

**Cour de cassation**

**Chambre civile 1**

**Audience publique du 7 décembre 2016**

**N° de pourvoi: 16-21.760**

ECLI:FR:CCASS:2016:C101446

Publié au bulletin

**Déchéance partielle**

**Mme Batut (président), président**

SCP Bénabent et Jehannin, SCP Le Bret-Desaché, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Attendu, selon les arrêts attaqués, que X...est né, le 10 janvier 2003, du mariage de Mme Y..., de nationalité française, et M. Z..., de nationalité française et marocaine ; qu'un jugement marocain du 14 septembre 2009 a prononcé le divorce des époux par compensation ; qu'aucune décision n'a été prise sur le droit de garde de l'enfant ; que le 10 octobre 2014, Mme Y...a quitté le Maroc avec X...pour s'installer en France ; que le 5 décembre 2014, M. Z...a assigné Mme Y...devant le juge aux affaires familiales afin de voir ordonner le retour de l'enfant au Maroc ;

Sur la recevabilité du pourvoi, contestée par la défense :

Attendu que M. Z...soutient que le pourvoi est irrecevable sur le fondement de l'article 615 du code de procédure civile, en raison de son indivisibilité à l'égard des parties, dès lors qu'il n'a pas été formé contre le ministère public, qui est partie principale dans les actions relatives au déplacement illicite d'enfant ;

Mais attendu que l'action en retour de l'enfant n'ayant pas été engagée par le ministère public, celui-ci n'est intervenu que pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans cette affaire qui devait lui être obligatoirement communiquée, en application de l'article 425, 1°, du code de procédure civile ; qu'en qualité de partie jointe, il ne peut être défendeur à l'instance en cassation ;

D'où il suit que le pourvoi est recevable ;

Sur la déchéance du pourvoi, relevée d'office, en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 3 mai 2016, après avis donné aux parties dans les conditions de l'article 1015 du code de procédure civile :

Attendu que Mme Y...s'est pourvue en cassation contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Grenoble le 3 mai 2016, en même temps qu'elle s'est pourvue contre l'arrêt de cette même juridiction du 5 juillet 2016 ;

Attendu qu'aucun moyen contenu dans le mémoire n'étant dirigé contre l'arrêt du 3 mai 2016, il y a lieu de constater la déchéance du pourvoi en ce qu'il est formé contre cette décision ;

Sur le moyen unique, pris en sa deuxième branche :

Vu les articles 1er, 3 et 5 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ensemble l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que, pour ordonner le retour de l'enfant, l'arrêt énonce que l'article 171 du code de la famille marocain a pour effet, en cas de divorce, de conférer à la mère seule le droit de garde ; qu'il relève que ce texte porte atteinte tant à la conception française de l'ordre public international, qui protège l'égalité des parents dans l'exercice de leur autorité parentale, qu'au principe énoncé à l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'il retient que le droit marocain doit être écarté s'agissant de la dévolution de l'autorité parentale sur X..., et que, par application de l'article 372 du code civil français, M. Z...et Mme Y...sont tous deux titulaires de l'autorité parentale sur l'enfant ; que l'arrêt en déduit qu'en prenant seule la décision d'emmener X...avec elle en France et d'y fixer sa résidence, sans l'accord du père, la mère s'est rendue auteur d'un déplacement illicite de l'enfant ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 ayant pour seul objet d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés illicitement et de faire respecter le droit de garde existant dans l'Etat du lieu de résidence habituelle de l'enfant, avant son déplacement, le juge de l'Etat requis doit, pour vérifier le caractère illicite de celui-ci, se borner à rechercher si le parent avait le droit de modifier seul le lieu de résidence de l'enfant pour le fixer dans un autre Etat, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

CONSTATE la déchéance du pourvoi, en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt rendu le 3 mai 2016 ;

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 juillet 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon ;

Condamne M. Z...aux dépens ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

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

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Bénabent et Jéhannin, avocat aux Conseils, pour Mme Y...

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif de la Cour d'appel de Grenoble du 5 juillet 2016 d'avoir ordonné « la remise sans délai par Madame Y...de X...à Monsieur Z..., ... à Casablanca (Maroc) ».

AUX MOTIFS QUE « la convention souscrite par M. Z...et Mme Y...le 2 septembre 2009 dans le cadre de leur divorce moyennant compensation disposait notamment que : « l'épouse susnommée atteste qu'elle s'est désistée au profit de son épouse [sic] M. Mohamed Z...à tous ses droits résultant du divorce, en fait de don de consolation, de pension alimentaire et de loyer de son domicile durant la période de viduité et qu'elle lui en consent bonne est valable décharge [...] Attendu que l'épouse renonce, également au profit de son époux, à tous les droits de l'enfant X..., en contrepartie de son divorce par divorce moyennant compensation [...] » (pièce n° 7 de l'appelant) ;

Que ni cette convention, ni le jugement ayant prononcé le divorce des parties, ni aucune autre décision judiciaire ultérieure n'ont statué sur le droit de garde de X...; que la convention franco-marocaine du 10 août 1980 ne donne aucune définition de la notion de garde ; qu'il convient donc de déterminer qui, de M. Z...et Mme Y..., en application du droit marocain puisqu'il est constant que X...résidait au Maroc avant que Mme Y...ne l'emmène en France, était alors titulaire du droit de garde sur X...; que selon l'article 171 du code de la famille du Maroc : « La garde est confiée en premier lieu à la mère, puis au père, et puis à la grand-mère maternelle de l'enfant. A défaut, le tribunal décide en fonction des présomptions dont il dispose, à l'effet de protéger l'enfant, d'attribuer la garde à l'un des

proches parents les plus aptes à l'assumer, tout en assurant à l'enfant gardé un logement approprié, au même titre que l'obligation de pension alimentaire » ;

Que cette disposition, qui a pour effet, en cas de divorce, de conférer à la mère seule le droit de garde, au sens de l'article 163 dudit code, qui consiste à préserver l'enfant de ce qui pourrait lui être préjudiciable, l'éduquer, prendre toutes dispositions nécessaires à la préservation et à la sécurité tant physique que psychologique de l'enfant soumis à la garde et veiller à ses intérêts, notamment en cas d'absence de son représentant légal (au sens du droit marocain) ou en cas de nécessité si la perte des intérêts de l'enfant est à craindre, porte atteinte tant à la conception française de l'ordre public international, qui protège l'égalité des parents dans l'exercice de leur autorité parentale, qu'au principe énoncé à l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que : « les époux jouissent de l'égalité des droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt de l'enfant » ;

Qu'en conséquence, il convient d'écarter le droit marocain s'agissant de la dévolution de l'autorité parentale sur X...; que par application de l'article 372 du code civil français, M. Z...et Mme Y...sont tous deux titulaires de l'autorité parentale sur l'enfant ;

Or, qu'en prenant seule la décision d'emmener X...avec elle en France et d'y fixer sa résidence, sans l'accord de M. Z..., Mme Y...s'est rendue auteur d'un déplacement illicite de l'enfant, au sens de la convention franco-marocaine susvisée ;

Que Mme Y...n'établit pas qu'à l'époque de cette violation, M. Z...n'exerçait pas effectivement de bonne foi son droit de garde sur X...; qu'au contraire, M. Z...produit de nombreuses attestations prouvant qu'il exerçait ce droit régulièrement (pièces numéros 47, 48, 51, 53, 54, 56, 58 et 59 de l'appelant) ;

Que Mme Y...ne caractérise pas davantage le fait que la remise de X...à son père serait de nature à mettre gravement en cause sa santé ou sa sécurité en raison de la survenance d'un événement de gravité exceptionnelle ;

Qu'en conséquence, il convient d'ordonner à titre conservatoire, la remise immédiate de l'enfant par Mme Y...à M. Z...».

1°/ ALORS QUE n'est contraire ni à la conception française de l'ordre public international qui protège l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale, ni à l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à la convention européenne des droits de l'homme, la loi étrangère qui ne prive pas irrémédiablement le père de la possibilité de faire reconnaître son droit de garde sur l'enfant ; que le caractère discriminatoire de la loi étrangère qui, en cas de séparation des époux, octroie par priorité la dévolution de l'autorité parentale à la mère, disparaît dès lors que cette loi offre au juge le pouvoir de modifier la dévolution légale dans l'intérêt de l'enfant ; qu'en l'espèce, Madame Aït Aoudia faisait valoir dans ses

conclusions d'appel que le droit marocain applicable à la dévolution de la garde de l'enfant, prévoit à l'article 170 alinéa 2 du code de la famille, que « Le tribunal peut reconsidérer la dévolution de la garde dans l'intérêt de l'enfant » (conclusions p. 14) ; qu'en s'abstenant de prendre en compte, comme elle y était invitée, l'existence de cette disposition, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe essentiel de l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale, ensemble l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à la convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ ALORS QUE le caractère licite du déplacement de l'enfant s'apprécie au regard de la loi applicable au jour du déplacement ; qu'un tel déplacement ne saurait être rétroactivement jugé illicite du seul fait de la contrariété de la loi étrangère applicable au principe d'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale consacré par la loi du juge saisi ; qu'en l'espèce, la loi marocaine applicable au moment du déplacement de l'enfant accordait à la requérante une priorité dans la dévolution du droit de garde ; que c'est en conformité avec la législation marocaine applicable qu'elle a pu déplacer l'enfant sans solliciter l'accord du père ; que pour juger ce déplacement illicite et ordonner le retour immédiat de l'enfant, la cour d'appel a écarté l'application de la loi marocaine au profit de la loi française au motif de sa contrariété avec le principe de l'égalité des parents dans l'exercice de leur autorité parentale, protégé par l'ordre public international français et le protocole additionnel n° 7 de la convention européenne des droits de l'homme ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 372 du code civil ensemble l'article 5 du protocole additionnel n° 7 de la convention européenne des droits de l'homme.

3°/ ALORS QU'en tout état de cause, le retour de l'enfant déplacé illicitement ne peut être ordonné qu'au regard de circonstances appréciées en considération de son intérêt supérieur ; qu'en ordonnant le retour sans délai de l'enfant au domicile marocain de son père, sans justifier en quoi cette décision était conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 19 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, du préambule de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ensemble l'article 3 § 1 de la convention de New-York du 20 novembre 1989. **Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Grenoble , du 5 juillet 2016