

BGer 5A_827/2016 vom 30. November 2016

Bundesgericht, 2016-11-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_827_2016

FR: TF 5A_827/2016 du 30 novembre 2016

IT: TF 5A_827/2016 del 30 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

La décision statuant sur la requête en retour d'un enfant à la suite d'un déplacement international d'enfant est une décision finale (art. 90 LTF) prise en application de normes de droit public dans une matière connexe au droit civil, singulièrement en matière d'entraide administrative entre les États contractants pour la mise en oeuvre du droit civil étranger (art. 72 al. 2 let. b ch. 1 LTF; ATF 133 III 584 consid. 1.2; 120 II 222 consid. 2b; arrêts 5A_429/2015 du 22 juin 2015 consid. 1; 5A_584/2014 du 3 septembre 2014 consid. 1.1; 5A_880/2013 du 16 janvier 2014 consid. 1). Le Juge de la Cour civile I du Tribunal cantonal du canton du Valais a statué en instance cantonale unique conformément à l'art. 7 al. 1 de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007 (LF-EEA, RS 211.222.32); il y a ainsi exception légale au principe du double degré de juridictions cantonales (art. 75 al. 2 let. a LTF ; arrêts 5A_584/2014 du 3 septembre 2014 consid. 1; 5A_799/2013 du 2 décembre 2013 consid. 1 et 5A_822/2013 du 28 novembre 2013 consid. 1.1). Le recours a en outre été interjeté dans la forme (art. 42 LTF) et le délai de dix jours (art. 45 al. 1 et 100 al. 2 let. c LTF) prévus par la loi, par une partie ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente et justifiant d'un intérêt digne de protection à la modification ou à l'annulation de la décision attaquée (art. 76 al. 1 LTF), de sorte que le recours en matière civile est en principe recevable.

E. 2

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral et du droit international (art. 95 let. a et b LTF). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 139 II 404 consid. 3; 135 III 397 consid. 1.4). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés (ATF 140 III 86 consid. 2; 137 III 580 consid. 1.3; 135 III 397 consid. 1.4). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 140 III 86 consid. 2 et les références). De surcroît, le Tribunal fédéral ne connaît de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été invoqué et motivé à cet égard par le recourant ("principe d'allégation", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 139 I 229 consid. 2.2; 137 II 305 consid. 3.3; 135 III 232 consid. 1.2, 397 consid. 1.4

in fine), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de façon claire et détaillée (ATF 135 III 232 consid. 1.2; 133 II 249 consid. 1.4.2; arrêt 5A_223/2016 du 28 juillet 2016 consid. 2.1).

E. 3

Le recours a pour objet le refus du rapatriement de la mineure C._____ en Pologne auprès de son père, au regard des dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80, RS 0.211.230.02).

E. 3.1

La CLaH80 a pour but d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant et de faire respecter de manière effective dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existants dans un autre Etat contractant (art. 1

er CLaH80). A teneur de l'art. 4 de la CLaH80, la Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un État contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite (art. 5 CLaH80).

Le retour de l'enfant dans son pays de provenance ne peut être ordonné que si le déplacement est illicite au sens de l'art. 3 CLaH80 et si aucune des exceptions au retour prévues par l'art. 13 CLaH80 n'est réalisée. Le déplacement ou le non-retour de l'enfant est considéré comme illicite au sens de l'art. 3 CLaH80, 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'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (let. a), et que ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour (let. b). En matière internationale, 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 (art. 5 let. a CLaH80).

E. 3.1.1

Le Juge de la Cour civile I du Tribunal cantonal du canton du Valais a retenu que l'enfant C._____ était âgée de quatre ans et résidait en Pologne avant l'atteinte au droit de garde de son père, en sorte que la CLaH80 s'appliquait au cas d'espèce. Constatant d'abord le droit étranger, le juge cantonal a exposé que l'art. 58 du Code polonais de famille et tutelle du 25 février 1964 (ci-après : CFT) prévoit que dans le jugement de divorce, le juge statue sur l'autorité parentale à l'égard de l'enfant mineur du couple (al. 1), peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des parents et limiter l'autorité de l'autre à des devoirs et prérogatives envers l'enfant ou, sur requête commune, confier aux deux parents l'autorité parentale (al. 1a). Tant qu'une décision n'a pas été rendue et que les parents demeurent mariés, ils sont tous deux titulaires de l'autorité parentale,

ex lege (art. 92 et 93 para. 1 CFT). Selon l'art. 97 CFT, si les deux parents sont titulaires de l'autorité parentale, chacun a le droit et l'obligation de l'exercer (al.1); pour les questions essentielles relatives à l'enfant, en cas de désaccord, le tribunal tutélaire statue (al. 2), étant précisé que la jurisprudence polonaise considère que le déménagement d'un enfant à l'étranger fait partie des questions importantes pour lesquelles l'accord des deux parents est indispensable. Appliquant ensuite ces règles au cas d'espèce, le Juge de la Cour civile I du Tribunal cantonal a considéré que le père est co-titulaire de l'autorité parentale, dispose du droit de garde sur l'enfant au sens de l'art. 5 CLaH80, qu'il n'a pas été démontré que le père n'avait pas exercé son droit de manière effective au moment où l'enfant a été déplacée, partant qu'il devait consentir au déplacement de sa fille en Suisse. Sur ce point, le juge

cantonal a constaté qu'il n'y a eu ni consentement, ni d'acquiescement du père et que la déclaration de la mère, qui a dit avoir "pensé" que son mari était informé de son intention de partir en Suisse avec leur fille, n'est pas une preuve d'un tel consentement.

E. 3.1.2

S'agissant de l'application de la CLaH80 au cas d'espèce, la cour de céans constate que tant la Suisse que la Pologne ont toutes deux ratifié cette convention (art. 1er CLaH80) et il ressort des faits de l'arrêt entrepris, non contesté sur ce point (

cf. infra consid. 4), que immédiatement avant le déplacement vers la Suisse, l'enfant vivait en Pologne, où sa mère est venue la chercher (

cf. supra consid. 3.2). Il s'ensuit que les dispositions de la CLaH80 sont applicables au cas d'espèce.

Il apparaît en outre que, en vertu du droit du pays de provenance, les deux parents étaient co-titulaires de l'autorité parentale et de la garde lorsque la mère a emmené la mineure en Suisse - ce que la recourante ne conteste au demeurant pas - et il a été constaté par le juge précédent que le père n'avait pas consenti au déplacement de l'enfant. Au vu de ce qui précède, le déplacement de la fille a lieu en violation du droit de garde du père, attribué conjointement par le droit polonais aux parents mariés, alors que celui-ci exerçait, au moment du déplacement, effectivement ses prérogatives parentales, singulièrement le choix du lieu de résidence de l'enfant (

cf. supra consid. 3.1 et art. 5 let. a CLaH80). Le déplacement de la mineure C. _____ en Suisse doit donc être considéré comme illicite, au sens de l'art. 3 CLaH80.

E. 3.2

En principe, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat (art. 1 let. a, 3 et 12 al. 1 CLaH80), à moins que l'une des exceptions prévues à l'art. 13 CLaH80 ne soit réalisée (arrêts 5A_717/2016 du 17 novembre 2016 consid. 4.3; 5A_558/2016 du 13 septembre 2016 consid. 6.1; 5A_1003/2015 du 14 janvier 2016 consid. 5.1; 5A_705/2014 du 15 octobre 2014 consid. 3.1).

La première exception prévue à l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80 prévoit que l'autorité judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque le parent ravisseur qui s'oppose à ce retour établit que l'autre parent, qui avait le soin de l'enfant, avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour. Lorsque l'État requérant rend, postérieurement au déplacement, une décision accordant la garde au parent ravisseur, il y a lieu d'admettre que le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné, au sens de l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80 (arrêt 5A_558/2016 du 13 septembre 2016 consid. 6.3.2).

La deuxième exception prévue à l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 stipule que l'autorité judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

E. 3.2.1

Le juge cantonal a relevé, s'agissant de l'exception au retour prévue par l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80, que la mère se prévaut d'un accord oral que lui aurait donné le juge polonais à la suite de l'audience du 8 mars 2016 et de la décision du 17 mai 2016, en tant

qu'acquiescement postérieur de l'Etat de provenance de l'enfant. Or, le Juge de la Cour civile I du Tribunal cantonal du canton du Valais a constaté que le tribunal de Lublin a annulé sa décision du 17 mai 2016 postérieure à l'action en retour de l'enfant, en vertu de l'art. 598 para. 1 CPC/Pol prévoyant que l'autorité ne peut pas se prononcer sur l'autorité parentale ou la garde d'un enfant lorsqu'une action en retour fondée sur la CLaH80 est en cours, de sorte que la procédure portant sur ces questions a du être suspendue, partant, qu'il n'existe pas d'acquiescement du pays de provenance de l'enfant faisant échec au renvoi de la mineure.

Concernant l'exception prévue par l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80 ou une éventuelle contrariété à l'ordre public suisse (art. 17 LDIP), le juge cantonal a estimé que l'intérêt de l'enfant n'est pas gravement compromis par le retour de l'enfant en Pologne et l'incertitude qui y est rattachée quant à l'attribution de la garde à l'un des parents par les autorités de ce pays.

E. 3.2.2

Sous le grief d'établissement manifestement incomplet et inexact des faits (arbitraire, art. 9 Cst.), la recourante tente implicitement de faire reconnaître que la première exception au retour de la mineure (art. 13 al. 1 let. a CLaH80) serait satisfaite. Elle soulève ensuite les griefs de violation des art. 17 et 27 LDIP , 13 al. 1 let. b CLaH80 et 5 LF-EEA, estimant que le rapatriement de sa fille en Pologne est intolérable. Enfin, elle invoque la clause d'interdiction de l'abus de droit.

E. 4

La recourante se plaint de l'établissement manifestement incomplet et inexact des faits, soulevant le grief d'arbitraire (art. 9 Cst.). Elle affirme que l'état de fait de la décision déferée est trop succinct, omettant de constater plusieurs faits importants et nécessaires à l'appréciation juridique, et qu'il est aussi erroné sur plusieurs points.

Ainsi, la mère soutient que le juge cantonal devait mentionner que la décision rendue le 17 mai 2016 par le tribunal polonais tenait compte du déplacement de l'enfant en Suisse et que le père avait annoncé une procédure d'enlèvement international d'enfant. Selon elle, le juge précédent devait en outre retranscrire le reste du contenu de cette décision, singulièrement qu'elle s'occupait de l'enfant depuis la naissance, que la fille s'était bien acclimatée en Suisse où elle vit dans de bonnes conditions, que l'enfant était très proche d'elle, que le père avait tenté d'enlever de force sa fille à l'issue d'une audience en mars 2016, nécessitant l'intervention de la police, et l'absence de consensus entre les parents s'agissant du lieu de résidence de l'enfant. La recourante affirme que ces éléments factuels - qui correspondent aux allégués 11 à 21 de son recours - sont susceptibles d'influer sur le sort de la cause, s'agissant de la portée qu'il convient de donner à la décision du 17 mai 2016, dont elle soutient qu'elle équivaut à un acquiescement postérieur au sens de l'art. 13 al. 1 let. a CLaH80.

Toujours sous le grief d'établissement arbitrairement lacunaire des faits (art. 9 Cst.), la recourante reproche au juge cantonal d'avoir omis de mentionner dans l'état de fait que le père était militaire de carrière, qu'il lui arrivait de devoir s'absenter durant plusieurs semaines, qu'il avait refusé de contribuer à l'entretien de leur fille et au sien - motivant son départ en Suisse pour y chercher du travail -, qu'il avait minimisé ses revenus alors que son revenu mensuel s'élèverait à l'équivalent de 10'300 fr. suisses, qu'il savait où se trouvait l'enfant, et qu'en 2015, alors qu'elle était en Suisse et qu'elle voulait prendre des nouvelles de sa fille, le père avait refusé de répondre au téléphone. Selon la recourante, ces éléments

sont indispensables pour apprécier s'il est envisageable de confier l'enfant à son père.

Quant à l'établissement manifestement inexact des faits (art. 9 Cst.), la recourante énumère quatre aspects. Elle expose premièrement que le père se n'est pas vraiment occupé de leur fille pendant son premier séjour en Suisse, mais que ses déclarations à ce sujet ont varié, allant de l'aide occasionnelle d'une tante, à la garde complète par la grand-mère paternelle. Elle conteste deuxièmement le fait que le père n'ait jamais été informé et n'ait consenti au départ en Suisse de l'enfant, affirmant qu'elle a annoncé au père de ses opportunités professionnelles en Suisse et qu'il savait qu'elle partait en Suisse car cela avait été mentionné lors de l'audience en Pologne le 8 mars 2016. Troisièmement, la recourante reproche le constat selon lequel elle n'a pas démontré être dans l'impossibilité de retrouver un emploi en Pologne, relevant que cela ne ressort pas de l'état de fait, mais que les raisons pour lesquelles elle a dû se résoudre à venir en Suisse - qui sont d'ordre économique et liées au marché du travail - ressortent de la décision polonaise du 17 mai 2016 et ont été jugées admissibles. Enfin, elle fait valoir quatrièmement que la confirmation du dépôt de la requête en retour de l'enfant le 15 juin 2016 ne figure pas dans l'état de fait de la décision attaquée.

E. 4.1

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). En tant que cour suprême, il est instance de révision du droit et non pas juge du fait. Il ne peut donc rectifier ou compléter les faits, partant s'en écarter, que si ceux-ci ont été établis de façon manifestement inexacte - soit de manière arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. (ATF 140 III 264 consid. 2.3, 115 consid. 2; 137 III 226 consid. 4.2; 135 III 397 consid. 1.5) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF) et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1

in fine LTF). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte doit soulever ce grief en présentant une argumentation claire et détaillée ("principe d'allégation, art. 106 al. 2 LTF , cf. supra consid. 2).

E. 4.2

Saisie d'une requête en retour de l'enfant, l'autorité judiciaire de l'État dans lequel l'enfant a été déplacé ou est retenu illicitement n'est pas compétente pour procéder à un examen approfondi de la situation complète afin de rendre une décision sur le fond de la cause statuant sur les questions d'autorité parentale et de garde de l'enfant. Dans le cadre du mécanisme de la CLaH80, il suffit que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments - pertinents à l'aune de la CLaH80 - plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte des circonstances du cas d'espèce (arrêts 5A_558/2016 du 13 septembre 2016 consid. 7; 5A_584/2014 du 3 septembre 2014 consid. 6.2.3).

E. 4.3

En l'occurrence, dès lors qu'un examen de l'opportunité sur les questions d'autorité parentale et de garde échappe aux autorités suisses, contraintes de se limiter à constater la licéité ou l'illicéité du déplacement et non-retour de l'enfant, puis, le cas échéant, les exceptions au rapatriement de celui-ci, au regard des critères de la CLaH80 (

cf. supra consid. 4.2), les griefs de la recourante tendant au complètement de l'état de fait par la constatation de la situation des parents, aux fins d'apprécier quel parent est le plus apte à se voir attribuer la garde de l'enfant, ne relèvent pas du pouvoir d'examen des autorités suisses. Dans cette mesure, le grief doit être d'emblée rejeté.

S'agissant du contenu de la décision polonaise du 17 mai 2016, le complètement des faits à ce sujet pour apprécier la portée de cette décision, s'avère vain. Il ressort en effet clairement de l'état de fait - non contesté sur ce point, uniquement sur son appréciation juridique (cf. infra consid. 5 et 6 concernant les art. 17 et 27 LDIP) - que la décision du 17 mai 2016 a été annulée par l'autorité polonaise qui l'avait prononcée, le 16 juin 2016. Dépourvu de pertinence, le grief de complètement des faits par le contenu détaillé de la décision polonaise du 17 mai 2016 est donc également rejeté.

Quant à la correction de l'état de fait sur quatre points, autant que ces éléments ne sont pas redondants avec le complètement sollicité des faits - singulièrement au sujet de la garde de l'enfant par le père, les motifs de son départ en Suisse et la connaissance par les autorités polonaises d'une procédure d'enlèvement d'enfant -, la recourante se limite à présenter sa version des faits, sans démontrer que ces allégations seraient établies et n'expose nullement en quoi ces éléments auraient une incidence sur le sort de la cause, étant encore rappelé que la Suisse n'est saisie que de la question du retour de l'enfant sur la base de la CLaH80. Insuffisamment motivé sur la question de la correction de l'état de fait (art. 106 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 2 et 4.1), le grief est irrecevable.

E. 5

La recourante soutient ensuite que le juge cantonal ne devait pas tenir compte de la décision polonaise du 16 juin 2016 annulant sa décision précédente du 17 mai 2016, prise en application de l'art. 598 al. 1 du Code de procédure civile polonais (ci-après : CPC/Pol), car cela violerait l'intérêt supérieur de l'enfant et la sécurité du droit, partant, serait contraire à l'ordre juridique suisse au sens de l' art. 17 LDIP . Selon elle, le juge précédent devait s'interroger sur les conséquences de l'application de l' art. 598 al. 1 CPC /Pol au cas d'espèce. Il devait aussi relever que les décisions polonaises des 16 juin 2016 et 12 juillet 2016 annulant la décision du 17 mai 2016 ne reprennent pas les éléments factuels de la dernière décision. En définitive, elle soutient que la clause d'ordre public justifie d'ignorer l'annulation de la décision du 17 mai 2016 et donc de s'en tenir à cette décision lui attribuant la garde de la mineure, à titre d'acquiescement postérieur de l'Etat de provenance (art. 13 al. 1 let. a CLaH80).

E. 5.1

Aux termes de l' art. 17 LDIP , l'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse. Cette disposition institue la réserve dite négative de l'ordre public suisse. Elle permet au juge de ne pas appliquer exceptionnellement un droit matériel étranger qui aurait pour résultat de heurter de façon insupportable les moeurs et le sentiment du droit en Suisse (ATF 129 III 250 consid. 3.4.2 et les arrêts cités). De façon générale, la réserve de l'ordre public doit permettre au juge de ne pas apporter la protection de la justice suisse à des situations qui heurtent de manière choquante les principes les plus essentiels de l'ordre juridique, tel qu'il est conçu en Suisse. En obligeant le juge suisse à appliquer une loi étrangère, le droit international privé suisse accepte nécessairement que cette loi puisse diverger du droit suisse. Il ne saurait donc être

question d'en appeler à l'ordre public suisse chaque fois que la loi étrangère diffère, même sensiblement, du droit fédéral. La règle est au contraire l'application de la loi étrangère désignée par le droit international privé suisse (ATF 128 III 201 consid. 1b; 125 III 443 consid. 3d; 119 II 264 consid. 3b; 117 II 494 consid. 7).

E. 5.2

Le grief de la recourante est mal fondé. D'abord, il n'y a pas de violation de l'ordre public suisse à raison de l'application (immédiate) du droit polonais au cas d'espèce, commandé par la LDIP ou la CLaH80 (

cf. supra consid. 5.1). L'annulation de la décision du 17 mai 2016 sur la base de l' art. 598 al. 1 CPC /Pol a été prononcée par les autorités polonaises elles-mêmes, en sorte que le juge précédent s'est contenté de prendre acte, en fait, de l'annulation de la décision du 17 mai 2016. Au demeurant, le constat d'annulation d'une décision judiciaire statuant sur la garde, au motif qu'une procédure fondée sur la CLaH80 est en cours n'apparaît nullement choquant au regard du droit suisse et la recourante ne parvient de toute manière pas à le démontrer, se limitant à alléguer que la situation est préjudiciable à l'enfant, sans expliciter le préjudice subi par la mineure. Quant au résultat de l'arrêt déféré, à savoir le rapatriement de l'enfant en Pologne, il n'est manifestement pas incompatible avec l'ordre public suisse au sens de l' art. 17 LDIP , étant rappelé que la Suisse est partie à la CLaH80 qui prévoit justement, par principe, le retour des enfants déplacés dans leur pays d'origine.

E. 6

La recourante soutient également que, conformément à l' art. 27 LDIP , les décisions polonaises des 16 juin et 12 juillet 2016 annulant la décision du 17 mai 2016 concernant le droit de garde n'auraient pas dû être reconnues en Suisse, car elles sont manifestement incompatibles avec l'ordre juridique suisse (art. 17 LDIP).

E. 6.1

L' art. 27 LDIP stipule que la reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée en Suisse si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse.

E. 6.2

A nouveau, la recourante se fourvoie. Elle part du postulat erroné que les décisions d'annulation de la décision du 17 mai 2016 devaient être et ont été reconnues en Suisse. Or, le juge cantonal valaisan s'est limité à constater, en fait, l'annulation d'une décision polonaise (celle du 17 mai 2016) par deux décisions polonaises postérieures (celles des 16 juin et 12 juillet 2016), conformément à ce que prescrit l'art. 14 CLaH80, aux termes duquel l'autorité judiciaire de l'Etat requis peut tenir compte directement des décisions judiciaires de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, sans avoir recours aux procédures spécifiques pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables. Il s'ensuit que l' art. 27 LDIP n'est pas applicable dans le cadre de la CLaH80, singulièrement à la présente cause.

En tout état de cause, ainsi qu'il a été examiné ci-avant (

cf. supra consid. 5.2), l'annulation de la décision polonaise du 17 mai 2016 comme conséquence de la "reconnaissance" des décisions des 16 juin et 12 juillet 2016, partant, l'ordre de rapatriement de la mineure en Pologne, ne sont pas incompatibles avec l'ordre public suisse (art. 17 LDIP). Aussi, la clause de réserve à l'ordre public suisse n'aurait pas

été un motif de refus, au sens de l' art. 27 al. 1 LDIP , de reconnaître en Suisse les décisions des 16 juin et 12 juillet 2016, fondées sur l' art. 598 al. 1 CPC /Pol.

E. 7

La recourante soulève le grief de violation des art. 13 al. 1 let. b CLaH80 et 5 let. a et b LF-EEA, arguant que le retour de la mineure en Pologne crée une situation intolérable pour celle-ci. Elle fait valoir que l'enfant ne peut pas être confiée au père, qu'elle se trouve dans l'impossibilité de retourner en Pologne, et que le juge précédent a omis à cet égard de tenir compte de l'ensemble des éléments pertinents, notamment des faits tels qu'elle entendait les faire compléter et corriger (

cf. supra consid. 4), singulièrement concernant la situation des parents et la prétendue incapacité du père à maintenir le lien entre elle et l'enfant.

E. 7.1

En vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, l'autorité judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort de l'enfant, notamment sur la question de savoir quel parent serait le plus apte à l'élever et à prendre soin de lui; la décision à ce sujet revient au juge du fait de l'État de provenance et la procédure de retour tend uniquement à rendre possible une décision future à ce propos (cf .

supra consid. 4.2; art. 16 et 19 CLaH80; ATF 133 III 146 consid. 2.4; 131 III 334 consid. 5.3).

L' art. 5 LF-EEA précise l'application de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80, en énumérant une série de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable (Message concernant la mise en oeuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en oeuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, du 28 février 2007, FF 2007 p. 2433, n° 6.4). Le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné notamment lorsque: 1° le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant; 2° le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui; 3° le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (arrêts 5A_584/2014 du 3 septembre 2014 consid. 6.2.2; 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 consid. 5.1, publié

in PJA 2012 p. 1630 et

in SJ 2013 I p. 29; 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié

in SJ 2010 I p. 151).

Le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même, et non les parents. Cela signifie que le retour peut entraîner, selon les circonstances, une séparation entre l'enfant et sa personne de référence, séparation qui ne constitue pas encore à elle seule

une cause de refus du retour (ATF 130 III 530 consid. 3). Lorsque le parent ravisseur, dont l'enfant ne devrait pas être séparé de lui, crée lui-même une situation intolérable pour l'enfant en refusant de le raccompagner, alors qu'on peut l'exiger de lui, il ne peut pas invoquer la mise en danger de l'enfant à titre d'exception au retour; à défaut, le parent ravisseur pourrait décider librement de l'issue de la procédure de retour (ATF 130 III 535 consid. 2; arrêt 5A_105/2009 du 16 avril 2009 consid. 3.4 et 3.8

in fine , publié

in FamPra.ch 2009 p. 791). Un retour du parent ravisseur avec l'enfant, au sens de l' art. 5 let. b LF-EEA , ne peut, par exemple, pas être exigé si ce parent s'expose à une mise en détention, ou s'il a noué en Suisse des relations familiales très solides, notamment après un nouveau mariage. Il doit s'agir toutefois de situations exceptionnelles, dans lesquelles il ne peut être raisonnablement exigé du parent ravisseur qu'il retourne dans le pays de dernière résidence de l'enfant aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. Le caractère intolérable du retour de l'enfant doit, dans tous les cas, être établi clairement, à défaut de quoi le retour doit être ordonné (arrêt 5A_583/2009 du 10 novembre 2009 consid. 4, publié

in SJ 2010 I p. 151).

E. 7.2

Il apparaît que la recourante expose que le retour de sa fille en Pologne serait intolérable, essentiellement au vu des capacités éducatives du père sensiblement inférieures aux siennes. Or, il ressort des faits, que le tribunal de Lublin, même dans sa décision du 17 mai 2016, n'a pas remis en cause les capacités du père. La remise de la mineure à son père ne place donc pas celle-ci dans une situation intolérable, étant rappelé ici aussi que la disponibilité des parents et leur capacité à favoriser les contacts avec l'autre, ont

a priori trait à l'examen de l'attribution de la garde et non de la question du retour de l'enfant selon la CLaH80, partant, demeurent de la compétence des autorités polonaises. Pour le surplus, la recourante n'allègue pas, ni

a fortiori ne démontre, quel risque encourrait sa fille si elle devait être confiée à son père en Pologne, de sorte qu'elle ne parvient pas à démontrer un quelconque risque grave découlant du rapatriement de son enfant, singulièrement un danger qui atteindrait le seuil de gravité d'une mise en danger de l'enfant au sens de l'art. 13 al. 1 let. b CLaH80. Il convient par ailleurs de souligner que la recourante a été condamnée à ramener l'enfant en Pologne, mais non de remettre la mineure à son père. Le fait que la recourante considère son propre retour en Pologne comme intolérable, aux niveaux financier et professionnel, n'est pas pertinent pour l'examen de la présente exception au retour (cf. supra consid. 7.1). Il s'ensuit que, nonobstant les prétendues difficultés pratiques et le possible impact sur leur niveau de vie, il peut raisonnablement être exigé de la recourante qu'elle retourne en Pologne avec sa fille, aux fins d'y attendre qu'il soit jugé définitivement sur les droits parentaux. En définitive, ne fait ainsi valoir aucun risque grave pour l'enfant en cas de retour. Le grief de violation des art. 13 al. 1 let. b CLaH80 et 5 let. a et b LF-EEA sont par conséquent infondés.

E. 8

Enfin, la recourante dénonce un abus de droit, d'une part, du juge cantonal qui a violé le but et l'esprit de la CLaH80 et, d'autre part, du père, dont les manoeuvres judiciaires auraient eu pour seule finalité l'annulation de la décision du 17 mai 2016 et une nouvelle chance de

faire valoir ses arguments en vue d'obtenir la garde de l'enfant en Pologne.

E. 8.1

En vertu de l' art. 2 al. 2 CC - qui fait partie de l'ordre public suisse positif directement applicable (ATF 128 III 201 consid. 1c) - l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. La règle prohibant l'abus de droit permet au juge de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste (ATF 134 III 52 consid. 2.1 et les références). L'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes du cas, en s'inspirant des diverses catégories mises en évidence par la jurisprudence et la doctrine (ATF 129 III 493 consid. 5.1 et les arrêts cités). L'emploi dans le texte légal du qualificatif "manifeste" démontre que l'abus de droit doit être admis restrictivement. Les cas typiques en sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 497; ATF 127 III 357 consid. 4c/bb p. 364). Il incombe à la partie qui se prévaut d'un abus de droit d'établir les circonstances particulières qui autorisent à retenir cette exception (ATF 133 III 61 consid. 5.1 p. 76 et les références).

E. 8.2

En tant qu'il est formulé à l'encontre du juge cantonal, le grief d'abus de droit est d'emblée insuffisamment motivé (

cf. supra consid. 2; art. 42 al. 2 et 106 al. 2 LTF). La recourante n'explicite en effet pas plus avant sa critique.

A l'égard du père, il n'est nullement manifeste, et la recourante ne le démontre pas (

cf. supra consid. 8.1

in fine), qu'il commettrait un abus de droit en demandant le retour de l'enfant en Pologne, même si cela impliquerait l'annulation de la décision sur la garde du 17 mai 2016 et une nouvelle décision à ce sujet. Rien au dossier ne laisse supposer que l'intimé ne souhaiterait pas réellement le retour de sa fille en Pologne : ses démarches judiciaires tendent toutes à ce résultat et il s'est déjà occupé de l'enfant en Pologne lors du premier séjour de la recourante en Suisse. De surcroît, si, comme le prétend la recourante, le père a procédé ainsi pour obtenir une nouvelle décision des autorités polonaises au sujet du droit de garde, cela ne serait toujours pas constitutif d'un abus de droit, mais tendrait au contraire à démontrer que le père recherche réellement à obtenir la garde de sa fille. Le grief d'abus de droit doit donc être rejeté.

E. 9

En définitive, le recours doit être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, en sorte que le retour immédiat de l'enfant en Pologne ordonné dans l'arrêt entrepris doit être garanti d'ici au 31 décembre 2016 au plus tard. Au vu du présent arrêt sur le fond, la demande d'effet suspensif devient sans objet. Les art. 26 CLaH80 et 14 LF-EEA prévoient la gratuité de la procédure; toutefois, conformément aux dispositions de l'art. 42 CLaH80 et par application de l'art. 26 al. 3 CLaH80, la Pologne a déclaré qu'elle ne prendra en charge les frais visés à l'alinéa 2 de l'article 26 que dans la mesure où ces frais sont couverts par le système polonais d'aide judiciaire. La Suisse applique dans ce cas le principe de la réciprocité (art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111), de sorte que la procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas gratuite (arrêts 5A_25/2010 du

2 février 2010 consid. 3; 5A_840/2011 du 13 janvier 2012 consid. 6). Les conclusions de la recourante étant d'emblée dépourvues de chances de succès, sa requête d'assistance judiciaire ne saurait être agréée (art. 64 LTF). La recourante, qui succombe, supportera donc les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) arrêtés à 2'000 fr. L'intimé, qui a été invité à se déterminer et a obtenu gain de cause sur le fond a droit à des dépens pour la procédure fédérale (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Cette indemnité de dépens, à hauteur de 2'000 fr. (art. 68 al. 1 LTF), est également mise à la charge de la recourante, mais est provisoirement supportée par la Caisse du Tribunal fédéral.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.