

**Cour de cassation**

**chambre civile 1**

**Audience publique du 13 juillet 2005**

**N° de pourvoi: 05-10519 05-10521**

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Ancel, président**

Mme Vassallo, conseiller apporteur

M. Cavarroc, avocat général

la SCP Boré et Salve de Bruneton, la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Vu leur connexité, joint les pourvois n° N 05-10.519 et Q 05-10.521 ;

Attendu que Mme X... et M. Y... se sont mariés le 19 novembre 1998 et ont fixé leur domicile conjugal à Bruxelles, que trois enfants mineurs sont issus de leur union ; que par ordonnance du 19 février 2004, le juge de paix du deuxième canton de Bruxelles, saisi par Mme X..., a notamment autorisé les époux à résider séparément et fixé la résidence des enfants alternativement chez leur père et chez leur mère, étant précisé que celle-ci devait exercer cet hébergement dans une commune bruxelloise ou environnante ; que Mme X... n'a pas remis les enfants à leur père le 1er août 2004 comme le prévoyait cette ordonnance ;

Attendu que Mme X... a saisi la juridiction française d'une demande en divorce sur le fondement de l'article 242 du Code civil et a été autorisée, par ordonnance sur requête du 9 juillet 2004, à assigner son époux et à résider séparément en France avec ses enfants ; que par ordonnance du 13 août 2004, le juge aux affaires familiales s'est déclaré compétent mais a sursis à statuer en application de l'article 16 de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, dans l'attente d'une décision à intervenir sur le retour des enfants ; que par ordonnance du 26 août 2004, le juge aux affaires familiales a rétracté son ordonnance du 9 juillet 2004 en ce qu'elle autorisait la mère à résider séparément avec ses trois enfants ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° Q 05-10.521, pris en ses diverses branches, tel qu'il figure au mémoire en demande et est reproduit en annexe :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 3 novembre 2004)

d'avoir refusé d'annuler l'ordonnance du 26 août 2004, ayant elle-même rétracté l'ordonnance du juge aux affaires familiales du 9 juillet 2004, qui l'avait autorisée à résider avec ses trois enfants mineurs ;

Attendu que la cour d'appel relève a bon droit, de première part que le référé afin de rétractation ne constitue pas une voie de recours mais s'inscrit dans le nécessaire respect par le juge du principe de la contradiction qui commande qu'une partie, à l'insu de laquelle une mesure urgente a été ordonnée, puisse disposer d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief, et de seconde part, qu'en application de l'article 497 du nouveau Code de procédure civile, le juge aux affaires familiales qui a pris, par ordonnance sur requête, des mesures urgentes, reste bien compétent pour connaître en référé de la demande de rétractation de son ordonnance, en dépit de la comparution des parties devant le juge de la conciliation, de sorte que le juge aux affaires familiales n'a excédé ni ses pouvoirs, ni sa compétence ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; Sur le second moyen du pourvoi n° Q 05-10.521 pris dans ses diverses branches, tel qu'il figure au mémoire en demande et est reproduit en annexe :

Attendu que Mme X... fait encore grief à l'arrêt attaqué d'avoir refusé d'annuler l'ordonnance du 26 août 2004 ;

Attendu que la cour d'appel a exactement retenu, d'une part que le juge de paix belge a, dans son ordonnance du 19 février 2004, fixé au 1er mars 2005 la date d'expiration des mesures urgentes et provisoires qu'il a ordonnées, d'autre part, qu'aucune procédure de divorce n'a été engagée en Belgique, venant modifier ces mesures et que, dans la procédure de divorce introduite en France, aucune mesure provisoire n'a été prise à l'issue d'un débat contradictoire, de sorte que Mme X... ne démontre pas que l'ordonnance rendue par le juge de paix belge serait devenue caduque ; qu'en conséquence, la situation de vide juridique n'existe pas, que le moyen ne saurait être accueilli en aucune de ses branches ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° N 05-10.519, tel qu'il figure au mémoire en demande et est reproduit en annexe :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 6 janvier 2005) d'avoir déclaré illicite le non-retour des enfants et ordonné leur retour immédiat en Belgique ;

Attendu que le moyen, fondé sur l'éventualité d'une cassation de l'arrêt du 3 novembre 2004, est sans objet dès lors que le pourvoi formé à son encontre est rejeté par le présent arrêt ;

Sur le second moyen du pourvoi n° N 05-10.519, pris en ses diverses branches, tel qu'il figure au mémoire en demande et est reproduit en annexe :

Attendu que Mme X... fait encore grief à l'arrêt attaqué d'avoir ordonné le retour immédiat en Belgique des enfants ;

Attendu qu'il résulte de l'article 13 b de la 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 ; qu'en vertu de l'article 3-1 de la convention de New York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ;

Attendu qu'après avoir constaté qu'il n'existait aucune décision venant priver de ses effets l'ordonnance du juge de paix bruxellois du 19 février 2004, la cour d'appel a considéré que le non-retour des enfants était illicite au sens de l'article 3 de la convention de La Haye du 25 octobre 1980, et a estimé, sans être tenue d'ordonner un examen médico-psychiatrique, par une appréciation souveraine des éléments de preuve et notamment des attestations produites dont elle a relevé le caractère général, non étayé, et contradictoire avec les faits tels qu'évoqués par les parties elles-mêmes devant le juge de paix belge, que l'existence d'un risque grave que le retour des enfants les expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière les place dans une situation

intolérable, n'était pas établie, l'arrêt relevant que Mme X... avait elle-même déclaré le 21 janvier 2004 devant les services de police de Bruxelles, que ses enfants n'étaient pas en danger chez son mari ; qu'il résulte de ces énonciations que la cour d'appel, prenant ainsi en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, a, sans méconnaître les textes visés dans le moyen, légalement justifié sa décision ;

**PAR CES MOTIFS :**

**REJETTE** le pourvoi ;

Condamne Mme X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize juillet deux mille cinq.

**Publication :** Bull. 2005, I, n° 334, p. 276

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris , du 6 janvier 2005

**Titrages et résumés :** DIVORCE, SEPARATION DE CORPS - Dispositions communes - Procédure - Procédure applicable aux cas autres que le divorce par consentement mutuel - Mesures urgentes - Ordonnance sur requête les fixant - Rétractation - Compétence pour en connaître - Détermination

C'est à bon droit qu'une cour d'appel relève, de première part, que le référé afin de rétractation ne constitue pas une voie de recours mais s'inscrit dans le nécessaire respect par le juge du principe de la contradiction, qui commande qu'une partie à l'insu de laquelle une mesure urgente a été ordonnée, puisse disposer d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief, et de seconde part, qu'en application de l'article 497 du nouveau Code de procédure civile, le juge aux affaires familiales qui a pris, par ordonnance sur requête, des mesures urgentes, reste bien compétent pour connaître en référé de la demande de rétractation de son ordonnance, en dépit de la comparution des parties devant le juge de la conciliation

DIVORCE, SEPARATION DE CORPS - Dispositions communes - Procédure - Procédure applicable aux cas autres que le divorce par consentement mutuel - Mesures urgentes - Ordonnance sur requête les fixant - Rétractation - Fondement - Principe de la contradiction

DIVORCE, SEPARATION DE CORPS - Dispositions communes - Procédure - Procédure applicable aux cas autres que le divorce par consentement mutuel - Mesures urgentes - Ordonnance sur requête les fixant - Rétractation - Définition - Voie de recours (non)

PROCEDURE CIVILE - Ordonnance sur requête - Rétractation - Fondement - Principe de la contradiction - Cas

DIVORCE, SEPARATION DE CORPS - Dispositions communes - Procédure - Procédure applicable aux cas autres que le divorce par consentement mutuel - Mesures urgentes - Ordonnance sur requête les fixant - Rétractation - Portée

Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour démontrer qu'une ordonnance rendue par un juge étranger n'est pas devenue caduque et qu'en conséquence, il n'existe aucun vide juridique, retient d'une part que le juge étranger a fixé à une certaine date l'expiration des mesures urgentes et provisoires qu'il a ordonnées, d'autre part qu'aucune procédure de divorce n'a été engagée à l'étranger venant modifier ces mesures et enfin que, dans la procédure introduite en France, aucune mesure n'a été prise à l'issue d'un débat contradictoire

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Accords et conventions divers - Convention de New York du 26 janvier 1990 - Droits de l'enfant - Article 3 § 1 - Applicabilité directe - Effets

C'est en application de l'article 13, b, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 qui dispose 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, et en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il résulte de l'article 3 § 1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, disposition d'application directe devant la juridiction française, qu'une cour d'appel considère, prenant en considération l'intérêt supérieur des enfants, par une appréciation souveraine des éléments de preuve et notamment des attestations produites dont elle relève le caractère général, non étayé et contradictoire avec les faits tels qu'évoqués par les parties elles-mêmes devant le juge et les services de police étrangers auprès desquels l'épouse a affirmé que ses enfants n'étaient pas en danger chez son mari, que l'existence d'un risque grave ou d'une situation intolérable n'est pas établi, qu'en conséquence leur non retour est illicite

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Accords et conventions divers - Convention de New York du 26 janvier 1990 - Droits de l'enfant - Article 3 § 1 - Considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant - Domaine d'application - Etendue - Détermination

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Accords et conventions divers - Convention de La Haye du 25 octobre 1980 - Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants - Article 13, b - Non-retour de l'enfant - Obligation d'ordonner le retour de l'enfant - Exclusion - Cas - Exposition de l'enfant à un risque grave de danger physique ou psychique - Caractérisation - Défaut - Applications diverses

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Accords et conventions divers - Convention de La Haye du 25 octobre 1980 - Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants - Article 13, b - Non-retour de l'enfant - Obligation d'ordonner le retour de l'enfant - Exclusion - Cas - Placement de l'enfant dans une situation intolérable - Caractérisation - Défaut - Applications diverses

**Textes appliqués :**

- 3° :
- 1° :
- 2° :
- Code civil 3
- Convention de La Haye 1980-10-25 art. 13 b

- Convention de New York relative aux droits de l'enfant 1990-01-26 art. 3 1
- Nouveau Code de procédure civile 497, 1107