

**Cour de cassation**

**chambre civile 1**

**Audience publique du 14 juin 2017**

**N° de pourvoi: 17-10980**

ECLI:FR:CCASS:2017:C100873

Non publié au bulletin

**Rejet**

**Mme Batut (président), président**

SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 15 décembre 2016), que J. X... est née le 13 avril 2013 à Alessandria (Italie), de M. X..., de nationalité italienne, et de Mme Y..., de nationalité française ; qu'après la séparation des parents, le tribunal d'Alessandria a, par décision du 10 décembre 2015, dit que J. serait confiée « conjointement aux deux parents et placée chez la mère », organisé le droit de visite du père et autorisé Mme Y... à effectuer avec J. un séjour en France, du 19 au 30 décembre 2015 ; que, Mme Y... ayant refusé de rentrer en Italie à l'issue de son séjour, M. X... a saisi l'autorité centrale italienne aux fins de retour immédiat de l'enfant ; que, le 7 septembre 2016, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Lille a saisi le juge aux affaires familiales à cette fin, sur le fondement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et du règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ;

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt d'ordonner le retour de J. en Italie, de lui accorder un délai d'un mois pour retourner avec l'enfant dans ce pays, et, passé ce délai, d'ordonner sa remise au père, alors, selon le moyen :

1°/ que le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite : a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde et b) que ce droit était exercé de façon effective ; qu'au sens de la convention de La Haye, le « droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ; qu'en ne vérifiant pas l'exercice effectif de son droit de garde par M. X..., la cour d'appel a statué par des motifs insuffisants au regard de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 ;

2°/ que commet un excès de pouvoir le juge qui méconnaît l'étendue de son pouvoir de juger ou qui empiète sur les pouvoirs d'une juridiction étrangère ; qu'à cet égard, la juridiction française saisie selon le mécanisme d'entraide internationale instituée par la convention du 25 octobre 1980 ne peut, le cas échéant, qu'ordonner le retour d'un enfant au lieu de résidence fixé par le juge compétent ; qu'en ordonnant le retour de J.■■■■ chez le père pour le cas où sa mère ne rentrerait pas avec elle, après avoir constaté que le juge italien avait fixé la résidence habituelle de J.■■■■ chez sa mère et limité les prérogatives du père à un droit de visite sans hébergement et sous surveillance, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles 1 et 12 de la convention susvisée ;

Mais attendu, d'abord, qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, d'une part, qu'aux termes de la décision du tribunal d'Alessandria du 10 décembre 2015, Mme Y... et M. X... exerçaient conjointement l'autorité parentale et devaient, notamment, décider ensemble du lieu de résidence de l'enfant, ce dont il résultait qu'ils étaient titulaires conjointement du droit de garde, d'autre part, qu'il n'était pas allégué que M. X... n'aurait pas exercé ses droits avant le départ de la mère avec l'enfant, la cour d'appel a caractérisé l'existence d'un droit de garde effectif du père, au sens de la Convention et du règlement précités ;

Attendu, ensuite, que c'est sans excéder ses pouvoirs que la cour d'appel a déterminé les modalités d'exécution de sa décision, en organisant le retour de l'enfant conformément aux objectifs des textes susvisés, après avoir exactement retenu que les conditions d'accueil de celle-ci par M. X... se trouvaient sous le contrôle des juridictions italiennes ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatorze juin deux mille dix-sept.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat aux Conseils, pour Mme Y...

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif d'avoir ordonné le retour de J. X... en Italie, accordé à la mère un délai d'un mois à compter de sa signification pour retourner avec l'enfant en Italie, l'enfant devant être remis au père passé ce délai ;

AUX MOTIFS QUE : « La signification des conclusions de l'appelante par acte du 18 novembre 2016 couvre l'irrégularité invoquée par le ministère public en raison de l'acte initial délivré au procureur de la République de Lille et ne laisse subsister aucun grief. De surcroît, aucun texte applicable à la procédure suivie ne permet de prononcer la caducité de la déclaration d'appel. Le moyen de caducité sera rejeté.

Le fondement de la demande du ministère public aux fins d'obtenir le retour de J. en Italie se trouve exclusivement dans l'article 7 de la Convention de la Haye du 26 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, qui, notamment, impose aux autorités centrales de prendre directement ou avec le concours de tout intermédiaire, les mesures appropriées, notamment :

f) pour introduire ou favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative afin d'obtenir le retour de l'enfant et, le cas échéant, de permettre l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite.

Contrairement à ce que soutient Mme Y..., en décidant que J. serait confiée "conjointement aux parents et serait placée principalement chez la mère", la décision italienne du 10 décembre 2015 n'a pas fait perdre au père les prérogatives sur l'enfant, conjointement exercées avec la mère, et la confirmation en est donnée par la décision suivante du 3 février 2016 qui accueille la demande du père présentée sur le fondement de l'article 11 du règlement (CE) n° 2201/2003, texte régissant l'action en retour d'enfant déplacé ou retenu illicitement dans un Etat membre autre que l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite.

Le premier juge, après avoir rappelé l'énoncée des dispositions de l'article 3 de la Convention de la Haye, a exactement retenu que la décision italienne du 10 décembre 2015, ne permettait pas à Mme Y... de décider seule d'un nouveau lieu de résidence pour J.

Il sera ajouté que le non-retour en Italie de J. au mépris de la décision italienne, constitue une rétention illicite, au sens de l'article 3 susvisé.

Selon l'article 19 du même texte, une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la Convention, n'affecte pas le fond du droit de garde.

Mme Y..., qui n'est pas empêchée de demander à la juridiction italienne de réviser la

situation de J■■■■ au regard de sa décision de fixer désormais sa résidence en France et en tout état de cause de sa prétendue impossibilité de réintégrer en Italie son ancien logement étant désormais fermé par des chaînes, ne justifie pas d'une atteinte à son droit à la sûreté et à la liberté de choisir son domicile protégés par la Convention européenne du 4 novembre 1950.

Quant aux justifications qu'elle apporte au moyen de très nombreuses attestations, dont l'une fournie par un ex-voisin, de son aptitude à prendre en charge J■■■■, elles ne peuvent primer sur les mesures prévues par la Convention qui poursuivent le but de respecter le meilleur équilibre des droits en présence.

Les décisions postérieures, prises par la juridiction italienne pour aménager les relations entre l'enfant et son père tant qu'il n'a pas été statué sur la demande de retour, sont des mesures palliatives, dont Mme Y... ne peut tirer la justification qu'elle respect les droits de l'autre parent.

Il est constaté qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du non-retour de l'enfant (30 décembre 2015) au moment de l'introduction de la demande (7 septembre 2016).

Aux termes de l'article 13 de la Convention de la Haye "l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

a) ...

b) "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".

D'après le dernier alinéa de l'article 13 de la convention, "dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale".

Selon le rapport final explicatif de la Convention de la Haye précité "En ce qui concerne l'article 13, le paragraphe introductif du premier alinéa met en relief que le fardeau de la preuve des circonstances énoncées aux sous-alinéas a et b est à la charge de celui qui s'oppose au retour de l'enfant".

Le risque de danger est apprécié au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui, en l'espèce, est âgée de 3 ans et demi, circonstance qui rend son audition inappropriée.

Mme Y... s'étant bornée, en toute connaissance de cause, à uniquement demander au juge italien l'autorisation de séjourner temporairement en France, est présumée avoir eu l'intention de rentrer en Italie.

Les éléments soumis à l'examen de la cour ne font pas apparaître que l'appelante a découvert a posteriori que M. X... avait des défauts.

De surcroît, il est constaté que la condamnation pénale du 24 janvier 2011 est ancienne et ne la concerne pas, qu'elle n'ignore rien de la nouvelle procédure pénale en cours faisant suite à sa plainte avec constitution de partie civile, qui a donné lieu à la mesure de

protection appliquée entre le 19 mai 2015 et le 19 novembre 2015 et conduit désormais au renvoi de M. X... en jugement, décidé le 28 avril 2016.

De telles circonstances sont impropres à justifier l'opposition au retour.

Il en va de même des informations apprises des conditions de vie en Italie, qui amènent Mme Y... à dresser de M. X... un portrait particulièrement négatif du fait d'une addiction à la drogue, de l'utilisation de mots inacceptables dans les messages échangés et d'une totale insensibilité aux mauvaises conditions d'habitabilité du logement italien, qui n'a pourtant pas motivé, de la part de la mère, une demande de prévention particulière ou de modification, en prévision du retour au lieu de la résidence habituelle.

L'allégation d'un danger physique encouru par J. [REDACTED] du fait de son retour en Italie ne repose pas sur un fondement sérieux.

Par ailleurs, Mme Y... ne présente pas d'élément d'ordre médical ou psychologique faisant craindre la mise en danger de J. [REDACTED] sur le plan psychique, qui serait provoquée par le retour de l'enfant en Italie et ne se déduit pas du seul âge de l'enfant dont il a été vérifié, à l'audience, qu'elle connaît son père.

Il sera à nouveau jugé par motifs ajoutés que la preuve qui incombe à la mère n'est pas rapportée par celle-ci.

A défaut de retour, la remise de l'enfant à son père est la seule solution pour faire cesser la situation illicite, les conditions matérielles sociales affectives chez M. X... se trouvant sous le contrôle de la juridiction italienne qui, dans l'attente d'une décision sur le fond, fait actuellement procéder à des investigations dont les premiers résultats n'ont pas interdit les rencontres entre J. [REDACTED] et son père.

La décision entreprise, qui a ordonné le retour de J. [REDACTED] en Italie sous un délai d'un mois et à défaut la remise à son père, sera confirmée.

La demande sur le fondement de l'article 26 n'est pas chiffrée et les productions ne permettent pas de déterminer les frais engagés par le ministère public en son nom ou au nom de M. X...

La demande sera à nouveau rejetée.

Mme Y..., qui succombe, sera condamnée aux dépens » ;

ALORS 1°) QUE : le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite : a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde et b) que ce droit était exercé de façon effective ; qu'au sens de la convention de La Haye, le « droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ; qu'en ne vérifiant pas l'exercice effectif de son droit de garde par M. X..., la cour a statué par des motifs insuffisants au regard de l'article 3 de la convention de la Haye du 25 octobre 1980 ;

ALORS 2°) QUE : commet un excès de pouvoir le juge qui méconnaît l'étendue de son pouvoir de juger ou qui empiète sur les pouvoirs d'une juridiction étrangère ; qu'à cet

égard, la juridiction française saisie selon le mécanisme d'entraide internationale instituée par la convention du 25 octobre 1980, ne peut, le cas échéant, qu'ordonner le retour d'un enfant au lieu de résidence fixé par le juge compétent ; qu'en ordonnant le retour de J. ■■■■ chez le père pour le cas où sa mère ne rentrerait pas avec elle, après avoir constaté que le juge italien avait fixé la résidence habituelle de J. ■■■■ chez sa mère, et limité les prérogatives du père à un droit de visite sans hébergement et sous surveillance, la cour a excédé ses pouvoirs et violé les articles 1 et 12 de la convention susvisée.

**Décision attaquée** : Cour d'appel de Douai , du 15 décembre 2016