



**LA LUTTE CONTRE
LES ENLÈVEMENTS
D'ENFANTS À TRAVERS
LES FRONTIÈRES : DIX
ANS DE JURISPRUDENCE
DE LA PREMIÈRE
CHAMBRE CIVILE
DE LA COUR DE
CASSATION (2012-2022),
Étude de la première
chambre civile ¹**

1. Étude rédigée par M. Hugues Fulchiron, conseiller en service extraordinaire à la première chambre civile de la Cour de cassation.

Résumé : La lutte contre les enlèvements d'enfants constitue un des grands enjeux de la coopération judiciaire internationale en matière familiale. Elle suppose la mise en œuvre d'instruments européens et internationaux très innovants, tels que la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et les règlements Bruxelles II *bis* et Bruxelles II *ter*, sous le regard vigilant de la CJUE mais aussi de la CEDH, soucieuses de préserver les droits des intéressés et, au premier chef, de garantir le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant victime de l'enlèvement. La Cour de cassation veille à la stricte application par les juges du fond, ainsi qu'à la bonne articulation, des règles nationales, européennes et internationales, dans la recherche permanente d'un juste équilibre entre efficacité des mécanismes européens et conventionnels (notamment le principe du retour immédiat de l'enfant dans le pays où il avait sa résidence habituelle avant son déplacement illicite), respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, protection des droits des parents, garantie d'un processus juridictionnel équitable, célérité des procédures et effectivité des décisions.

INTRODUCTION

Pour lutter contre les déplacements illicites d'enfants à travers les frontières, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et les règlements dits Bruxelles II *bis*² et Bruxelles II *ter*³ ont mis en place des mécanismes de coopération particulièrement innovants. L'ensemble du système repose sur le principe du retour immédiat de l'enfant dans le pays où il avait sa résidence habituelle avant le déplacement. L'examen de dix ans de jurisprudence (2012-2022) de la Cour de cassation traduit la volonté d'assurer l'efficacité des mécanismes européens et internationaux tout en garantissant, sous le regard vigilant de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), le respect des droits de toutes les personnes intéressées et, avant tout chose, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Parmi les droits de l'enfant que proclame la Convention relative aux droits de l'enfant, dite aussi Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), il en est un qui, dans un monde où personnes et familles circulent de plus en plus, revêt une importance particulière : le droit de l'enfant de conserver des relations avec ses deux parents⁴. En cas de conflit familial, la tentation est grande en effet pour un des parents de mettre une frontière entre l'enfant et l'autre parent en essayant de jouer sur la diversité des juges et des lois et en misant, au besoin, sur les phénomènes de « nationalisme » des autorités et des opinions publiques locales⁵.

Consciente du problème et de ses enjeux, la CIDE affirme à son article 11 l'obligation pour les États de lutter contre les enlèvements d'enfants.

Si la question engendre des drames humains auxquels ne peuvent être apportées que des réponses juridiques partielles et toujours insuffisantes, le droit peut au moins offrir aux parents les instruments susceptibles de faire respecter leurs prérogatives, et, surtout, d'assurer la protection de l'enfant et de ses droits.

Parmi les nombreux instruments internationaux destinés à lutter contre ce fléau, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants s'impose aujourd'hui comme le texte de référence⁶. Elle repose sur deux postulats. D'une part, l'enfant est considéré comme la première victime de l'enlèvement : il faut le protéger en dissuadant le parent ravisseur potentiel de passer à l'acte. Pour cela, la Convention pose un principe simple : le retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence habituelle afin de « désactiver » le phénomène de frontière

2. Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

3. Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte).

4. Article 9 de la CIDE.

5. H. Fulchiron (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, 2004.

6. Sur ce texte, cf. le site de la Conférence de La Haye de droit international privé, les nombreux travaux qui y figurent et la base de jurisprudence INCADAT.

derrière lequel s'abrite le parent ravisseur. D'autre part, il est nécessaire, dans l'intérêt de l'enfant, de maintenir les liens entre celui-ci et chacun de ses parents.

La règle est donc celle du retour immédiat (article 1^{er}) : les autorités de l'État « refuge » saisies par le parent dont les droits ont été violés doivent ordonner le retour de l'enfant, sans se prononcer sur le fond de l'affaire, *i. e.* sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale, notamment sur le droit de garde. Seules sont compétentes pour statuer sur ces questions les autorités de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant le déplacement illicite. De plus, selon l'article 11, alinéa 1, les autorités administratives et judiciaires de l'État requis « doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant ». Prêtant la main à la Convention, la CEDH, s'appuyant sur le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait peser sur les États parties une « obligation positive » de prendre « les mesures nécessaires au retour de l'enfant » et de les prendre « le plus rapidement possible »⁷.

Il ne peut être fait exception au retour que dans les hypothèses visées par la Convention de La Haye aux articles 12, 13 et 20 (*cf. infra*). Pour renforcer l'effectivité de la procédure tendant au retour de l'enfant, la Convention a notamment prévu la mise en place d'autorités centrales chargées de satisfaire aux obligations qui s'imposent aux États parties, des délais pour prendre les mesures de retour (tant il est vrai que le temps est une arme redoutable entre les mains du parent qui a enlevé l'enfant), la spécialisation des juridictions⁸ et, surtout, des mécanismes de coopération entre autorités centrales et entre autorités judiciaires.

La Convention a connu un grand succès, par le nombre de ratifications dont elle a fait l'objet, mais aussi par ses résultats : soutenue par une politique très active de la Conférence de La Haye (rédaction de Guides de bonnes pratiques, sessions de suivi, formations et séminaires de magistrats, création d'un site rassemblant la jurisprudence rendue sur la Convention par les juridictions du monde entier, etc.⁹), elle constitue l'instrument de référence dans la lutte contre les enlèvements.

L'Union européenne a également fait de la lutte contre les enlèvements une de ses priorités. Par souci d'efficacité, elle a choisi de s'appuyer sur les mécanismes conventionnels plutôt que de créer son propre instrument. L'idée, portée par le règlement Bruxelles II *bis* et développée encore par le règlement Bruxelles II *ter*, est de pousser plus loin la logique conventionnelle dans les rapports entre États membres.

7. Pour une présentation en français de la Convention, *cf.* E. Gallant, *JCl. Droit international*, fasc. 549-30 « Enlèvement international d'enfants : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », LexisNexis, 19 juillet 2019. Pour une bibliographie complète, *cf.* le site de la Conférence de La Haye de droit international privé.

8. En France le traitement des enlèvements d'enfants est réservé à certains tribunaux judiciaires répartis sur le territoire.

9. *Cf.* le site de la Conférence de La Haye de droit international privé, notamment les Guides de bonnes pratiques et les Manuels, les comptes rendus des commissions spéciales et des groupes de travail, les communications judiciaires, la « boîte à outils », les bases de données statistiques, la « Lettre des juges », la précieuse base de données jurisprudentielles INCADAT et la création d'un réseau judiciaire spécialisé.

Le règlement Bruxelles II *bis* a ainsi précisé certaines notions, notamment la notion de garde conjointe. Il a assuré l'audition de l'enfant qui, dans certains pays membres, revêt une importance considérable en raison de la lecture qu'ils font de leurs engagements internationaux ou, comme en Allemagne, de leurs exigences constitutionnelles. Il a accéléré le processus décisionnel en fixant des délais stricts. Il a limité encore le recours aux exceptions prévues par l'article 13 : ainsi, selon l'article 11, § 4, du règlement, une juridiction ne peut refuser le retour de l'enfant, en raison du danger que courrait celui-ci¹⁰, « s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour ». Surtout, le règlement est allé au-delà de la Convention en donnant le dernier mot aux autorités de la résidence habituelle : selon l'article 11, § 8, « nonobstant une décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire » de plein droit, « en vue d'assurer le retour de l'enfant ».

La lutte contre les enlèvements d'enfants constitue un des principaux objectifs du règlement Bruxelles II *ter*¹¹, entré en application le 1^{er} août 2022¹². Il lui consacre un chapitre entier¹³. En particulier, le nouveau règlement précise les délais à respecter pour rendre une décision de retour exécutoire¹⁴. Il concentre les juridictions compétentes pour statuer sur le fondement de la Convention¹⁵. Il limite les voies de recours et invite le juge à examiner si la décision ordonnant le retour doit être exécutoire par provision quand bien même son droit interne ne prévoirait pas une telle possibilité. Il oblige l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement ou son non-retour illicites à procéder à un examen minutieux de l'intérêt supérieur de l'enfant avant qu'une décision de garde définitive, impliquant éventuellement le retour de l'enfant, ne soit rendue¹⁶. S'il existe un risque que l'enfant soit exposé à un grave danger ou se retrouve dans une situation intolérable en cas de renvoi dans le pays de résidence habituelle, il prévoit la possibilité pour les juridictions de l'État membre de refuge d'ordonner des mesures de protection d'urgence pouvant également, le cas

10. Cf. article 13, b, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.

11. Sur ce texte, cf. not. S. Corneloup et T. Kruger, « Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du ter(rain) », *Rev. crit. DIP* 2020, p. 215.

12. Le règlement s'applique « aux actions judiciaires intentées, aux actes authentiques dressés ou enregistrés et aux accords enregistrés le ou après le 1^{er} août 2022 » (article 100). Pour les décisions rendues, même après le 1^{er} août 2022 à la suite d'actions judiciaires intentées avant le 1^{er} août 2022, l'ancien règlement Bruxelles II *bis* continue à s'appliquer.

13. Chapitre III, articles 22 et s.

14. Six semaines pour statuer en première instance, sauf circonstances exceptionnelles, six semaines pour les juridictions supérieures (article 24, §§ 2 et 3).

15. Le règlement favorise la communication directe entre autorités centrales ou entre juges compétents pour apprécier les « dispositions adéquates » mises en place dans l'État membre vers lequel le retour de l'enfant doit être ordonné (article 27, § 4).

16. Ce qui implique l'obligation d'entendre l'enfant, en recourant au besoin à des techniques telles que la vidéoconférence.

échéant, « voyager avec l'enfant » dans l'État de sa résidence habituelle lorsqu'une décision définitive sur le fond doit être prise (article 27, § 5¹⁷).

La volonté de lutter contre les enlèvements d'enfants est relayée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui, à plusieurs reprises, s'est prononcée en faveur d'une application « proactive », si l'on ose dire, des mécanismes réglementaires¹⁸.

Après quelques hésitations dans les premières années d'application de la Convention, les juridictions françaises se sont prononcées en faveur d'une interprétation stricte du texte sous le contrôle vigilant de la Cour de cassation¹⁹. La plupart des juridictions étrangères ont fait le même choix, comme en témoigne la base de données jurisprudentielles disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé²⁰. En Europe, une telle position ne pouvait qu'être confortée par celle de la CJUE.

Reste que la volonté de donner aux mécanismes conventionnels et réglementaires leur pleine efficacité doit se combiner avec le souci de respecter les droits des personnes intéressées dans chaque cas particulier et, au premier chef, les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié *in concreto*. La CEDH y veille, qui s'assure, notamment, que chacun a bénéficié des garanties d'un procès équitable et que les décisions prises l'ont été en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné²¹. En résulte une certaine tension dans l'application de la Convention, les juges nationaux devant, en la matière, faire usage d'une attention et d'une célérité particulières. À eux de trouver le juste équilibre.

L'examen de dix ans de jurisprudence (2012-2022) de la Cour de cassation traduit cette volonté d'assurer l'efficacité des mécanismes européens et internationaux (I) dans le respect des droits des intéressés et de l'intérêt supérieur de l'enfant (II).

17. Ces mesures seront reconnues de plein droit dans cet État et cesseront de s'appliquer dès que ses juridictions auront pris les dispositions nécessaires (par exemple sur le droit de visite du parent auteur de l'enlèvement).

18. Cf. D. Porcheron, « La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ? », *JDI* juillet 2015, doctr. 8, p. 821 et s.

19. Cf. E. Gallant, *JCl. Droit international*, fasc. 549-30 « Enlèvement international d'enfants : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », précité.

20. Base de données INCADAT.

21. Cf. F. Marchadier, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 677.

I. ASSURER L'EFFICACITÉ DES INSTRUMENTS DE COOPÉRATION

Pour assurer l'efficacité des mécanismes de coopération, la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond respectent l'articulation entre les procédures au fond et la procédure de retour (A) et s'astreint à une interprétation stricte des termes de la Convention et du règlement (B).

A. Le respect de l'articulation entre procédures au fond et procédure de retour

À la base de tout le système, la Convention pose le principe selon lequel seul le juge de l'État où le mineur avait sa résidence habituelle avant le déplacement est compétent pour statuer au fond, *i. e.* sur la responsabilité parentale. Selon l'article 16 de la Convention : « Après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'article 3, les autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite. » La règle est également posée par l'article 9 du règlement Bruxelles II *ter* et par l'article 7 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Or, pour essayer de déjouer le mécanisme de retour immédiat, il arrive souvent que l'auteur du déplacement tente d'obtenir du juge du pays dans lequel il a installé sa nouvelle résidence une décision lui confiant l'enfant. La Cour de cassation censure les juges du fond qui auraient statué en méconnaissance des textes²². Lorsque les deux procédures (en retour et sur le fond) sont engagées parallèlement, le juge qui est saisi sur le fond doit donc surseoir à statuer en attendant l'issue de la procédure sur le déplacement illicite : selon la Cour, la cassation de l'arrêt refusant d'ordonner le retour immédiat conduit à l'annulation de la décision prise sur le fond qui se rattache à la première décision « par un lien de dépendance nécessaire »²³.

Il est également fréquent que le parent à qui l'enfant a été enlevé engage une procédure de retour immédiat devant le juge de l'État refuge et, parallèlement, introduise une action au fond dans l'État de sa résidence habituelle afin que la garde lui soit confiée exclusivement. Aux termes de l'article 17 de la Convention de La Haye de 1980 : « Le seul fait qu'une décision relative à la garde ait été rendue ou soit susceptible d'être reconnue dans l'État requis ne peut justifier le refus de renvoyer l'enfant dans le cadre de cette Convention, mais les autorités judiciaires ou administratives de l'État requis peuvent prendre en considération les motifs de cette décision qui rentreraient dans le

22. 1^{re} Civ., 25 janvier 2005, pourvoi n° 02-17.411, *Bull.* 2005, I, n° 36, ou, dans le cadre du règlement Bruxelles II *bis*, 1^{re} Civ., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-24.780, *Bull.* 2014, I, n° 32.

23. 1^{re} Civ., 13 janvier 2016, pourvoi n° 15-13.812.

cadre de l'application de la Convention. » Il en va de même, *a fortiori*, lorsque la décision du juge du pays d'origine est une décision provisoire qui confie l'enfant au parent qui l'a enlevé pour la durée de la procédure²⁴.

À l'inverse, le juge qui statue sur la demande de retour n'est pas tenu par les motifs de la décision étrangère rendue sur le fond qui aurait attribué la garde au parent demandeur au retour²⁵. Mais, comme l'indique l'article 17 précité, il peut la « prendre en considération ».

Enfin, le principe de séparation des procédures sur le fond et sur le retour immédiat trouve son prolongement dans l'incompétence du juge qui ordonne le retour de l'enfant dans son pays d'origine pour statuer sur les conditions d'accueil de l'enfant chez le parent auprès duquel il est retourné. Il appartient aux autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant de statuer sur cette question, ce qui n'empêche nullement le juge qui ordonne le retour d'organiser les modalités de celui-ci. C'est ainsi que la Cour a jugé que : « sous le couvert d'un grief non fondé d'excès de pouvoir et d'une violation de l'article 12 de la Convention précitée, le moyen tend à remettre en cause, devant la Cour de cassation, les appréciations par lesquelles la cour d'appel a souverainement déterminé les modalités d'exécution de sa décision, en organisant le retour de l'enfant conformément aux objectifs du texte précité »²⁶ ; « 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 »²⁷.

B. L'interprétation stricte des termes de la Convention et du règlement

Le respect de la lettre des textes se traduit notamment par une stricte acception de deux notions clés de la Convention : les notions de déplacement illicite (A) et de résidence habituelle (B), deux notions qui ont suscité un contentieux relativement important.

1. La notion de déplacement illicite

En vertu de l'article 3 de la Convention²⁸, « 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, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État

24. 1^{re} Civ., 8 juillet 2021, pourvoi n° 21-13.556, publié au *Bulletin* : le juge allemand, juge de la résidence habituelle, avait provisoirement transféré le droit de la résidence habituelle à la mère qui avait déplacé l'enfant en France ; *adde* 1^{re} Civ., 20 avril 2022, pourvois n° 21-23.055 et n° 21-23.056 dans une affaire franco-polonaise.

25. 1^{re} Civ., 27 juin 2019, pourvoi n° 19-14.464, publié au *Bulletin*.

26. 1^{re} Civ., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-13.984.

27. 1^{re} Civ., 14 juin 2017, pourvoi n° 17-10.980.

28. Cf. article 2, § 11, du règlement Bruxelles II *ter*.

dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et

b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État. »

Le juge doit constater que celui qui se plaint de l'enlèvement dispose bien d'un droit de garde²⁹ au sens de la Convention. Selon l'article 5 : « a) 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 ».

La conception que se fait la Convention du « droit de garde » est donc très particulière. Elle est entièrement autonome, par rapport au droit de garde tel qu'il existe dans les différents droits nationaux, ce qui ne peut être que source d'ambiguïtés. En France, par exemple, le droit de garde a disparu des textes du code civil depuis 1987, mais il reste présent dans les esprits, avec une confusion persistante entre droit de garde et exercice de l'autorité parentale. Pour savoir si celui qui se plaint d'un enlèvement disposait bien d'un droit de garde au sens de la Convention, il convient donc d'analyser le droit étranger et/ou la décision étrangère pour savoir quels étaient les droits et obligations dont était investi l'intéressé et de les analyser par rapport à l'article 5, a, en faisant abstraction des qualifications nationales.

Ainsi, dans un arrêt du 24 juin 2015³⁰, la Cour de cassation censure-t-elle une cour d'appel qui avait refusé de dire qu'il y avait déplacement illicite alors que le juge mexicain avait fixé seulement à titre provisoire la résidence habituelle de l'enfant chez sa mère et que le père restait investi des autres composantes de la *patria potestad* du droit mexicain, la décision étant de plus assortie d'une interdiction de sortie du territoire : le père était donc bien titulaire d'un « droit de garde » au sens de la Convention.

De même, dans une affaire où, une décision russe ayant fixé la résidence de l'enfant chez sa mère et ayant reconnu un droit de communication au père, celui-ci demandait le retour de l'enfant emmené en France par sa mère, la Cour de cassation approuve-t-elle les juges du fond, qui avaient relevé que l'ensemble des procédures engagées devant les juridictions russes montraient « que la mère et le père disposaient de droits et d'obligations égaux à l'égard de l'enfant, notamment le droit de réclamer la fixation de son lieu de résidence, ce qui constitu[e] une composante du droit de garde au

29. 1^{re} Civ., 29 février 2012, pourvoi n° 11-15.613.

30. 1^{re} Civ., 24 juin 2015, pourvoi n° 14-14.909, *Bull.* 2015, I, n° 154.

sens de la Convention de La Haye »³¹. Il peut également y avoir droit de garde au sens de la Convention même si la résidence habituelle de l'enfant n'a pas été fixée chez le parent qui se plaint de l'enlèvement : tout dépend des prérogatives que la loi ou le juge reconnaissent à celui-ci³².

Pour que le changement de résidence soit constitutif d'un déplacement illicite, encore faut-il qu'il n'ait pas fait l'objet d'un accord entre les parents. Au juge du fond d'apprécier l'existence d'un tel accord³³. Il convient enfin de rappeler que la Convention ne s'applique pas si l'enfant a atteint l'âge de 16 ans³⁴.

Le caractère illicite du déplacement s'apprécie à la date de celui-ci. Dans un arrêt du 8 juillet 2021³⁵, tout en rejetant le pourvoi, la Cour de cassation rappelle qu'en application de l'article 17 de la Convention, « le seul fait qu'une décision relative à la garde ait été rendue ou soit susceptible d'être reconnue dans l'État requis ne peut justifier le refus de renvoyer l'enfant », mais que les autorités judiciaires ou administratives de l'État en question « peuvent prendre en considération les motifs de cette décision qui rentreraient dans le cadre de l'application de la Convention ».

31. 1^{re} Civ., 2 décembre 2015, pourvoi n° 14-25.015. Cf. 1^{re} Civ., 23 septembre 2015, pourvoi n° 15-15.869, pour une famille installée en Colombie dont la loi prévoit que le droit de garde est « exercé conjointement par les deux parents » ; 1^{re} Civ., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-17.011 : la famille était installée au Chili, la mère revient en France avec les enfants, le juge chilien ayant accordé à la mère une autorisation de sortie du territoire pour quinze jours, la cour d'appel, constatant « qu'aucune décision de justice n'était intervenue s'agissant du droit de garde », celle-ci incombait à la mère et que le droit pour le père de s'opposer à la sortie du territoire ne lui conférait pas un droit de garde, la décision est cassée : la loi chilienne soumettant la sortie du territoire à l'autorisation du père et le juge ne l'ayant accordée que pour une durée limitée, il y avait violation d'un droit de garde au sens de la Convention ; 1^{re} Civ., 14 juin 2017, pourvoi n° 17-10.980 : un tribunal italien avait confié aux parents l'exercice conjoint de l'autorité parentale, les parents devant « décider ensemble du lieu de résidence de l'enfant » : ils étaient donc tous deux titulaires du droit de garde au sens de la Convention ; 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 17-11.031, *Bull.* 2017, I, n° 100 : la Cour de cassation approuve les juges du fond qui avaient relevé que si la garde de l'enfant avait été confiée à la mère par le juge israélien, le père bénéficiait « d'un large droit de visite et d'hébergement, qu'il exerçait avant le départ précipité de sa fille pour la France », et qu'il disposait en vertu de la loi israélienne « du droit de consentir à tout changement de la résidence de l'enfant et à toute décision prise dans son intérêt » : il disposait donc d'un droit de garde au sens de la Convention ; 1^{re} Civ., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-31.427 : la cour d'appel a constaté qu'en vertu de la loi serbe sur la famille du 24 février 2005, « lorsqu'un parent vit seul avec l'enfant sans que le tribunal se soit prononcé sur l'attribution des droits parentaux, l'exercice de ces droits [...] incombe exclusivement [à celui-ci] » : il n'y a donc pas violation d'un droit de garde.

32. 1^{re} Civ., 13 décembre 2017, pourvoi n° 17-19.727.

33. 1^{re} Civ., 23 mars 2017, pourvoi n° 16-28.730.

34. 1^{re} Civ., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-17.553.

35. 1^{re} Civ., 8 juillet 2021, pourvoi n° 21-13.556, publié au *Bulletin*.

2. La détermination de la résidence habituelle

Il s'agit là d'une question essentielle car elle permet de dire s'il y a eu ou non déplacement illicite³⁶. Comme le souligne la professeure Estelle Gallant³⁷, « le déplacement illicite est caractérisé par la réunion de deux éléments : un élément géographique (c'est le déplacement en lui-même) et un élément juridique (c'est le fait que le déplacement ait été réalisé en violation du droit de garde). La résidence habituelle de l'enfant revêt une utilité pour qualifier le déplacement illicite dans ces deux composantes ».

Pas plus que les autres conventions de La Haye, la Convention de 1980 ne donne de définition de la notion de résidence habituelle : il s'agit, traditionnellement, de préserver la souplesse de cette notion, afin qu'elle puisse être adaptée aux besoins propres à tel ou tel instrument, compte tenu de l'objet et des finalités de celui-ci. Dans son rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980³⁸, Mme Élisabeth Pérez-Vera souligne que le déplacement illicite est celui qui tend à soustraire l'enfant de « son milieu habituel », de son « environnement familial et social dans lequel sa vie se déroulait » jusqu'alors. La CEDH est sur la même ligne qui, dans son arrêt *Rouiller c. Suisse*, estime que la Convention est applicable à l'hypothèse d'un déplacement d'un côté à l'autre de la frontière franco-suisse, ce déplacement, aussi limité soit-il dans sa distance (7 km seulement), devant être considéré comme illicite dans la mesure où il « était susceptible d'avoir des conséquences non négligeables pour l'avenir des enfants, notamment leur scolarisation dans le système suisse et leur développement personnel dans un environnement culturel et social différent de celui qui était le leur en France »³⁹.

La notion de résidence habituelle a fait l'objet d'une importante jurisprudence de la CJUE. Pour assurer la coordination entre Convention et règlement Bruxelles II *bis* (désormais Bruxelles II *ter*), celui-ci se « cale » sur la Convention, en reprenant ses dispositions sur la notion de déplacement illicite. Selon l'article 2, § 11, du règlement Bruxelles II *bis* (article 2, § 11, du règlement Bruxelles II *ter*), le déplacement est illicite lorsque :

« a) il a eu lieu en violation d'un droit de garde résultant d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur en vertu du droit de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour

et

b) sous réserve que le droit de garde était exercé effectivement, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus. La garde est considérée comme étant exercée conjointement

36. Cf. P. McEleavy, « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de *common law* », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, années 2008-2010, Pedone, 2011, p. 127.

37. E. Gallant, *JCl. Droit international*, fasc. 549-30 « Enlèvement international d'enfants : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », précité, n° 42 et réf. cit.

38. E. Pérez-Vera, « Rapport explicatif », in *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. 3 Enlèvement d'enfants, Conférence de La Haye de droit international privé, 1982, p. 426 et s., n° 12.

39. CEDH, arrêt du 22 juillet 2014, *Rouiller c. Suisse*, n° 3592/08, § 61.

lorsque l'un des titulaires de la responsabilité parentale ne peut, conformément à une décision ou par attribution de plein droit, décider du lieu de résidence de l'enfant sans le consentement d'un autre titulaire de la responsabilité parentale. »

La notion de résidence habituelle est donc au cœur du dispositif. Elle est d'autant plus importante qu'elle commande la compétence des juridictions. Conformément, là encore, à la tradition, le règlement n'en donne pas de définition. Il s'agit d'une notion autonome qui doit être définie dans le cadre du règlement considéré.

La CJUE a rendu plusieurs décisions par lesquelles elle définit la notion de résidence habituelle au sens du règlement⁴⁰. Elle adopte pour cela une démarche factuelle reposant sur la technique du faisceau d'indices. Dans son arrêt du 2 avril 2009, elle définit la résidence habituelle comme le « lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État ».

La Cour de cassation adopte la même démarche casuistique et la même technique : celle du faisceau d'indices. Mais elle fait plus que reprendre la méthode. Elle reprend dans le corps de ses décisions les éléments de définition donnés par la CJUE, en se référant aux arrêts de la Cour de justice. Elle met en application la Convention à la lumière du règlement tel qu'interprété par la CJUE : elle évite ainsi tout hiatus entre Convention et règlement, ce qui est d'autant plus important que dans l'espace européen les décisions de retour prise par l'État de résidence habituelle ont vocation à circuler sans contrôle préalable⁴¹.

Ainsi, dans un arrêt du 4 mars 2015⁴², la Cour affirme-t-elle que :

« Vu les articles 3 et 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ensemble les articles 2, 11) et 11, § 1, du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ;

Attendu qu'au sens de ces textes est illicite tout déplacement d'un enfant fait en violation d'un droit de garde exercé effectivement et attribué à une personne par le droit ou le juge de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son

40. CJCE, arrêt du 2 avril 2009, *A*, C-523/07 ; CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU ; CJUE, arrêt du 9 octobre 2014, *C*, C-376/14 PPU ; CJUE, arrêt du 8 juin 2017, *OL*, C-111/17 PPU ; CJUE, arrêt du 28 juin 2018, *HR*, C-512/17 ; CJUE, arrêt du 17 octobre 2018, *UD*, C-393/18 PPU.

41. Cf. article 42 du règlement Bruxelles II *bis* : « 1. Le retour de l'enfant visé à l'article 40, paragraphe 1, point b), résultant d'une décision exécutoire rendue dans un État membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'État membre d'origine conformément au paragraphe 2. »

42. 1^{re} Civ., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-19.015, *Bull.* 2015, I, n° 49.

déplacement ; qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 2 avril 2009, A, C-523/07, arrêt du 22 décembre 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, arrêt du 9 octobre 2014, C, C-376/14 PPU) que la résidence habituelle de l'enfant doit être établie en considération de facteurs susceptibles de faire apparaître que la présence physique de l'enfant dans un État membre n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant correspond au lieu qui traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial et qu'à cette fin doivent être notamment pris en compte non seulement la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant dans ledit État mais aussi l'intention des parents ou de l'un des deux de s'établir avec l'enfant dans un autre État membre, exprimée par certaines mesures tangibles telles que l'acquisition ou la location d'un logement dans cet État ».

En l'espèce les juges du fond, pour écarter la demande de retour de l'enfant, avaient retenu que l'essai de vie commune entre la mère qui résidait jusque-là en France, et le père, qui travaillait en Belgique où la famille l'avait rejoint, avait duré seulement cinq mois et n'avait donc pas eu pour conséquence de transférer la résidence habituelle en Belgique. Leur décision est cassée : « en statuant ainsi, alors que la résidence de l'enfant doit être déterminée à la lumière de l'ensemble des circonstances de fait particulières dont la commune intention des parents de transférer cette résidence ainsi que les décisions prises en vue de l'intégration de l'enfant, la cour d'appel, qui s'est prononcée en considération de la seule durée du séjour de la mère et de sa fille, n'a pas donné de base légale à sa décision »⁴³.

De même, selon la Cour, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui juge que ni la nationalité française de l'enfant, ni son inscription en école maternelle après son déplacement, ni sa vaccination en France ne déterminent le lieu de la résidence habituelle : la famille a vécu quelque temps en France mais les données de l'espèce prouvent que dans l'esprit de la mère ce séjour n'était que temporaire ; seule détentrice de l'exercice de l'autorité parentale en application de la loi serbe, elle pouvait, seule, décider de la résidence habituelle de l'enfant⁴⁴.

Deux questions particulières ont donné lieu à des précisions de la part de la Cour de cassation.

Quid, d'une part, en cas de double enlèvement ? Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 5 novembre 2020⁴⁵, l'enfant naît en France dans un couple franco-polonais. Le père consent à un séjour ponctuel de l'enfant et de sa mère en Pologne. La mère y retient l'enfant. Le père saisit l'autorité centrale polonaise, puis part en Pologne et ramène l'enfant en France sans l'accord de la mère. La mère vient voir sa

43. Dans le même sens et avec les mêmes références à la jurisprudence de la CJUE, 1^{re} Civ., 13 décembre 2017, pourvoi n° 17-23.673 ; 1^{re} Civ., 17 mai 2017, pourvoi n° 16-20.141 ; 1^{re} Civ., 28 février 2018, pourvoi n° 17-17.624 ; 1^{re} Civ., 6 décembre 2018, pourvoi n° 18-21.141 ; 1^{re} Civ., 7 novembre 2019, pourvoi n° 19-18.514.

44. 1^{re} Civ., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-31.427.

45. 1^{re} Civ., 5 novembre 2020, pourvoi n° 19-24.870.

filles et l’emmène en Pologne, sans le consentement du père. Mais avant cela, elle avait demandé le retour de l’enfant en Pologne, lieu de sa nouvelle résidence, sur le fondement de la Convention de La Haye. La Cour de cassation confirme la décision des juges du fond pour qui il n’y avait pas eu de déplacement illicite, faute de résidence habituelle en Pologne.

Quid, d’autre part, dans le cas d’un tout jeune enfant, voire d’un enfant *in utero* ? Dans l’arrêt du 26 octobre 2011⁴⁶, la Cour de cassation avait admis qu’il y avait déplacement illicite dans une hypothèse où la mère enceinte qui, vivant aux États-Unis, était partie au chevet de son père, en France, où elle avait finalement décidé de rester⁴⁷. Cette lecture était, à bien des égards, fidèle à l’esprit du texte : certes, l’enfant n’a jamais vécu dans le pays de sa « résidence habituelle », mais c’est bien là qu’il aurait dû vivre, conformément à la volonté de ses parents, avant que la mère ne décide unilatéralement de s’installer dans un autre pays. Mais dans un arrêt du 8 juin 2017⁴⁸, la CJUE a estimé que dès lors qu’un enfant n’avait pas vécu dans le pays où vivaient ses parents avant sa naissance, il ne pouvait y avoir déplacement illicite⁴⁹ : « L’article 11, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, doit être interprété en ce sens que, dans une situation, telle que celle au principal, dans laquelle un enfant est né et a séjourné de manière ininterrompue avec sa mère pendant plusieurs mois, conformément à la volonté commune de ses parents, dans un État membre autre que celui où ces derniers avaient leur résidence habituelle avant sa naissance, l’intention initiale des parents quant au retour de la mère, accompagnée de l’enfant, dans ce dernier État membre ne saurait permettre de considérer que cet enfant y a sa “résidence habituelle”, au sens de ce règlement. En conséquence, dans une telle situation, le refus de la mère de retourner dans ce même État membre accompagnée de l’enfant ne saurait être considéré comme un “déplacement ou non-retour illicites” de l’enfant, au sens dudit article 11, paragraphe 1. »

Dans un arrêt du 12 juin 2020⁵⁰, la première chambre civile, renvoyant expressément à l’arrêt de la CJUE du 8 juin 2017 dont elle cite de larges extraits, s’est rangée à cette interprétation⁵¹.

46. 1^{re} Civ., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-19.905, *Bull.* 2011, I, n° 178.

47. Rapp. pour un nourrisson : 1^{re} Civ., 7 décembre 2016, pourvoi n° 16-20.858, *Bull.* 2016, I, n° 238.

48. CJUE, arrêt du 8 juin 2017, *OL*, C-111/17 PPU.

49. Rapp. CJUE, arrêt du 17 octobre 2018, *UD*, C-393/18 PPU.

50. 1^{re} Civ., 12 juin 2020, pourvoi n° 19-24.108, publié au *Bulletin*.

51. En l’espèce, l’enfant était né en Grèce où vivaient ses parents. Alors que l’enfant n’avait que six semaines, la mère, accompagnée de son mari, vient en France afin de se reposer auprès de ses parents. Elle décide d’y rester, malgré le désaccord de son mari. Les juges du fond avaient suivi un raisonnement comparable à celui de la Cour de cassation en 2011. Leur décision a été cassée.

II. GARANTIR LE RESPECT DES DROITS DES PERSONNES

L'originalité et l'efficacité de la Convention de La Haye repose sur le principe du retour immédiat de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle et sur les mécanismes mis en place pour en assurer l'effectivité. Le respect de ce principe constitue la pierre d'angle de la Convention, mais aussi des règlements Bruxelles II *bis* et Bruxelles II *ter*. Il revient aux juges nationaux de maintenir le cap, malgré les incompréhensions, les tentations « nationalistes » ou les doutes qui peuvent naître dans tel ou tel cas particulier. De ce point de vue, on peut dire qu'après quelques difficultés dans les premières années d'application de la Convention, les juges français ont intégré la logique du retour immédiat. Mais, comme l'a rappelé la CEDH, cette logique doit être mise en œuvre dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto* : la tension entre les exigences de la Convention et du règlement, et celles de la CEDH, suppose donc, de la part des juges nationaux, une attention particulière à l'intérêt de chaque enfant concerné (A). Plus généralement, la Cour veille à ce que les décisions soient prises dans le cadre d'un processus décisionnel respectueux des droits des parties (B).

A. Une stricte application des exceptions au retour immédiat, dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant

Tout à leur volonté d'assurer le retour immédiat de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle, les rédacteurs de la Convention de 1980 n'ont prévu que de rares exceptions au principe : elles constituent une « soupape de sécurité » et n'ont vocation à jouer que dans des circonstances exceptionnelles. Elles sont prévues aux articles 13 et 20 de la Convention. Le retour peut être refusé lorsque le titulaire du droit de garde avait consenti au déplacement (article 13, a), lorsqu'il « existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique » (article 13, b), lorsque l'enfant « s'oppose à son retour » et qu'il est approprié, compte tenu de son âge et de sa maturité, « de tenir compte de cette opinion » (article 13, alinéa 3) et lorsque le retour de l'enfant « ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis » (article 20). De plus, lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'a pas été saisie dans l'année qui suit le déplacement illicite, le retour de l'enfant est ordonné seulement s'il n'est pas établi que l'enfant est intégré dans son nouveau milieu.

Toute interprétation trop large des textes ruinerait l'efficacité du système. Le règlement Bruxelles II *bis* a d'ailleurs, dans les relations entre États membres de l'Union européenne, restreint encore le jeu des exceptions : selon l'article 11, § 4, du règlement, une juridiction ne peut refuser le retour de l'enfant en raison du danger que courrait celui-ci⁵² « s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour »⁵³.

52. Cf. article 13, b, de la Convention de La Haye.

53. Cf. article 27 du règlement Bruxelles II *ter*.

Le texte le plus souvent invoqué est l'article 13, b, de la Convention, loin devant l'article 12 qui, *a priori*, paraît plus exigeant.

Certes, une mauvaise appréciation de l'intégration par le juge du fond peut entraîner la cassation. Ainsi, dans l'arrêt rendu par la première chambre civile le 13 juillet 2017⁵⁴, les juges du fond, pour dire que l'enfant ne pouvait « être considérée comme intégrée dans son nouveau milieu », avaient retenu que « l'enfant, qui réside en France depuis deux ans avec sa mère et ses demi-frères et sœur, est scolarisée depuis septembre 2015, comprend sans difficulté le français et le parle couramment, mais que sa mère, qui ne s'exprime pas en français, est en demande d'asile en France, ne peut y travailler et réside chez un tiers, qui l'héberge avec ses trois enfants ». La cassation était inévitable : « en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, dont il résultait que l'enfant s'était intégrée dans son nouveau milieu, a violé les textes susvisés ». Mais en général, c'est le rejet qui s'impose⁵⁵.

Beaucoup plus riche est la jurisprudence sur l'article 13, b, qui est très souvent invoqué et qui aurait pu devenir le « talon d'Achille » de la Convention⁵⁶. L'opposition entre la CJUE, profondément attachée au principe, et la CEDH plus sensible à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans le cas particulier, en témoigne. Fidèle à l'esprit de la Convention, la Cour de cassation s'est tenue à une stricte application de la notion de danger, ce qui rend les décisions de non-retour très rares.

1. Une interprétation stricte de la notion de danger

Selon l'article 13, b, de la Convention, l'autorité saisie d'une demande de retour n'est pas tenue de l'ordonner lorsqu'il est établi « 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 ».

L'appréciation de la notion de danger relève du pouvoir souverain des juges du fond. Mais la Cour de cassation vérifie que ceux-ci ont examiné concrètement les éléments de fait soumis à leur appréciation et les circonstances invoquées de part et d'autre pour justifier le retour ou le non-retour⁵⁷. Par là même, elle contribue à la définition de la notion de danger.

C'est au parent qui invoque le danger d'en apporter la preuve⁵⁸. Il peut être lié au retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle ou au départ du pays dans lequel il vit désormais.

54. 1^{re} Civ., 13 juillet 2017, pourvoi n° 17-11.927, *Bull.* 2017, I, n° 181.

55. *Cf.* 1^{re} Civ., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-13.984.

56. Pour une étude exhaustive de l'article 13, b, et de son application par les juridictions des États parties, *cf.* le « Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Partie VI, Article 13(1)(b) », 2020 (*cf.* le site de la Conférence).

57. *Cf.* 1^{re} Civ., 4 mars 2015, pourvoi n° 14-13.984 ; 1^{re} Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 14-17.493, *Bull.* 2014, I, n° 193 ; 1^{re} Civ., 22 novembre 2018, pourvoi n° 18-20.546.

58. 1^{re} Civ., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-22.651 ; 1^{re} Civ., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-25.864 ; 1^{re} Civ., 7 novembre 2019, pourvoi n° 19-18.514 ou 1^{re} Civ., 5 novembre 2020, pourvoi n° 20-17.842.

a) Danger lié au retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle

Le plus souvent, le danger invoqué provient du parent auprès de qui l'enfant est appelé à vivre. Sont notamment mis en avant la violence du père vis-à-vis de l'enfant et/ou de l'autre parent ou des accusations d'abus sexuels. Ainsi, dans un arrêt du 25 octobre 2017⁵⁹, la Cour de cassation confirme-t-elle une décision de non-retour au motif que « l'arrêt relève, d'abord, qu'il ressort de plusieurs témoignages ainsi que de l'enregistrement d'une conversation entre M. Y... et sa belle-mère que celui-ci a proféré, à plusieurs reprises, des menaces de représailles et de mort contre son épouse, ensuite, qu'un psychologue a constaté l'état anxieux d'un des enfants quant à un éventuel retour en Serbie, après l'évocation de la violence de son père à l'égard de sa mère ; qu'il retient que Mme X... justifie d'un danger grave encouru par les enfants en cas de retour immédiat en Serbie, au sens des textes précités ; que, de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire qu'au regard du comportement actuel de leur père, l'intérêt supérieur des enfants commandait de ne pas ordonner leur retour dans l'État de leur résidence habituelle »⁶⁰.

Les violences parentales peuvent aussi être des violences psychiques, dont les conséquences risquent d'être dramatiques pour l'enfant, comme le souligne la première chambre civile dans un arrêt du 27 juin 2019⁶¹ : « l'arrêt relève, d'abord, qu'il résulte du rapport d'expertise pédopsychiatrique réalisé en juillet 2018 que le caractère obsessionnel et contrôlant de M. F..., ainsi que la proximité relationnelle père/fils, induisent un comportement tyrannique de H... avec son père, ensuite, que le psychologue traitant décrit un enfant, qui, faisant état d'actes de maltraitance, apparaît agité, agressif, très apeuré, voire terrorisé, à l'idée d'aller vivre chez son père, au Luxembourg, allant jusqu'à exprimer des idées suicidaires à cette perspective, enfin, que l'enfant a présenté en janvier 2019, un état d'anxiété très important, accompagné d'hallucinations auditives et visuelles ».

59. 1^{re} Civ., 25 octobre 2017, pourvoi n° 17-20.063.

60. *Adde* 1^{re} Civ., 14 février 2019, pourvoi n° 18-23.916, pour un enfant victime de sévices de la part d'un père dépressif et alcoolique : l'enfant « très fragile, souffre d'importants troubles du comportement, notamment d'anorexie, qui nécessitent des soins hospitaliers, et ressent comme une angoisse de mort la possibilité de retourner vivre auprès de son père » ; 1^{re} Civ., 14 octobre 2021, pourvoi n° 21-15.811, publié au *Bulletin* : le père reprochait aux juges du fond de ne pas avoir pris contact avec les autorités portugaises pour savoir si des mesures adéquates n'avaient pas été prises pour assurer la protection des enfants en cas de retour ; selon la Cour, après avoir constaté que la mère et les enfants « avaient été victimes de comportements violents de M. [O] et retenu que celui-ci vivait en France depuis [plusieurs mois], que ses conditions de vie s'il retournait au Portugal étaient ignorées et qu'il n'était plus en contact avec aucun service portugais depuis presque un an, de sorte qu'il n'était pas établi que des dispositions adéquates avaient été prises pour assurer la protection des enfants en cas de retour, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de consulter l'autorité centrale portugaise sur le caractère approprié d'éventuelles mesures de protection, a pu en déduire qu'il existait un risque grave » faisant obstacle au retour.

61. 1^{re} Civ., 27 juin 2019, pourvoi n° 19-14.464, publié au *Bulletin*.

Mais encore faut-il apporter la preuve des violences ou des abus⁶².

Des considérations liées à la santé, aux addictions ou aux capacités éducatives déficientes du parent qui serait amené à prendre en charge l'enfant sont également mises en avant pour s'opposer au retour. Mais, là encore, la Cour de cassation veille : les faits allégués, s'ils sont établis, doivent être de telle nature qu'ils mettent l'enfant en grave danger ou le placent dans une situation intolérable.

Ainsi, dans un arrêt du 7 décembre 2016⁶³, la Cour de cassation retient que « pour dire n'y avoir lieu d'ordonner le retour au Canada de l'enfant, après avoir constaté que le droit de garde appartenait conjointement au père et à la mère, en application de la loi québécoise, l'arrêt relève que, bien que les capacités éducatives de M. Y... ne soient pas sérieusement contestées, il est très pris par son activité professionnelle et que Z..., qui n'a jamais quitté sa mère, ne connaît pas son père, celui-ci étant reparti au Canada deux jours après sa naissance et n'ayant exercé que durant trois jours le droit de visite qui lui avait été accordé par le juge aux affaires familiales, de sorte qu'il existe un risque grave que le retour immédiat de l'enfant au Canada ne l'expose à un danger psychique ou ne la place, compte tenu de son très jeune âge, dans une situation intolérable [...] en se déterminant par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui-ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁶⁴.

62. Cf. 1^{re} Civ., 10 février 2016, pourvoi n° 15-19.565 : le père accusait la mère de viol sur ses deux enfants ; 1^{re} Civ., 12 juillet 2017, pourvoi n° 17-11.840, *Bull.* 2017, I, n° 172 ; 1^{re} Civ., 28 février 2018, pourvoi n° 17-17.624 : les allégations de violence et d'alcoolisme du père « ne sont pas établies » ; 1^{re} Civ., 14 mars 2018, pourvoi n° 18-10.438, selon la Cour : « l'arrêt retient qu'il n'est pas établi que Mme E... ait adopté un comportement maltraitant à l'égard de A...-F... et que les pièces médicales produites révèlent seulement l'existence, chez l'enfant, d'un sentiment d'anxiété et de tristesse en lien avec la situation familiale, ce que son audition par la juridiction a confirmé, de sorte que, malgré le refus exprimé par l'enfant âgée de 10 ans, son retour auprès de sa mère en Espagne ne l'exposerait pas à un danger grave physique ou psychique ni ne la placerait dans une situation intolérable ; que la cour d'appel, qui a statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, a ainsi légalement justifié sa décision ».

63. 1^{re} Civ., 7 décembre 2016, pourvoi n° 16-20.858, *Bull.* 2016, I, n° 238.

64. Cf. également 1^{re} Civ., 10 juillet 2013, pourvoi n° 13-14.562, dans une affaire où étaient remises en cause les capacités éducatives du père ; 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 17-11.031, *Bull.* 2017, I, n° 100 ; 1^{re} Civ., 14 février 2019, pourvoi n° 18-23.916, précité, dans une hypothèse de violences conjugales.

Peut également être avancée l'absence de lien avec l'autre parent⁶⁵.

Plus généralement, le danger prétendu peut provenir des conditions de vie dans le pays d'accueil⁶⁶.

De même, dans une affaire soumise à la Cour le 16 novembre 2017⁶⁷, la cour d'appel, pour écarter la demande tendant au retour, avait retenu « d'une part, que la famille occupait au Canada une cabane exiguë, isolée dans la forêt, sans eau courante ni électricité, alors qu'en France, où ils sont scolarisés depuis janvier 2015, les trois enfants disposent de deux chambres, d'autre part, que M. X..., qui affirme être domicilié à Nelson, Colombie-Britannique, sans autre précision, ne produit aucun élément sur les conditions d'accueil matérielles et sociales des enfants en cas de retour au Canada ; que l'arrêt ajoute que les enfants ont exprimé leur appréhension d'un retour définitif au Canada ». Selon la Cour, « en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur des enfants, le danger grave encouru par ceux-ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à leur égard, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés »⁶⁸.

Enfin le danger peut être directement ou indirectement lié au contenu du droit étranger ou aux mesures qui auraient été prises à l'encontre de l'auteur de l'enlèvement,

65. 1^{re} Civ., 20 mars 2019, pourvoi n° 18-20.850. Selon la Cour « attendu que l'arrêt constate que les allégations de délaissement ou de défaillances paternelles, dénoncées par Mme I..., ne sont pas corroborées par les pièces versées aux débats et que les juridictions helvétiques, après une mesure d'investigation et l'audition des parents, ont estimé nécessaire d'interdire à celle-ci d'établir le domicile de L... en dehors de la Suisse, l'analyse du service enquêteur ayant mis en évidence que la mère ferait passer ses propres intérêts avant ceux de son enfant en cas de déménagement et qu'il y a urgence à élargir le droit de visite de M. X... afin de ne pas mettre en danger la relation père-fille ; qu'il relève que Mme I..., qui est à l'origine du départ brutal juste avant la mise en place progressive des nuitées de l'enfant au domicile paternel, ne peut se prévaloir du risque grave pour l'enfant d'être séparée d'elle, sans avoir vécu chez son père ; qu'il ajoute que la liberté d'aller et venir de Mme I... doit se conjuguer avec l'intérêt primordial de laisser s'épanouir la relation entre le père et l'enfant ; qu'en l'état de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée et qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, justifiant ainsi légalement sa décision ».

66. 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 17-11.031, *Bull.* 2017, I, n° 100 : « Attendu que l'arrêt constate que la qualité du système de santé en Israël est très satisfaisante, que les personnes atteintes du SIDA bénéficient d'un traitement gratuit, que [l'enfant] était suivie en Israël pour sa séropositivité et que le traitement antiviral préconisé par le médecin israélien est le même que celui prescrit en France ; qu'il relève que M. Z..., à l'exception de sa séropositivité, ne souffre d'aucun trouble physique ou mental qui pourrait représenter un danger pour l'enfant, si elle devait vivre avec lui, et que tous les tests de dépistage de produits stupéfiants, à l'exception du cannabis prescrit à titre médical, se sont avérés négatifs ; qu'il énonce encore que rien n'empêche Mme Y... de retourner vivre avec sa fille en Israël, État dont elle possède la nationalité ».

67. 1^{re} Civ., 16 novembre 2017, pourvoi n° 17-20.635.

68. De même, dans une affaire soumise à la Cour de cassation le 6 décembre 2018 (1^{re} Civ., 6 décembre 2018, pourvoi n° 18-21.141), les enfants avaient vécu plus de dix ans au Canada en pleine nature, loin de toute scolarisation régulière. Selon la Cour, « en relevant, d'une part, que Mme D... avait accepté pendant dix ans le mode de vie qui était celui de la famille au Canada, sans considérer que les enfants pouvaient courir un danger ou être soumis à une situation intolérable, et qu'elle ne démontrait pas que les conditions matérielles actuelles seraient différentes de celles qu'ils ont connues, d'autre part, que les enfants auraient été scolarisés dans ce pays, s'ils y étaient revenus à la date prévue, la cour d'appel a procédé à la recherche prétendument omise ».

au risque de priver ultérieurement l'enfant de contact avec lui. Mais encore faut-il en faire la preuve ; la Cour a ainsi pu rejeter un pourvoi dans une affaire où la mère affirmait que si l'enfant retournait au Japon auprès de son père, elle risquait « d'être privée de ses droits parentaux », compte tenu de la loi et des pratiques judiciaires japonaises, sans établir la réalité de ces affirmations⁶⁹.

b) Danger lié au départ du pays où l'enfant a été déplacé

Ce type de danger est presque systématiquement invoqué par le parent qui a enlevé l'enfant. Dans l'argumentation des parties, il se confond parfois avec l'article 12, alinéa 2, de la Convention, ce qui explique d'ailleurs que celui-ci ne soit pas plus souvent invoqué (*cf. supra*). Pour la Cour de cassation, « le danger ou la situation intolérable résulte aussi bien du nouveau changement des conditions de vie actuelles de l'enfant déplacé que des conditions nouvelles ou retrouvées dans l'État de sa résidence habituelle »⁷⁰. Pour éviter d'« ouvrir une brèche » dans le principe du retour immédiat, la Cour de cassation, après avoir paru hésiter⁷¹, a adopté une position très stricte.

On le constate notamment lorsque sont invoqués les risques psychologiques liés à la rupture des liens entre l'enfant et le parent avec qui il vit. Certes, la Cour de cassation n'a pas hésité à casser une décision qui avait ordonné le retour de l'enfant au Japon au motif que la mère ne démontrait pas qu'elle se trouvait dans l'impossibilité de retourner et de séjourner sur le territoire japonais alors qu'elle s'y est engagée, et d'y raccompagner son fils : « en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si, en cas de retour de la mère avec l'enfant au Japon, cette dernière n'allait pas se trouver privée de ses droits parentaux, exposant ainsi son fils F..., âgé de trois ans et ayant toujours vécu auprès d'elle, à un risque grave de danger psychologique, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁷². Mais sur pourvoi contre l'arrêt rendu après cassation, la première chambre civile⁷³ a approuvé la cour d'appel d'avoir ordonné, en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, le retour immédiat de l'enfant au Japon : « L'arrêt relève que N... est né au Japon et y a toujours vécu, avec ses deux parents jusqu'au mois de juillet 2017, de sorte qu'il ne saurait y avoir pour lui de traumatisme psychologique à retourner dans le pays où il habitait et où demeure sa famille paternelle et observe que la rupture brutale de toute relation avec son père, particulièrement dommageable pour le mineur, a été totalement niée par sa mère. Il ajoute que le Japon a signé et ratifié la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 le 13 avril 2014, que cette ratification a été acceptée sans réserve par

69. 1^{re} Civ., 28 janvier 2021, pourvoi n° 20-12.213. Sur cet arrêt, intervenu alors que le Japon, très critiqué pour ses positions jugées « nationalistes », venait de ratifier la Convention de La Haye de 1980, *cf.* C. Chalas, « La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 à l'épreuve de l'enlèvement international d'enfants franco-japonais », *Rev. crit. DIP* 2021, p. 799 ; A. Blanquet, « Le risque juridique au sein de la Convention de La Haye de 1980 : le cas des enlèvements internationaux d'enfants au Japon – À propos de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 2021 », *JDI* janvier 2022, var. 1., p. 103 et s.

70. 1^{re} Civ., 12 juillet 1994, pourvoi n° 93-15.495, *Bull.* 1994, I, n° 248.

71. *Cf.* E. Gallant, *JCl. Droit international*, fasc. 549-30 « Enlèvement international d'enfants : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », précité, n° 90 et réf. cit.

72. 1^{re} Civ., 22 novembre 2018, pourvoi n° 18-20.546.

73. 1^{re} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-19.388.

la France et qu'il existe en droit de la famille japonais des procédures de médiation, ainsi qu'une procédure de divorce par consentement mutuel. Il retient qu'il ne peut être préjugé de la situation juridique susceptible d'être créée par une instance en divorce au Japon. Enfin, il estime que Mme X... ne justifie pas qu'elle ne pourrait plus séjourner au Japon alors que M. B... formule diverses propositions amiables pour qu'elle puisse y résider avec l'enfant. En l'état de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel, qui a procédé aux recherches prétendument omises, a statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, justifiant ainsi légalement sa décision. »

En toute hypothèse, la prise en compte de ce type de danger ne peut être qu'exceptionnelle. Ainsi, dans un arrêt du 13 février 2013⁷⁴, est censurée la cour d'appel qui, pour dire n'y avoir lieu à ordonner le retour de l'enfant aux États-Unis, avait relevé que « si les défaillances éducatives alléguées par Mme X... à l'encontre de M. Y... ne sont pas caractérisées, d'une part, il serait dommageable pour l'enfant, compte tenu de son très jeune âge, de remettre en cause son nouvel équilibre, d'autre part, son retour générerait des difficultés d'organisation des relations avec sa mère, celle-ci étant enceinte et dans l'impossibilité de se déplacer à court terme, ce qui réitérerait pour l'enfant un traumatisme de séparation et un sentiment d'abandon » ; selon la Cour « en se déterminant par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui-ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁷⁵.

De même, dans un arrêt du 30 novembre 2022⁷⁶, la Cour casse l'arrêt qui, pour dire n'y avoir lieu d'ordonner le retour de [B] en Espagne, avait constaté que « celle-ci, âgée d'à peine quatre ans, vit, depuis son arrivée en France à l'âge de deux ans, avec sa mère, au domicile de ses grands-parents maternels, où elle est scolarisée depuis quelques mois, qu'elle y a donc ses repères et ses habitudes et que sa mère constitue depuis sa naissance son repère fondamental. Il en déduit qu'une séparation prolongée avec sa mère, dans des conditions nécessairement conflictuelles et douloureuses, l'exposerait à un grave danger pour son équilibre psychique. Il ajoute qu'un tribunal espagnol, appelé à statuer sur les mesures provisoires relatives à l'enfant, en a confié la garde à la mère. Il en conclut que son intérêt supérieur est de rester en France auprès de sa mère » ; selon la Cour, « en se déterminant par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celle-ci en cas de retour immédiat ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

L'attachement de la Cour de cassation au respect des mécanismes conventionnels se traduit par la rareté des décisions accueillant une exception de non-retour. Parmi la centaine d'arrêts étudiés, on compte seulement quatre décisions en ce sens. Dans l'une, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché, comme

74. 1^{re} Civ., 13 février 2013, pourvoi n° 11-28.424, *Bull.* 2013, I, n° 12.

75. Voir 1^{re} Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 14-17.493, *Bull.* 2014, I, n° 193 ; 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 17-11.031, *Bull.* 2017, I, n° 100, précité ; 1^{re} Civ., 16 octobre 2019, pourvoi n° 19-19.606 ; 1^{re} Civ., 28 janvier 2021, pourvoi n° 20-12.213 ; 1^{re} Civ., 16 février 2022, pourvoi n° 21-19.061, publié au *Bulletin*.

76. 1^{re} Civ., 30 novembre 2022, pourvoi n° 22-16.976.

il le leur était demandé, si le retour de l'enfant ne risquait pas de créer une situation de danger au sens de l'article 13, b, de la Convention – c'est d'ailleurs la seule décision portant cassation d'un arrêt d'appel ayant ordonné le retour⁷⁷. Les trois autres approuvent les juges du fond d'avoir retenu l'existence d'un tel danger, en raison, dans les trois cas, de la violence du parent requérant⁷⁸.

2. Dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant

Tous les mécanismes conventionnels complétés, pour les États membres, par les dispositions des règlements Bruxelles II *bis* et Bruxelles II *ter* sont dominés par la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La Cour de cassation y est très attachée, qui place ses décisions sous l'égide de l'article 3 de la CIDE. Ainsi, pour les décisions de rejet du pourvoi, la Cour a-t-elle forgé un attendu de principe aux termes duquel : « Attendu, ensuite, qu'il résulte de l'article 13, b, de la Convention précitée [Convention de La Haye du 25 octobre 1980] qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable ; que, selon l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ». À partir de là, la Cour reprend l'examen de la situation tel qu'il a été effectué par les juges du fond et en déduit si, dans le cas particulier, les juges du fond ont statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il s'agisse d'ordonner le retour⁷⁹ ou, par exception, de s'y opposer⁸⁰.

La Cour de cassation respecte donc la dialectique très particulière mise en place par la Convention et renforcée par les règlements de l'UE. L'intérêt de l'enfant est, fondamentalement, appréhendé *in abstracto*, *i. e.* comme l'intérêt des enfants en général, les textes étant construits sur le postulat selon lequel l'intérêt de l'enfant, l'intérêt de *tous* les enfants, est d'être protégé contre les enlèvements : le mécanisme de retour immédiat tend à cette fin en évitant toute prime au fait accompli. L'enfant victime de l'enlèvement dans le cas particulier est un enfant parmi d'autres : on le protège en protégeant la catégorie à laquelle il appartient. La prise en compte de son intérêt « individuel », apprécié cette fois *in concreto*, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, se fait dans un second temps : elle intervient nécessairement, car toute décision doit être prise en considération de l'intérêt de l'enfant concerné⁸¹, mais elle ne peut conduire à écarter qu'à titre exceptionnel le mécanisme de protection générale que constitue le retour immédiat.

77. 1^{re} Civ., 22 novembre 2018, pourvoi n° 18-20.546.

78. 1^{re} Civ., 25 octobre 2017, pourvoi n° 17-20.063, précité ; 1^{re} Civ., 14 février 2019, pourvoi n° 18-23.916 et 1^{re} Civ., 27 juin 2019, pourvoi n° 19-14.464, publié au *Bulletin*.

79. Voir par exemple 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 17-11.031, *Bull.* 2017, I, n° 100 ou 1^{re} Civ., 21 novembre 2019, pourvoi n° 19-19.388, précité.

80. Voir par exemple 1^{re} Civ., 27 juin 2019, pourvoi n° 19-14.464, publié au *Bulletin*.

81. Cf. article 3 de la CIDE.

L'équilibre est difficile à trouver, et l'on a pu craindre que la CEDH, soucieuse de garantir le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto*, ne le remette en cause en vérifiant de façon très approfondie que les États se sont assurés que la mesure de retour immédiat est bien conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto*⁸². Une telle exigence aurait corrélativement risqué de causer un conflit frontal avec la CJUE, très attachée aux mécanismes mis en place par le règlement Bruxelles II *bis* sur les bases de la Convention de La Haye⁸³.

Face aux critiques, la CEDH a souhaité « clarifier » sa position. Dans un arrêt du 26 novembre 2013⁸⁴, elle a affirmé que « [l']intérêt supérieur de l'enfant ne se confond pas avec celui de son père ou de sa mère, outre qu'il renvoie nécessairement à des éléments d'appréciation divers liés au profil individuel et à la situation spécifique de l'enfant. Néanmoins, il ne saurait être appréhendé d'une manière identique selon que le juge est saisi d'une demande de retour en application de la Convention de La Haye ou d'une demande de statuer au fond sur la garde ou l'autorité parentale, cette dernière relevant d'une procédure en principe étrangère à l'objet de la Convention de La Haye (articles 16, 17 et 19 [...]). Partant, dans le cadre d'une demande de retour faite en application de la Convention de La Haye, qui est donc distincte d'une procédure sur le droit de garde, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant doit s'apprécier à la lumière des exceptions prévues par la Convention de La Haye, lesquelles concernent l'écoulement du temps (article 12), les conditions d'application de la Convention (article 13 a) et l'existence d'un "risque grave" (article 13 b)), ainsi que le respect des principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 20). Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales requises, qui ont notamment le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Pour ce faire au regard de l'article 8 de la Convention, les juridictions internes jouissent d'une marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine, sous l'angle de la Convention, les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir [...]. Précisément, dans le cadre de cet examen, la Cour rappelle qu'elle n'entend pas substituer son appréciation à celle des juridictions internes (voir, par exemple, *Hokkanen*, précité, et *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 154, CEDH 2001-VII). Elle doit cependant s'assurer que le processus décisionnel ayant conduit les juridictions nationales à prendre la mesure litigieuse a été équitable et qu'il a permis aux intéressés de faire valoir pleinement leurs droits, et ce dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (*Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (déc.), n° 14600/05, CEDH 2005-XIII, *Maumousseau et Washington*, précité, et *Neulinger et Shuruk*, précité, § 139) ».

82. CEDH, gde ch., arrêt du 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07 ; CEDH, gde ch., arrêt du 26 novembre 2013, *X. c. Lettonie*, n° 27853/09.

83. CJUE, arrêt du 1^{er} juillet 2010, *Povse*, C-211/10 PPU ; CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU.

84. CEDH, gde ch., arrêt du 26 novembre 2013, *X. c. Lettonie*, n° 27853/09, §§ 100 à 102.

Il convient de souligner que dans le « conflit » potentiel entre la CJUE et la CEDH, la Cour de cassation s'était rangée du côté de la première en maintenant sa jurisprudence⁸⁵, tout en respectant les exigences posées par la CEDH⁸⁶.

Plus généralement, la Cour de cassation veille, sous le regard attentif de la CEDH⁸⁷, au respect d'un processus décisionnel respectueux des droits des parties.

B. L'exigence d'un processus décisionnel respectueux des droits des parties

En matière d'enlèvement comme dans les autres contentieux de l'autorité parentale, le temps constitue un facteur essentiel. Le parent qui a enlevé l'enfant en joue souvent, qui engage des procédures au fond devant le juge du pays « refuge » quand bien même il sait que celui-ci n'est pas compétent, multiplie les incidents de procédure, dans le pays refuge comme dans le pays de la résidence habituelle du mineur, ou lance à des fins purement dilatoires des procédures pénales contre l'autre parent, en l'accusant par exemple de violence ou d'abus sexuels, forçant le juge du retour immédiat à ralentir sa marche, afin de s'assurer de la vraisemblance, ou non, des faits allégués.

Convention et règlement imposent au juge du retour de statuer dans de brefs délais : selon l'article 11 de la Convention, « les autorités judiciaires ou administratives de tout État contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant » et selon l'article 24 du règlement Bruxelles II *ter* : « 1. Une juridiction saisie d'une demande de retour d'un enfant visée à l'article 22 agit rapidement dans le cadre de la procédure relative à la demande, en utilisant les procédures les plus rapides prévues par le droit national. 2. Sans préjudice du paragraphe 1, une juridiction de première instance, sauf si cela se révèle impossible en raison de circonstances exceptionnelles, rend sa décision six semaines au plus tard après sa saisine. 3. Sauf si cela se révèle impossible en raison de circonstances exceptionnelles, une juridiction de niveau supérieur rend sa décision six semaines au plus tard après que tous les actes de procédure nécessaires ont été accomplis et qu'elle est en mesure d'examiner le recours, en prévoyant une audition ou d'une autre manière. »

Le droit français respecte ces prescriptions. Ainsi, l'article 1210-6 du code de procédure civile dispose que : « La demande aux fins d'obtenir le retour de l'enfant, en application de la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, est formée, instruite et jugée selon la procédure accélérée au fond ». En particulier, l'article 1210-12 du même code prévoit que le délai pour

85. Cf. 1^{re} Civ., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-24.780, *Bull.* 2014, I, n° 32.

86. Ainsi, sur le plan procédural, rappelle-t-elle régulièrement que le ministère public est tenu d'assister à l'audience lorsqu'il est partie principale, *i. e.* lorsque par application des mécanismes conventionnels, il demande le retour de l'enfant (ex. 1^{re} Civ., 5 octobre 2016, pourvoi n° 16-15.103 ; 1^{re} Civ., 5 juillet 2018, pourvoi n° 18-15.441 ; 1^{re} Civ., 21 juin 2018, pourvoi n° 17-26.673). *Adde* pour l'audition de l'enfant, 1^{re} Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-20.357.

87. F. Marchadier, « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 677.

former un pourvoi en cassation est de quinze jours. Afin d'accélérer le traitement des dossiers, est mise en œuvre la procédure de réduction des délais de l'article 1009 du code de procédure civile.

La CEDH est très attentive au respect, par les États, de cette exigence de célérité, la durée excessive d'une procédure pouvant violer à la fois le droit à un procès équitable et le droit au respect de la vie familiale⁸⁸ : selon la Cour, « dans ce genre d'affaires, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui »⁸⁹.

Reste que la célérité des procédures ne doit pas intervenir au détriment du respect des droits des parties. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle rappelé à diverses reprises que le ministère public, qui joue un rôle essentiel dans la procédure de retour immédiat⁹⁰, était tenu d'assister à l'audience lorsqu'il était partie principale. La Cour censure ainsi la décision des juges d'appel au motif « qu'il ne résulte ni des mentions de l'arrêt ni d'aucun autre moyen de preuve que le ministère public, partie principale, ait été présent à l'audience des débats »⁹¹ ; le moyen n'est donc pas fondé s'il résulte des pièces de la procédure qu'il était présent⁹². La Cour de cassation a également précisé que lorsque le ministère public introduit une procédure judiciaire afin d'obtenir le retour de l'enfant, le parent victime de la violation du droit de garde peut faire tierce opposition à la décision de non-retour dès lors qu'il n'est pas volontairement intervenu à l'instance⁹³. Ajoutons, sur la possibilité d'intervention volontaire, que la CEDH a pu reprocher à la Cour de cassation d'avoir « fait preuve d'un formalisme excessif » en prononçant l'irrecevabilité du pourvoi provoqué du parent alléguant être victime d'un déplacement illicite en raison du non-respect d'une condition de forme imputable au procureur général près la cour d'appel, auteur du pourvoi principal⁹⁴.

88. Cf. not. CEDH, arrêt du 1^{er} février 2011, *Karoussiotis c. Portugal*, n° 23205/08 ; CEDH, arrêt du 21 février 2012, *Karrer c. Roumanie*, n° 16965/10 ; CEDH, arrêt du 13 janvier 2015, *Hobolm c. Slovaquie*, n° 35632/13.

89. Sur l'ensemble de la question, cf. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 3^e éd., 2021, n° 755, p. 443 et réf. cit.

90. Cf. les articles 1210-7 et suivants du code de procédure civile.

91. 1^{re} Civ., 5 octobre 2016, pourvoi n° 16-15.103 ; 1^{re} Civ., 7 décembre 2016, pourvoi n° 16-23.471, *Bull.* 2016, I, n° 237 ; 1^{re} Civ., 21 juin 2018, pourvoi n° 17-26.673 ; 1^{re} Civ., 5 juillet 2018, pourvoi n° 18-15.441.

92. 1^{re} Civ., 13 juillet 2017, pourvoi n° 17-11.927, *Bull.* 2017, I, n° 181.

93. 1^{re} Civ., 16 février 2022, pourvoi n° 21-19.061, publié au *Bulletin*.

94. CEDH, arrêt du 5 novembre 2015, *Henrioud c. France*, n° 21444/11.

CONCLUSION

La France a fait partie des premiers États signataires de la Convention de La Haye. Près de trente ans après son entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 1983, le texte semble bien intégré dans le paysage juridique français. Par sa jurisprudence, la Cour de cassation tente d'assurer le respect de la lettre comme de l'esprit des textes conventionnels et réglementaires, son action se développant sous le regard particulièrement vigilant des juges de la CEDH, dans la recherche permanente d'un juste équilibre entre efficacité des mécanismes conventionnels, respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, protection des droits des parents, garantie d'un processus juridictionnel équitable, célérité des procédures et effectivité des décisions.