

Droit de visite et intérêt de l'enfant

François Boulanger, Professeur émérite de l'université Paris VIII (Saint-Denis)

1 - Derrière la simplicité des données de fait et de la question juridique posée - la possibilité de l'exercice d'un « droit de visite » -, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a été amenée à se prononcer sur la signification toujours délicate d'une « vie privée et familiale » qui serait à protéger, comme sur l'intervention de celui qu'on peut qualifier de « tiers non désiré » et la notion de « famille » (1). En l'occurrence, un couple marié en Allemagne s'est séparé à partir de 2001 ; le mari est parti travailler au Royaume-Uni pendant que la femme restait sur le territoire national. En mai 2002, elle entamait une liaison avec celui qui allait devenir le demandeur (M. S.). Enceinte, un peu plus d'un an après (en juin 2003), elle ne tarde pas à quitter son compagnon, trois mois plus tard, en septembre, et part rejoindre son mari au Royaume-Uni. L'enfant - un garçon - naissait en Angleterre au début de mars 2004. C'est alors que deux mois après le départ de la femme (novembre 2003), son ancien compagnon déposait une reconnaissance prénatale de l'enfant devant l'Office de la jeunesse d'Heidelberg ; il affirmait être le père biologique de celui-ci, déclaration niée par la femme. Elle ne devait jamais, devant l'hostilité du couple marié, être scientifiquement vérifiée.

Celui qui avait partagé la vie de la mère intentait alors un recours devant les juridictions nationales allemandes, tendant à lui procurer un droit de visite de l'enfant deux fois par mois et une information régulière sur le développement du mineur. Ce schéma - vie commune, séparation, puis naissance de l'enfant - avait déjà nourri un contentieux important tant au niveau des juridictions internes (2) qu'à celui des arrêts de la Cour européenne (3). La nouveauté, par rapport aux précédents, résidait dans l'incertitude qui persistait sur la paternité « réelle » de l'enfant, alors qu'auparavant il était né indiscutablement des « oeuvres » de l'amant. Le demandeur - comme nous le verrons, un « étranger » juridique pour l'enfant - devait échouer par deux fois, d'abord devant le Landgericht de Fulda, puis en appel devant l'Oberlandesgericht de Francfort-sur-le-Main (9 févr. 2006). C'est alors que, sans plus de succès, il alléguait, devant la Cour suprême fédérale constitutionnelle (Bundesverfassungsgerichtshof), l'incompatibilité de ces refus successifs avec l'article 6, § 2, de la loi fédérale constitutionnelle sur le « *droit naturel* » des parents quant aux soins et à l'éducation des enfants, devoir « *surveillé par la communauté nationale* », comme avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne. Le refus créait une atteinte « *disproportionnée* » au droit de la vie de famille et une situation discriminatoire par rapport à d'autres parents.

Le dernier échec rencontré devant la Cour (20 septembre 2006) devait entraîner l'ultime recours contre le gouvernement allemand devant la Cour européenne fondé sur la même application des articles 8 et 14 de la Convention. La Cour avait alors à choisir entre une stricte application des textes, protecteurs de l'autorité parentale de la famille légitime, et une interprétation très large de l'article 8 de la Convention européenne, favorable à l'intervention de l'ancien amant.

I - La justification d'une application restrictive de la défense des droits parentaux

2 - Devant ce qu'il considérait comme une « *intrusion* », le gouvernement allemand disposait *a priori* de solides arguments juridiques, voire psychologiques, pour s'y opposer. Tout d'abord, quant au préalable, c'est-à-dire le titre éventuel du demandeur. Marié, malgré la séparation, le couple continuait d'être « couvert » par la présomption de paternité du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB, art. 1592, § 1592 1<sup>er</sup>). Ce qui signifiait que la reconnaissance prénatale était sans valeur en face du titre de paternité (art. 1594, § 1594 2). L'ancien amant restait un « étranger » à l'enfant et n'aurait pu combattre la présomption que par la preuve, en l'espèce impossible, de la cohabitation avec la mère pendant toute la durée de la conception (art.

1600, § 1600 2). Le droit de visite, face à une autorité parentale conjointe, excluait le demandeur de la catégorie « légale » du § 1685 1<sup>er</sup> de l'article 1685 visant les grands-parents et frères et sœurs si cela sert l'intérêt de l'enfant. Il restait à savoir s'il ne pourrait pas profiter de la modification du texte du § 1685 2 de l'article 1685 par la loi du 22 avril 2004 imposée par l'arrêt de la Cour constitutionnelle de 2003 (4). Dans cette affaire du 9 avril 2003, où l'amant avait vécu six ans avec la mère, assisté à la naissance de l'enfant, dont les traits étaient semblables aux siens, mais avait été « bloqué » dans sa reconnaissance par une autre, mensongère, la question de la compatibilité de son droit de visite avec la Constitution était en jeu. La Cour avait alors affirmé, en mettant en demeure le gouvernement de réformer le § 2 de l'article 1685 (qui ne parlait que de cohabitation avec l'ancien mari ou le partenaire), la nécessité de « liens socio-familiaux » entre le requérant et l'enfant. Il y avait une « famille sociale » même faute d'un lien juridique justifiant le droit de visite (5). La loi du 22 avril 2004 vise des « relations étroites avec l'enfant » (*enge Bezugspersonen*) quand il y a une prise de responsabilité pour celui-ci. L'ancienne cohabitation avec la mère et l'enfant n'est plus qu'une présomption (simple) de ces rapports familiaux. Ce qui compte c'est la volonté de l'homme de s'investir.

3 - Le demandeur tentait alors d'exploiter cette transformation, et, par là, l'atteinte à sa vie privée et familiale en raison du « tissu affectif » créé. Il s'était « intéressé » à la naissance de l'enfant, avait accompagné la future mère dans des visites médicales, s'était même fait envoyer quelques photos. Mais la femme niait toute entente préalable ou tout projet de conception de l'enfant avec un homme qui n'était pas présent lors de la naissance ni même après. Le gouvernement allemand pouvait même faire état de certains précédents de la Cour européenne, tel l'arrêt *Lebbinck c/ Pays-Bas*, où elle avait affirmé qu'une simple paternité biologique « dépourvue de tous éléments juridiques ou factuels indiquant l'existence d'une relation personnelle étroite était insuffisante pour entraîner la protection de l'article 8 » (6).

C'est pourtant à l'encontre de ce raisonnement que la Cour européenne a opté pour un concept très large de la défense de la « vie privée et familiale » et la condamnation des juridictions nationales au nom de l'article 8 de la Convention.

## II - La définition extensive du respect de la vie privée et familiale

4 - Un premier argument pour affirmer la nécessité d'un droit de visite du demandeur envers l'enfant tient beaucoup plus à sa vie privée antérieure qu'à la situation existante au jour de la demande. Ce sont les ébauches de « vie familiale » qui ont pu se créer entre les concubins, et la volonté pour l'avenir de créer en lien avec l'enfant une volonté contrariée par l'attitude de la mère. La formule d'un « droit naturel », qui ne dépend pas de la reconnaissance civile, se trouvait déjà dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande de 2003 et est explicitée par l'arrêt *Anayo* de la CEDH de 2010 (7). Cela, dans des circonstances très proches de la présente affaire, puisque ce ressortissant nigérien en Allemagne avait eu pendant deux ans des relations avec une femme mariée dont étaient nés des jumeaux après la rupture, élevés par le « père légal ». La Cour parlait de « lien non encore noué » et d'obstacle non imputable au requérant... La formule se trouvait déjà dans l'appel à la « vie familiale projetée » au sujet de l'adoption (*Pini et Bertini c/ Roumanie*) et l'affirmation qu'il peut exister une famille sans cohabitation (*Keegan*) (8). Le gouvernement tentait bien dans le présent cas de souligner la différence avec l'affaire *Anayo* puisque la paternité du demandeur n'était biologiquement que « possible », mais la Cour rejetait cette différence (pts 97 à 99). Il résultait d'un rapport d'expert que l'application du principe de prééminence des droits de la famille légitime « légale » ne servirait pas le « meilleur intérêt de l'enfant ». L'absence de tout contact créerait un choc psychique et émotionnel pour son avenir. La démonstration contraire incombait à la famille « légale » (pt 75).

5 - Une pareille affirmation de la Cour s'est appuyée sur un vaste examen de droit comparé (pts 39 à 45). Elle n'a pu que constater certaines divergences dans les droits positifs examinés quant à la possibilité du droit de visite de tiers vis-à-vis d'enfants couverts par la présomption : pour certains, il est seulement lié à l'existence d'un « lien d'affection particulier » (art. 375 bis c. civ. belge) ou dépend de l'appréciation de l'intérêt par le juge (art. 371-4, al. 2, c. civ.). En d'autres hypothèses, comme aux Pays-Bas, il faudra que le tiers (y compris le simple

donneur de sperme) ait eu un contact personnel étroit avec l'enfant (art. 1:377 et 1:377 a, § 3, c. civ. néerlandais). Le code civil suisse (art. 274 a) s'en tient, quant à lui, à des « *circonstances exceptionnelles* ». Là où il n'y a pas de disposition légale, la jurisprudence peut se montrer hésitante. Dans une affaire qu'a eu à connaître la Court of Appeal anglaise en 1991 (*Re SM, A Minor, Natural Father Access*), le père naturel avait eu une relation de vingt-deux mois avec la mère et rompu avant la naissance. La femme déjà mariée avait renoué avec son ancien conjoint et se refusait à tout droit de visite. Les premiers juges l'avaient accordé, mais le président de la Court considéra qu'ils avaient insuffisamment pris en compte les particularités, l'absence de lien entre l'enfant et le père, comme les risques de déstabilisation de la famille légitime<sup>(9)</sup>. Il n'y a pas convergence des droits positifs sur une question aussi sensible.

6 - Il y a lieu, en effet, d'avoir quelque inquiétude sur l'affirmation de la Cour européenne que l'existence d'un droit de visite d'un père « *probable* » servira le « *meilleur intérêt de l'enfant* » (pt 103). C'est, nous semble-t-il, faire bon marché des exigences du BGB sur le lien « *social-familial* » noué avec le mineur. Bien plus, ce sera laisser entendre que l'enfant qui, par définition, n'aurait jamais connu son véritable auteur pourrait, à l'occasion du droit de visite, s'interroger sur sa véritable origine, une perspective non rejetée par la Cour. Ce sera la satisfaction de fortifier moins un lien familial « *élargi* » que celle de l'« *intégrité psychologique du demandeur* »<sup>(10)</sup>. On ne peut que craindre une détérioration des rapports entre le couple et l'enfant. L'exercice du droit de visite (assorti d'ailleurs, ici, de dommages-intérêts) risque de « *lever le voile* » sur ce qui a été la vie intime du demandeur avec une femme mariée. Affirmer sa « *nécessité dans une société démocratique* » participe surtout du déclin de la légitimité du couple au nom d'une vérité ou d'une « *pseudo-vérité* » biologique<sup>(11)</sup>. A la limite, dans une situation comme celle du droit français à propos de la procréation assistée, où aucun lien de droit n'existe entre l'enfant et un tiers donneur (art. 311-19 c. civ.), on pourrait concevoir que, dans la ligne directrice de la Cour, soit satisfait un droit de visite du donneur, avec les dégâts psychiques qu'il serait susceptible de comporter. L'individualisme contemporain l'emporte sur la nécessité de sauvegarder certaines situations légales. C'est aussi ouvrir la porte à une recherche des origines bien incertaine et traumatisante pour l'enfant. La Cour n'a pas hésité à s'inscrire dans une perspective très large et évolutive où l'intérêt de l'enfant, tel qu'il est compris, l'emporte sur celui du foyer où il vit.

#### **Mots clés :**

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX \* Vie familiale \* Droit de visite et d'hébergement \* Intérêt de l'enfant \* Présomption de paternité

(1) Sur l'arrêt du 15 sept. 2011, cf. AJ fam. 2011. 496, obs. C. Siffrein-Blanc, et sur cette expression quant aux tiers qui souhaitent interférer dans la vie de l'enfant<sup>(1)</sup> ; S. Mozacchini-Zeidenberg, L'autorité parentale et les tiers, Dr. fam. 2010. Etude 7.

(2) Cour constitutionnelle allemande, 9 avr. 2003, Fam. RZ 2003. 316, note Huber ; BGH, 9 févr. 2005, *ibid.* 2005. 705, note H. Luthin.

(3) Not. les arrêts *Chavdarev c/ Bulgarie* et *Anayo c/ Allemagne*, Dr. fam. 2011. Alerte 7, obs. M. Bruggeman ; Séminaire jur. 2011, n° 59, obs. F. Sudre ; A. Gouttenoire, La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne, Dr. fam. 2011. Etude 10.

(4) Cf. D. Schwab, *Familienrecht*, 7<sup>e</sup> éd., Beck, 2009, n° 771.

(5) V. Fam. RZ 2003. 316, préc.

(6) CEDH 1<sup>er</sup> juin 2004, n° 45582/99, *Lebbinck*, RTD civ. 2005. 339, obs. J.-P. Marguénaud<sup>(2)</sup> (cas d'une fille naturelle non reconnue s'étant vu refuser un droit de visite après la rupture du concubinage). Sur la nécessité de ce lien affectif, cf. F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant*, Edilivre, 2008, p. 49.

(7) CEDH 21 déc. 2010, n° 20578/07, parlant d'intérêts concurrents à ménager.

(8) Cf. P. Boucaud, L'évolution du concept de vie familiale dans la jurisprudence de la CEDH, *in L'évolution du concept de famille en Europe*, Braglant, Bruxelles, 2009, p. 164 ; A. Gouttenoire, art. préc.

(9) Cf. A. Bainham, *Children: The Modern Law*, Family Law, 2005, p. 212.

(10) I. Berro-Lefèvre, Adoption et droit de l'enfant, *in La conscience des droits*, Mélanges Costa, Dalloz, 2011, p. 34.

(11) Sur la notion de la vérité biologique, cf. P. Mauraie, *La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011, n° 954, citant l'arrêt *Mizzi c/ Malte* de la Cour, pour lequel une situation où une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec le respect de la vie privée (CEDH 12 janv. 2006, n° 26111/02, D. 2009. 776, obs. F. Granet-Lambrechts, sur la brièveté des délais de contestation de la paternité).