l'influence exclusive de la mère et de l'expert. On a prétexté devoir écarter tout contact avec le père en raison du risque qu'il aurait pu conforter sa fille dans son opposition au retour au Mexique ; ce n'était manifestement pas la vraie raison, car il aurait suffi de placer ses visites sous surveillance afin d'éviter que l'on parle de l'affaire.

Durant l'expertise, l'enfant a joué le jeu et s'est montrée accommodante, tant avec la mère qu'avec l'expert. Il a répondu que sa préférence irait à une situation assurant le contact avec ses deux parents. Dans cette perspective, elle aurait pu accepter un retour au Mexique s'il était assuré que la famille (avec ses deux parents) vienne habiter en Suisse dès l'été 2016. L'expert notait également qu'à défaut d'obtenir une telle solution, l'enfant s'opposerait, même avec véhémence, à son retour au Mexique. L'expert ajoutait cependant que l'enfant se sentait très contrariée, ne sachant pas comment s'en sortir, le séjour dans l'institution ayant pour avantage de donner satisfaction à ses deux parents. Lorsque l'expert s'apprêtait à clore son rapport, ce qui fut fait le 19 juin 2015, on lui a remis une lettre que l'enfant a écrite à son père le 17 juin, pour son anniversaire. Pour l'expert, cette lettre se situait clairement à l'opposé des observations qu'il entendait formuler à l'attention de l'Obergericht. On était donc au terme de la quatrième semaine d'expertise et de placement en vie séparée de la famille paternelle, ce qui avait laissé croire à l'expert que l'enfant savait faire la part des choses. Or voici l'enfant qui écrit à son père qu'il lui manquait tant et qu'elle chantait chaque soir un chant commun à la famille ; qu'elle pleurait souvent en raison de son absence et qu'elle l'aimait beaucoup, avec sa compagne ; qu'elle n'en pouvait plus et demande à ce que l'on l'en sorte, ajoutant : nous sommes une famille, nous ne renonçons jamais, puis terminant à l'adresse du père et de son amie : « Restez forts ! ». L'expert aurait évidemment – c'est son métier – dû analyser cette lettre et la cadrer dans l'ensemble de son analyse. Il s'est borné à constater l'incompatibilité du désir profond exprimé par l'enfant avec sa propre description de la situation, qu'il a maintenue et transmise au tribunal. L'expertise était tronquée mais elle a atteint son but : l'enfant a été amputée de sa vigilance et, après une ultime tentative de médiation qui a échoué, elle est repartie avec sa mère au Mexique.

L'expert n'avait pas exclu l'hypothèse que l'enfant, face au désaccord des parents, soit désespérée et refuse le départ ; il fallait tenir compte des conséquences en résultant, notamment en cas de retour au Mexique en rupture avec la position de son père. Le renvoi a été décidé par arrêt cantonal du 29 juin 2015, suivi d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral, rejeté le 10 juillet 2015 (5A_539/2015). Le danger signalé par l'expert fut noté mais jugé d'importance mineure. Ces deux arrêts ont répondu à une demande en reconsidération et en modification du père, fondée sur l'art. 13 LF-EEA. A la suite des développements résultant de la période d'expertise, il a été conclu que l'enfant avait une relation solide avec chacun de ses parents et qu'il ne

dépendait dès lors que d'eux de favoriser des contacts réguliers et de contribuer ainsi à l'amélioration de l'état psychique de l'enfant (cf. l'ATF cité, c. 2 et 3). Le Tribunal fédéral retranscrit le contenu de l'expertise tel qu'il avait déjà été résumé par l'Obergericht (c. 2.2). Or l'expertise a mentionné un certain nombre de faits qui n'avaient jamais été évoqués dans les arrêts rendus jusqu'alors. Ces faits n'ont pas été constatés judiciairement et les parties n'ont pas été entendues à leur égard. Ils n'ont pas été établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), mais par l'expert qui n'était pas un homme de loi. Fait important et significatif : alors que l'expert avouait que la lettre que l'enfant avait écrite à son père contrarie toutes ses observations, les Juges ne l'ont pas mentionnée. Or, de leur propre avis, l'interdiction de contact avec la famille paternelle devait permettre à l'enfant de se former une « volonté autonome ». Le Tribunal fédéral accepte que l'opposition de l'enfant à son renvoi n'ait pas été brisée malgré le traitement en institution pendant plusieurs semaines (c. 5). Il refuse pourtant de constater également que l'expert n'en ait pas tenu compte. Ses conclusions étaient biaisées, mais curieusement, il était le seul à l'avouer.

Finalement, le sort a frappé. Ajoutant une ultime touche, l'Obergericht a refusé à l'enfant ce que tous les spécialistes de la matière recommandent en pareille situation de rupture d'un parent : selon le dispositif de son arrêt, l'interdiction de tout contact avec la famille paternelle devait être maintenu jusqu'au départ de l'avion. Dans les considérants (c. 3.2), le personnel chargé de l'exécution fut autorisé à décider autrement compte tenu des circonstances. Le Tribunal fédéral approuve le principe, moyennant la possibilité d'y déroger (c. 3). Cela serait une solution conforme au bien de l'enfant. Aucune distinction n'est faite entre l'interdiction de contact pendant l'expertise et au moment des adieux, qui est pourtant crucial pour la psychologie de l'enfant (comme de tout être humain). Comme il faut faire le deuil, il faut pouvoir dire adieu.²⁶ La sensibilité humaine dont il faut faire preuve, les Juges n'en voulaient pas porter le fardeau. En fait, le personnel concerné a décidé comme il le fallait : l'enfant pouvait faire ses adieux au père et à sa famille, ainsi qu'à ses camarades d'école.

C'est alors le volet mexicain de l'affaire qui s'ouvre. Le procès sur l'autorité parentale et la garde est en cours. Une autre page du récit s'ouvrira lorsque l'enfant sera fixé sur son sort et, surtout, lorsqu'il aura retrouvé la liberté de parler.

²⁶ Cf. Vermot-Mangold, BO CN 2005 p. 782, lors des débats sur la LF-EEA. Allusion a été faite au cas des enfants W., renvoyés de force en Australie sans pouvoir dire adieu à leur mère.