

Le droit de visite et "l'intérêt de l'enfant"

par Luc BIHL

Chargé de cours à l'Université d'Amiens

Chaque semaine, des milliers de foyers sont le cadre d'un petit drame familial : un ou plusieurs enfants se préparent à le quitter pour aller passer le week-end ailleurs. Chaque année, au mois de juillet, les audiences de référés abandonnent soudain les demandes d'expertise pour se consacrer aux problèmes concernant les vacances d'enfants. Parfois, un drame plus grave éclate, toujours à propos de l'exercice du droit de visite que peuvent avoir certains membres de la famille sur des enfants mineurs. Juristes et grand public savent l'importance de la notion de droit de visite en 1972.

Cette importance va croissant sous l'influence d'un certain nombre de facteurs sociologiques. L'éclatement de la grande famille, telle que la connaissait encore le XIX^e siècle, qui maintenait, sinon une unité de vie, du moins des relations très étroites avec les aïeuls, les oncles, les tantes, sinon même les cousins, va nécessairement accentuer les conflits relatifs aux enfants. La cellule familiale aujourd'hui, est un groupe étroit composé du père, de la mère et des enfants. Les autres membres de la famille vivent ailleurs et s'ils veulent voir les enfants des groupements réduits qui composent la famille, il sera nécessaire que ces enfants sortent, quittent momentanément leur cellule familiale quotidienne. De même, à l'intérieur de ce groupe familial étroit, la conception du rôle du père se trouve profondément modifiée depuis quelques années. Le père de famille descend de plus en plus du trône duquel il exerçait un pouvoir domestique, pour participer directement à la vie quotidienne de l'enfant. En cas de rupture du groupe familiale, le père revendiquera d'autant plus les enfants qu'il aura participé à ces travaux et qu'il se jugera tout aussi compétent que la mère en matière de puériculture.

A ces modifications intérieures à la famille, s'ajoute encore un facteur pathologique propre au XX^e siècle : l'importance des groupes familiaux brisés par une séparation de fait ou un divorce et dans chaque cas, la nécessité d'assurer la répartition des enfants entre leurs parents, d'organiser la continuité des liens affectifs et éducatifs avec celui ou celle auquel la garde des enfants n'a pas été confiée.

Enfin, facteur étranger à la famille elle-même, mais qui n'est pas sans exercer une grande influence : le développement de la civilisation des vacances, observé et quelque peu dénoncé par M. Carbonnier pour lequel le droit de visite finit par être le droit de prendre ses vacances avec l'enfant. L'observation est parfaitement exacte, la critique qu'elle contient l'est sans doute moins. En effet, surtout dans les familles désunies (où la femme doit donc travailler) ce n'est guère que pendant les vacances que les parents

peuvent réellement être avec leurs enfants, d'où l'importance de cette période de vacances dans les rapports parents-enfants, et les conflits qui s'en suivent, chacun des deux parents intéressés souhaitant avoir les enfants avec lui pendant ces quelques semaines d'été.

C'est qu'aujourd'hui, droit de visite signifie beaucoup plus qu'une simple visite. En fait, ce vocable recouvre de multiples sens et les problèmes qui se posent sont suffisamment complexes pour ne pas les obscurcir davantage par des confusions de terminologie. Un premier droit de visite apparaît avec la loi de 1889 réglant la déchéance de l'autorité parentale. Des parents déchus totalement ou partiellement de leurs droits, des tiers investis par l'autorité judiciaire de pouvoirs plus ou moins étendus, le cas échéant de « missions de visite », l'on se trouve dans un domaine bien particulier où le droit de visite revêt des aspects adaptés aux carences des parents. Il ne peut naturellement être question d'aborder ici ce droit de visite très spécial sous peine d'accentuer encore les confusions.

Le droit de visite, disons au sens classique du terme, et le langage juridique comme le langage courant pour une fois se rejoignent, c'est le droit accordé à certaines personnes d'avoir des contacts plus ou moins étendus dans le temps avec des enfants dont les parents possèdent pleinement l'autorité parentale. En fait le vocable recouvre deux notions distinctes. A l'origine, il y a à peine plus d'un siècle, le droit de visite, respectant l'éthymologie, c'était le droit, pour des grands-parents par exemple, de recevoir leurs petits-enfants lesquels venaient eux « en visite », accompagnés de leurs parents, seuls titulaires de la puissance paternelle et par conséquent pleinement habilités à surveiller et contrôler les relations de leurs enfants. Puis, l'on a admis ces visites en dehors de toute présence des parents, mais il s'agissait toujours de simples visites c'est-à-dire de contacts limités dans un très court laps de temps : une après-midi, une journée en plus. L'éclatement de la « grande famille », l'éloignement des différents foyers a bientôt posé le problème du droit d'hébergement : les titulaires du droit de visite pouvaient-ils prendre avec eux les enfants pour un temps plus long : un week-end, une semaine, un mois ? Un arrêt de principe de la Cour de Cassation du 6 juillet 1931 (1) a définitivement assimilé le droit d'hébergement au droit de visite, lequel comprend dès lors de manière globale : le droit d'héberger. C'est dans cette acception du mot qu'il convient d'examiner. Le problème, car c'est à un véritable problème à trois inconnues que les Tribunaux se trouvent confrontés. Comme le suggérait déjà la Chambre des Requêtes (2). « Il appartient aux Tribunaux appelés à se prononcer sur les relations des petits-enfants avec leurs grands-parents de concilier l'intérêt des enfants et les droits et devoirs des ascendants envers eux, avec l'exercice de la puissance paternelle dévolue à leur père ou mère ». Encore plus nette la Cour de Montpellier (3) posait ainsi les termes de l'équation :

« L'organisation du droit de visite se ramène à la réalisation d'un équilibre entre trois éléments : les prérogatives du titulaire du droit de visite, celles du titulaire de la puissance paternelle et du droit de garde, et les exigences de l'intérêt de l'enfant ».

(1) Cass. Civ. 6-7-1931 - DH 1931-428.

(2) Cass. Req., 16-12-1930 - DH 1931-34.

(3) C. App. Montpellier, 4-3-1952 - La loi du 19-8-1912.

Et pour réaliser cet équilibre difficile entre trois séries d'intérêts bien souvent opposés, les Tribunaux disposeront d'un pouvoir quasi-absolu pour régler les modalités du droit de visite : en fixer la durée et la fréquence, le lieu où elles doivent être effectuées, la charge d'y conduire l'enfant, la charge des frais entraînés par les déplacements. Ils pourront même poser des conditions et, par exemple, interdire la présence de telle ou telle personne durant la visite des enfants (4).

Cette souveraineté des juges du fond qui présente d'ailleurs l'avantage de conférer une grande souplesse à une matière qui s'adapterait mal à un cadre par trop rigide, vient essentiellement du fait qu'il n'existait aucun texte de loi sur le droit de visite. Aussi étonnant que cela puisse paraître, un problème qui donne lieu chaque année à des milliers de litiges et de décisions de justice, n'a jamais été réglementé par le législateur, et le droit de visite est une création purement jurisprudentielle.

Création récente au demeurant. Le silence du Code Civil sur un éventuel droit de visite s'est prolongé durant toute la première moitié du xx^e siècle. Ce n'est qu'aux environs de 1850 que le problème apparaît. Certaines décisions refusant tout droit de visite, non prévu par le Code Napoléon, la Doctrine aborda la question, soit pour approuver ce refus, tel Laurent, soit pour réclamer la reconnaissance du droit de visite, avec Demolombe pour des motifs, au demeurant plus sentimentaux que juridiques, « comment ! L'aïeul serait mourant, il demanderait à voir encore son petit-enfant, et le père pourrait lui refuser cette consolation dernière, la lui refuser toujours et quand même ? Ne serait-ce pas un abus révoltant ? ».

La jurisprudence dut entendre ce cri car, très rapidement elle affirma l'existence du droit de visite, sans trop se soucier de donner à ses décisions une base juridique ferme.

(5) « Les pouvoirs du père ne sauraient être absolus lorsqu'il s'agit des membres de sa famille auxquels l'enfant doit honneur et respect en vertu de l'art. 371 C.C. »

Et la Chambre des Requêtes (6) consacrait l'existence du droit de visite au profit des grands-parents :

« Il ne saurait appartenir au père d'écarter capricieusement ou pour un motif peu avouable ses enfants de leur grand-père ou grand-mère ».

Au fil des arrêts, le droit de visite affirmait son existence dans la cité juridique. La Chambre Civile (7) en marquait définitivement le contenu en y assimilant le droit d'hébergement. Mais l'évolution était chaotique, pour ne pas dire anarchique. A qui devait être reconnu le droit de visite, quel est le fondement et la nature juridique d'un tel droit, comment le concilier avec la puissance paternelle ? Aucune de ces questions n'était résolue et les arrêts se succédaient en fournissant des réponses différentes.

Cette première étape, celle de la création et de la reconnaissance de l'existence du droit de visite, va s'achever par un arrêt de principe de la Chambre Civile du 22 mars 1961 (8) dont la formule très restrictive réservera

(4) C. App. Bordeaux, 17-12-1964 - D. 1965-144.

(5) Cass. Civ., 8-7-1857 - DP 1857-1-273.

(6) Cass. Req., 12-7-1870 - S 71-1-28.

(7) Cass. Civ., 6-7-1931 - DH 1931-428.

(8) Cass. Civ., 22-3-1961 - D 1961-521.

le droit de visite aux seuls ascendants, à l'exclusion de tous autres parents ou non :

« Attendu que les parents investis du droit de garde de leurs enfants mineurs ne peuvent se voir imposer un droit de visite ou d'hébergement au profit de personnes autres que les ascendants, à peine de subir une atteinte à leur puissance paternelle. »

Cet arrêt de principe était cependant loin de donner une solution à tous les problèmes, et l'on assiste depuis une vingtaine d'années à une série de controverses, tant en jurisprudence qu'en doctrine sur les bénéficiaires du droit de visite, nombre de cours d'appel refusant de s'incliner devant la formule, trop étroite selon elle, de l'arrêt du 22 mars 1961, sur la nature juridique de cette institution à laquelle on propose les fondements les plus divers, sur l'étendue des sanctions à y apporter enfin.

L'intervention du législateur qui a, par la loi du 4 juin 1971 inséré un art. 317-4 dans le Code Civil, paraît, à première vue, résoudre ces conflits.

Le texte prévoit en effet tout d'abord le droit de visite des grands-parents, ce qui ne constitue jamais que la consécration d'une jurisprudence incontestée depuis plus d'un siècle. C'est ensuite surtout, dans un second alinéa, la reconnaissance d'un droit de correspondance et de visite avec d'autres personnes, parents ou non. Mais ce droit de visite n'est prévu que dans des circonstances exceptionnelles, le législateur se gardant de définir celles-ci, et même de poser un critère, le problème se reposera comme avant la promulgation de la loi 1971 et sur des terrains identiques.

Les décisions des Cours et des Tribunaux se sont surtout attachées à faire le point sur le contenu et les modalités du droit de visite ou sur la détermination des personnes qui peuvent bénéficier de ce droit. Saisie de litiges fort concrets, la jurisprudence s'est beaucoup plus attachée à résoudre les problèmes qui lui étaient soumis qu'à bâtir une construction juridique ferme. Les auteurs, de leur côté, se sont rarement penchés sur la question du droit de visite dans son ensemble, la grande majorité des études se bornant à faire le point d'une jurisprudence fort mouvante, et rares étant celles qui ont essayé d'en faire la synthèse et de dégager un principe général.

Or, si l'on analyse les décisions rendues, depuis une vingtaine d'années surtout, l'on aperçoit que, quelle que soit la question dont les Tribunaux étaient saisis : détermination des personnes pouvant bénéficier d'un droit de visite, limitation et étendue de ce droit, fondement juridique d'un tel droit, contenu exact du droit de visite, cette matière a été le domaine d'un affrontement entre deux tendances opposées. Sur chacune des questions posées, une solution « conservatrice » s'oppose à une solution « libérale » tant en jurisprudence qu'en doctrine.

De même, si l'on poursuit l'étude du droit de visite, au-delà de la décision civile l'ordonnant et le réglementant, l'on s'aperçoit que l'étude n'est complète que si, passant au stade de l'exécution, l'on aborde la question de sa sanction pénale qui en est le prolongement nécessaire. Or, sur le plan de l'incrimination pénale l'on retrouve, avec un étonnant parallélisme, ce même affrontement entre les tenants d'une tendance conservatrice et ceux d'une tendance libérale.

Certes, il est plus classique, plus logique à première vue d'étudier le droit de visite selon un plan, disons chronologique, en voyant successivement quels en sont les bénéficiaires, puis quel en est le contenu ou la réglementation. De même, d'une manière plus complète, l'on peut aborder tout d'abord l'étude des solutions concrètes pour passer ensuite à la déter-

mination du fondement juridique du droit de visite. Mais il nous est apparu qu'une étude entreprise sous cet angle ne rendrait compte que de positions figées et non de l'aspect particulièrement vivant de la question qui repose sur cet affrontement, à tous les niveaux, pour tous les problèmes soulevés entre deux tendances antagonistes.

I. - LE FONDEMENT JURIDIQUE DU DROIT DE VISITE

En l'absence de tout texte, c'est au fil des cas d'espèce qui lui ont été soumis que la jurisprudence s'est formée, sans ligne directrice apparente, à mesure que les problèmes se présentaient à elles et que les solutions dégagées antérieurement se révélaient ou non susceptibles de resservir. Cette jurisprudence a été, pendant longtemps, trop anarchique, trop dispersée, pour permettre à la Doctrine de dégager les principes. En fait, c'est sous l'angle des bénéficiaires du droit de visite que le problème a été abordé. Placés devant un conflit entre le gardien et une autre personne réclamant le droit de visite, les juges ont à chaque fois déterminé si oui ou non le droit de visite pouvait être accordé et il a fallu attendre ces dernières années pour que l'éventail des possibilités ait été entièrement parcouru, et que l'on puisse songer à rechercher quel est le fondement juridique du droit de visite. L'on verra donc tout d'abord quels sont les bénéficiaires du droit de visite, en examinant les deux tendances, conservatrices et libérales qui s'opposent sur le problème de cette détermination, puis nous essaierons de dégager, à travers le même affrontement, la nature juridique du droit de visite.

1) Les bénéficiaires du droit de visite

a) *Tendance conservatrice*

Pour la Cour Suprême et les rares auteurs qui l'approuvent entièrement, le droit de visite ne peut être accordé qu'aux ascendants : parents et grands-parents, et encore certains d'entr'eux doivent-ils être exclus. Le problème ne se pose évidemment pas pour les parents légitimes lorsque la famille est unie. De même, en cas de divorce, la question du droit de visite, si elle est source de véritables drames, ne soulève pas de difficultés juridiques autres que celles de l'organisation et de la réglementation des modalités de l'exercice des visites.

Les difficultés apparaîtront lorsque les parents légitimes, sans être divorcés, sont séparés de fait. La mère qui refuse de vivre au foyer conjugal, après par exemple, l'échec d'une instance en divorce, pourra-t-elle solliciter des Tribunaux la reconnaissance d'un droit de visite sur ses enfants ? La Cour de Paris (9) a rejeté une telle demande aux motifs que le droit de visite comme le droit de garde, ne peuvent être dissociés de la puissance paternelle que lorsqu'il y a fission de la puissance paternelle elle-même, ce qui n'est évidemment pas le cas dans une séparation de fait.

Le droit des parents naturels n'a jamais été discuté, par contre la question s'est posée, à plusieurs reprises, de savoir si l'on pouvait accorder un droit de visite à celui des parents adultérins qui n'avait pas la garde de l'enfant ? Le moins que l'on puisse dire est que la jurisprudence est

(9) C. App. Paris, 21-6-1964 - JCP 1964-13629.

partagée. Par certains arrêts (10), le défaut de filiation et de lien de droit entre la mère adultérine et l'enfant prive cette mère de tout titre pour réclamer un droit de visite. Plus embarrassée, la Cour d'Appel de Paris, après avoir reconnu « l'existence de fait d'un lien de sang qui ne saurait être catégoriquement méconnu du parent investi par la loi de la puissance paternelle », a cependant refusé au père adultérin le droit d'héberger l'enfant quelques jours par an. L'on sent d'ailleurs, à la lecture de ces arrêts fidèles à une conception conservatrice du droit de visite, une gêne certaine, un regret, on dirait presque une sorte de mauvaise conscience juridique.

Le motif retenu pour refuser le droit de visite aux parents adultérins est tiré de la puissance paternelle. Ce même motif n'a cependant jamais été retenu contre les grands-parents. Ce sont les réclamations des grands-parents qui ont d'ailleurs soulevé, en 1857, la question du droit de visite. Si certaines Cours d'Appel s'y étaient, alors, opposées, la jurisprudence est bien fixée depuis la fin du XIX^e siècle : les parents investis de la puissance paternelle ne sauraient sans motifs sérieux s'opposer aux rapports, concrétisés par un droit de visite, entre leurs enfants et leurs grands-parents, légitimes ou naturels. Cette jurisprudence qui n'était d'ailleurs plus discutée depuis près d'un siècle, a été confirmée par le législateur et le nouvel art. 371-4 du Code Civil issu de la loi du 4 juin 1970 proclame ce droit de visite des grands-parents.

Père et mère, légitimes ou naturels, grands-parents, légitimes ou naturels, tels sont les seules personnes auxquelles la tendance conservatrice reconnaisse un droit de visite. A tous les autres, tantes et oncles, parrains et marraines, parents nourriciers, la Chambre Civile dans son arrêt de principe du 22 mars 1961 (11) oppose « que les parents investis du droit de garde de leurs enfants mineurs ne peuvent se voir imposer un droit de visite ou d'hébergement au profit de personnes autres que les ascendants à peine de subir une atteinte à leur puissance paternelle ».

b) *Tendance libérale*

Cette conception particulièrement étroite des bénéficiaires du droit de visite fait cependant l'objet de nombreuses attaques d'une tendance beaucoup plus libérale, attaques parfois couronnées de succès.

Ainsi, pour ce qui est des parents adultérins, la Cour de Cassation elle-même, dans un arrêt (12) assez peu conforme à sa ligne habituelle en cette matière, a cassé l'arrêt de la Cour de Paris refusant un droit de visite au père adultérin. La Cour de Paris, dans plusieurs arrêts, a reconnu l'existence d'un droit de visite du père adultérin « considérant que les art. 342 et 762 du Code Civil consacrent l'obligation pour le père et la mère d'enfants nés de leur commerce adultérin de leur fournir des aliments, et par voie de conséquence, de s'intéresser à leur existence ; que ce lien, ainsi légalement établi emporte le droit et le devoir pour les parents adultérins de maintenir les contacts avec leurs enfants ; constatant d'autre part qu'une jurisprudence solidement établie n'hésite pas à reconnaître un droit de visite aux grands-parents naturels et ce malgré l'absence de tout lien juridique entre eux et les enfants naturels de leur fils ou de leur fille ».

(10) C. App. Orléans, 9-6-1965 - D. 1965-616.

(11) Cass. Civ., 22-3-1961 - D 1961-521.

(12) Cass. Civ., 29-3-1966 - D 1966-369.

Dans un arrêt plus récent du 9 janvier 1969 (13), la Cour de Paris après avoir affirmé « que la loi n'interdit nullement aux Tribunaux de tirer, en faveur de l'enfant, toutes conséquences utiles de sa filiation de fait », reconnaît au profit du père adultérin l'existence d'un « droit de contact avec l'enfant » utilisant une subtilité linguistique semblable, la Cour de Lyon (14) affirme elle que, si le père adultérin est dépourvu de tout droit de visite, le Juge des enfants auxquels il le demande pourra l'investir d'une mission de visite.

Cette tendance libérale a d'ailleurs bien fini par l'emporter, puisqu'il paraît bien que, depuis la loi du 4-6-70, le problème ne puisse plus se poser et que l'on doive bien reconnaître un véritable droit de visite aux parents adultérins.

Sur tous les autres fronts, la tendance libérale s'est également affirmée avec force. Dans tous les cas soumis aux Tribunaux, la situation se présente de la même manière : des parents confient l'enfant nouveau-né à des proches ; collatéraux, parrains et marraines, patrons... Ceux-ci élèvent l'enfant jusqu'au jour où les parents le reprennent. Bien souvent, tout se passe parfaitement, mais hélas, parfois, les parents, oubliant tout ce qu'eux-mêmes et leur enfant doivent à ceux qui l'ont élevé, rompent avec ces derniers qui se trouvent ainsi privés de l'enfant. Ils réclameront donc aux Tribunaux de leur accorder un droit de visite sur cet enfant. La tendance libérale, très forte dans les Cours d'Appel, a affirmé à maintes reprises un tel droit de visite : d'un oncle et d'une tante qui ont élevé l'enfant en raison « de cette étroite parenté et des liens affectifs qui s'y sont surajoutés » (15), d'un parrain et d'une marraine et de leur filleul en raison du lien de parenté spirituelle consacré par un usage constant et plusieurs fois séculaire (16) et même d'un tiers qui avait élevé un enfant et l'avait guidé dans ses études (17).

Cette tendance libérale a été brutalement stoppée par l'arrêt Legros de la Chambre Civile du 22 mars 1961, rendu justement à propos d'un parrain ou d'une marraine, la Cour Suprême cassant l'arrêt de la Cour de Paris, rendu cependant dans les circonstances de fait très favorables (un couple avait recueilli l'enfant naturelle de leur domestique, en avait fait leur filleule, l'avait élevée jusqu'à ce que la mère se mariant avec un homme qui n'était d'ailleurs pas le père de l'enfant, se rappelle brusquement son existence, la reprenne avec elle et interdise toute visite aux parrain et marraine). Cet arrêt venant après une première décision rendue dans des circonstances de fait assez semblables (18) a été considéré unanimement comme un coup de frein sévère donné à l'extension du droit de visite par la tendance libérale.

Cette position restrictive et conservatrice, assez choquante dans bon nombre de circonstances de fait, n'a pas été acceptée par l'ensemble des juridictions inférieures et une grande partie de la Doctrine. Cette résistance n'a pas été vaine puisque la loi du 4 juin 1970 paraît bien avoir condamné la jurisprudence de la Cour de Cassation telle que définie dans son arrêt de 1961, et consacré la position libérale, en reconnaissant un droit de visite, à des personnes autres que les ascendants, parents ou non, dans des circonstances exceptionnelles.

(13) C. App. Paris, 9-1-1969 - D 1969-144.

(14) C. App. Lyon, 17-10-1963 - D 1964-254.

(15) C. App. Paris, 2-11-1957 - D 58-211.

(16) C. App. Paris, 30-4-1959 - D 60-673.

(17) C. App. Amiens, 7-7-1953 - JCP 1953-11-7758.

(18) Cass. Civ., 10-3-1958 - D 1959-29.

Cette réforme législative constitue bien une victoire de la thèse libérale. Désormais, un droit de visite pourra être accordé aux grands-parents légitimes ou naturels, aux parents adultérins, naturels ou légitimes divorcés ou séparés de fait, mais aussi aux collatéraux, aux parrains et marraines, et même à des parents nourriciers.

2) Le fondement juridique du droit de visite

A l'origine, la Cour de Cassation s'est bornée à affirmer l'existence du droit de visite des grands-parents sans trop se soucier de lui donner un fondement. Le problème s'est posé lors de l'affirmation de principe du droit de visite avec l'arrêt de 1931 et il n'a cessé dès lors de prendre de l'acuité, chacune des deux thèses opposées prêtant le flanc à la critique, au point que la doctrine est particulièrement hésitante.

a) *Tendance conservatrice*

L'absence de texte relatif au droit de visite a d'abord conduit la jurisprudence à rechercher un appui formel dans d'autres textes auxquels elle pourrait indirectement faire appel. La première décision de la Cour de Cassation a ainsi invoqué l'art. 371 du Code Civil aux termes duquel les enfants doivent honneur et respect à leurs parents (19). Ces enfants devenus père et mère à leur tour continuent néanmoins de devoir respect et honneur à leurs parents devenus eux grands-parents, et c'est en vertu de ce respect qu'ils doivent s'incliner devant leur droit de visite. Bien que réaffirmé récemment encore par l'avocat général Nepveu (20), ce fondement, par trop vague, paraît bien avoir été abandonné par la jurisprudence. Celle-ci avait en effet trouvé un argument qui lui paraissait beaucoup plus solide : la puissance paternelle. Le droit de visite ne peut jamais empiéter sur les prérogatives absolues de la puissance paternelle et si un droit de visite est accordé aux grands parents c'est que ceux-ci possèdent en quelque sorte une puissance paternelle virtuelle : ils remplacent les parents en cas de disparition de ceux-ci, une obligation alimentaire et un ordre successoral les lie avec leurs petits-enfants. C'est donc la seule atteinte possible au droit absolu des titulaires de la puissance paternelle.

L'arrêt rendu par la Cour d'Appel d'Orléans (21) statuant comme Cour de renvoi dans l'affaire Legros après l'arrêt de principe de la Chambre Civile de 1961, constitue certainement le meilleur exposé de cette thèse, laquelle s'appuie sur « ... les effets d'une puissance paternelle qui confère à ceux qui l'exercent sans abus, une autorité inviolable à l'abri des empiétements des Tribunaux, des autres membres de la famille et des tiers ; le droit de garde des parents s'analysent en un droit subjectif qui leur donne le pouvoir absolu de diriger les relations de l'enfant avec autrui, et l'intervention du juge étant inconcevable en présence d'une volonté contraire de leur part ».

Mais invoquer la puissance paternelle pour s'opposer au droit de visite et surtout faire appel à une sorte de puissance paternelle virtuelle ou morale pour affirmer le droit de visite des grands-parents, laisse sans réponse bon nombre d'interrogations. Comment, en effet, expliquer (avant la loi de 1970) le droit de visite des grands-parents naturels, ceux-ci n'ayant non seulement aucune puissance paternelle virtuelle mais même pas l'ombre d'un

(19) Cass. Civ., 8-7-1857 précité.

(20) D 1964-399.

(21) C. App. Orléans, 6-2-1963 - D 1963-94.

lien de droit avec les enfants naturels de leurs enfants ? Comment expliquer le droit accordé au père ou la mère adultérin alors qu'il n'a aucune ombre de puissance paternelle même virtuelle, et toujours aucun lien de droit ? Certes, l'on peut dire aujourd'hui que ces objections ont perdu leur poids, avec la loi de 70. C'est exact, en partie tout du moins, mais un texte postérieur peut difficilement justifier, indirectement d'ailleurs, une construction théorique. Et cela n'explique pas le droit de visite des grands-parents qui n'ont, qu'on le veuille ou non, aucune espèce de puissance paternelle sur leurs petits-enfants. Au demeurant, la loi de 1970 est un argument à double tranchant car, si elle diminue la force des objections pour ce qui est grands-parents, naturels et des parents adultérins, elle diminue également cet absolutisme d'une puissance paternelle qui n'est plus aujourd'hui qu'une autorité parentale.

M. Rouast, qui a parfaitement mis en lumière les faiblesses de cette construction fondée sur la puissance paternelle suggère, lui, un autre fondement : « Tout est clair, selon cet auteur, si l'on dissocie le droit de visite de la puissance paternelle, en lui reconnaissant une existence autonome, fondée sur le lien de sang qui unit l'enfant à ceux qui sont ses ascendants. Ce lien le justifie en droit naturel, et, en même temps, il en limite l'attribution. Ni les frères, oncles, cousins n'en bénéficient, mais il appartient à tout ascendant parce que l'enfant est issu de cet ascendant » (22) et ailleurs :

« il faut donc reconnaître qu'on ne peut donner d'autre fondement au droit de visite que le droit naturel résultant d'une communauté de sang entre ascendant et descendant » (23).

Ce fondement a le mérite et de ne pas faire appel à une sorte de puissance paternelle mythique pour ne pas dire fantomatique, et d'être aujourd'hui en pleine harmonie avec la loi de 1970. Il n'entraîne cependant pas une adhésion totale. D'abord, il laisse au moins une question sans réponse : comment justifier les droits des parents et grands-parents adoptifs ? Ensuite, la référence au droit naturel pour expliquer une institution aussi concrète a quelque chose de gênant, d'insuffisant. On hésite devant la facilité de la référence. Enfin et surtout, cette proposition a l'inconvénient, sur le plan pratique, à la fois de trop ouvrir le droit de visite, en l'accordant systématiquement à tous les ascendants quels qu'ils soient, et de le restreindre par trop (après tout la communauté de sang existe également entre frères et sœurs, oncles et tantes...).

La rigidité du fondement retenu par la tendance conservatrice a paru à bon nombre de juridictions et d'auteurs, incompatible avec la souplesse indispensable à une matière qui touche profondément à l'être le plus sensible qui soit : l'enfant.

Dès avant la guerre de 39, des auteurs proposèrent une construction qui permettait de concilier le respect de la puissance paternelle et cette indispensable souplesse. Jossierand, puis Nast intégraient le droit de visite à la théorie de l'abus des droits : la puissance paternelle existe et doit être respectée, mais refuser des visites constitue un abus que les Tribunaux doivent sanctionner par la reconnaissance d'un droit de visite. L'idée se trouvait déjà dans l'un des tous premiers arrêts de la Cour de Cassation (24).

(22) Rouast note sous Cass. Civ., 29-3-66 - D 1966-369.

(23) Rouast note JCP 1964-II-13457.

(24) Cass. Req, 12-7-1870 - S 1871-1-28.

« Il ne saurait appartenir au père d'écarter capricieusement ou pour un motif peu avouable ses enfants de leur grand-père ou grand-mère. »

Cette théorie, qui fait reposer le droit de visite sur l'abus même des droits de la puissance paternelle, semble aujourd'hui complètement abandonnée par la Doctrine qui lui reproche de déplacer le problème sans le résoudre (25). L'idée est cependant demeurée et sert fréquemment aux décisions de la tendance libérale comme motivation subsidiaire.

Le critère choisi par la tendance libérale s'est déplacé depuis 1945. Ne retenant plus la notion d'abus de droit, qu'à titre secondaire ; elle s'appuie essentiellement sur une notion nouvelle : l'intérêt de l'enfant. Jossierand, déjà, affirmait que « la puissance paternelle doit plier devant les intérêts pressants de l'enfant ».

Dans l'une des rares études d'ensemble sur le droit de visite, un auteur Mme Vinet (26) constate, comme plusieurs juridictions l'avaient déjà affirmé, que le problème du droit de visite est celui de la recherche d'un équilibre entre trois séries d'intérêts : ceux des titulaires de la puissance paternelle ; ceux des titulaires (ou revendicateurs) du droit de visite, et enfin ceux des enfants. La tendance conservatrice ne veut voir que les intérêts des premiers, qu'elle estime prépondérants, à la rigueur ceux des seconds. La tendance libérale a, elle, braqué le projecteur sur les troisièmes : l'intérêt de l'enfant doit être le fondement juridique du droit de visite.

Cette notion n'a cessé de figurer en première place dans la motivation des arrêts de la tendance libérale :

« Attendu que seul peut être invoqué pour justifier la réserve dont son droit de visite se trouve affecté, l'intérêt des enfants » (27)

« qu'il est certain que l'intérêt de l'enfant, après décès de son père, est de conserver contact avec la mère de ce dernier... » (28)

« qu'ainsi il est souhaitable, dans l'intérêt de l'enfant que soient maintenus des liens éprouvés d'affection unissant ce dernier à ses auteurs » (adultérins) (29)

« considérant que le droit de garde et de direction qui appartient aux parents investis de la puissance paternelle établie doit-il être souligné, dans l'intérêt exclusif de l'enfant » (30)

Et surtout, un arrêt de la Cour de Paris (31) qui constitue la synthèse même de l'argumentation libérale.

« Il est traditionnellement admis que l'ensemble des droits reconnus aux parents sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs leur sont conférés par la loi, non dans leur intérêt personnel, mais dans l'intérêt de l'enfant..., la puissance paternelle, pouvoir de protection trouve dans cette définition sa justification et ses limites ».

(25) Rouast : « Partir d'un abus de droit des parents ne résout rien, car l'abus suppose l'atteinte à une prérogative à ce sujet », JCP 64-13457.

(26) Mme Viney : *le Droit de visite*, RTDC 1965, pp. 225 et s.

(27) C. App. Bordeaux, 17-12-64 précité.

(28) C. App. Paris, 8-11-68 - D 69-145.

(29) C. App. Paris, 9-1-69 - D 69-144.

(30) C. App. Paris, 2-4-57 - D 58-211.

(31) C. App. Paris, 30-4-59 - D 66-673.

« Dès lors, il appartient au juge du fond, à défaut de dispositions légales précises, difficilement concevables en une matière que sa complexité exclut des cadres trop rigides de la réglementation, de les arbitrer en considération des circonstances particulières de la cause (temps, lieu, âge de l'enfant, milieu social, liens plus ou moins étroits de parenté) et de concilier ensemble les prérogatives de l'autorité parentale et les droits de la parenté qui s'affrontent, en s'inspirant essentiellement de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit, au premier chef dominer semblable débat. »

La Chambre Civile de la Cour de Cassation, elle-même, dans un arrêt postérieur à l'arrêt de principe de 1961 consacrant la position conservatrice, n'a pas hésité à casser un arrêt de la Cour de Paris qui refusait un droit de visite à un père adultérin parce que

« en statuant ainsi, sans relever aucun motif tiré de l'intérêt de l'enfant, ou de l'exercice normal, par la mère, des droits de la puissance paternelle, l'arrêt n'a pas donné de bases légales... » (32)

ce qui réduit considérablement, semble-t-il, la portée de l'arrêt de 61 et montre que la tendance conservatrice n'est pas aussi constante et solide qu'on l'affirme généralement, dans la jurisprudence de la Cour Suprême.

Bien qu'approuvée par un certain nombre d'auteurs (33), le critère de l'intérêt de l'enfant comme fondement juridique du droit de visite a fait l'objet de vives critiques.

Commentant l'arrêt de la Cour de Paris que nous citons à l'instant (aff. Legros), M. Carbonnier dénonce de manière fort sévère ce qu'il n'est pas loin d'appeler une tarte à la crème juridique :

« L'intérêt supérieur de l'enfant : c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions positives du droit familial. Pourtant rien de plus fuyant (que cette notion) de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire » (34).

Force est de reconnaître qu'il y a dans cette condamnation une grande part de vérité, que la notion d'intérêt de l'enfant est devenue, par l'usage abusif qui en est fait, une sorte de passe-partout permettant de résoudre sans difficulté tous les problèmes et que, par ailleurs, elle peut être la source d'une ingérence arbitraire des Tribunaux dans tous les problèmes familiaux.

Mais l'abus qui peut en être fait condamne-t-il pour autant la valeur même de ce critère ? Nous ne le pensons pas, car le même reproche peut être fait à la puissance paternelle qui fut, durant des siècles, une notion tout aussi « magique » et qui donna lieu à des abus autrement graves.

Sur le plan précis du droit de visite, le choix d'un tel fondement est-il possible ? Il est certain qu'il ne présente pas plus de faiblesses que l'appel fait par la tendance conservatrice ou à une sorte de puissance paternelle virtuelle des grands-parents ou à un droit naturel fondé sur une communauté de sang. Il présente en outre toute une série d'avantages. Tout d'abord, c'est le seul qui permette d'embrasser toutes les données du litige,

(32) Cass. Civ., 29-3-1966 précité.

(33) De Lagrange, D 1958-211. Garola-Guglianis, D 1965, ch. 1. Falconetti, D 67, ch. 123.

(34) Carbonnier, note D 1966-389.

qui appréhende et apprécie les trois séries d'intérêts en conflit, les autres fondements n'en retenant que deux. C'est le seul qui soit suffisamment souple pour résoudre sans choquer l'équité, mais également sans torturer le droit (cf. les parents adultérins ou les grands-parents naturels) les litiges qui se posent dans la pratique aux Tribunaux. C'est, enfin et surtout, le seul qui soit dans la ligne clairement tracée par le législateur. L'autorité parentale s'est substituée à la puissance paternelle et son but est bien l'intérêt de l'enfant. L'art. 371-4 du Code Civil au demeurant paraît l'avoir formellement consacré en prévoyant que « dans des circonstances exceptionnelles, le Tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non ». Quand bien même le fondement de ce droit n'est pas précisé par le législateur de 1970, la condamnation de la tendance conservatrice y est certaine.

Il n'est plus possible, depuis la réforme du 4 juin 1970, d'invoquer la puissance paternelle, puisque celle-ci peut être battue en brèche et un droit de visite accordé à des non-titulaires de cette puissance paternelle, même virtuelle. De même, la communauté de sang, proposée par M. ROUAST, ne répond plus à la situation législative nouvelle, puisque des tiers « non parents » donc étrangers à toute communauté de sang peuvent, exceptionnellement certes mais le principe en est affirmé, se voir reconnaître un droit de visite.

Le seul fondement possible est donc bien celui affirmé depuis la guerre par la tendance libérale et la série d'arrêt que nous avons rappelés. C'est naturellement aux parents eux-mêmes qu'il appartiendra de décider quel est l'intérêt de leur enfant et ce n'est qu'en cas de conflit grave que les Tribunaux auront à décider si l'appréciation faite par les parents est ou non conforme à l'intérêt véritable de l'enfant. Le risque d'abus et d'arbitraire dénoncé par M. Carbonnier subsiste. Il sera néanmoins beaucoup atténué par le fait que ces litiges seront soumis à des juridictions spécialisées, les Chambres de la Famille qui seront les premières à vouloir ne pas dévaloriser ce critère en abusant ou en le galvaudant, et dont l'expérience a démontré, là où elles fonctionnent, que l'arbitraire n'est qu'un risque théorique (35).

Ainsi donc la tendance libérale nous paraît avoir aujourd'hui triomphé en ce qui concerne la détermination des bénéficiaires du droit de visite, qui ne peut être que l'intérêt de l'enfant, depuis la condamnation implicite, par la loi du 4 juillet 1970, des critères de la tendance conservatrice.

II. - LA SANCTION DU DROIT DE VISITE

C'est en suivant une route très exactement parallèle que les juridictions répressives ont eu à déterminer la portée des sanctions frappant le non-respect du droit de visite. Placé devant un problème exactement identique, le droit pénal a dû, lui aussi, déterminer les « bénéficiaires de ces sanctions, si l'on peut dire et surtout préciser les circonstances exceptionnelles per-

(35) Une très intéressante étude de Mme Sutton (*le Droit de visite des grands-parents*, JCP 1972-1-2504) examine la pratique de la Chambre de la Famille de Paris. Les jugements cités par l'auteur paraissent bien indiquer que le critère majeur de cette juridiction est bien l'intérêt de l'enfant. Les jugements ordonnant une mesure d'instruction sont fort nets sur ce point donnant mission à l'expert de « rechercher s'il existe, au regard de l'intérêt véritable de l'enfant... »

mettant d'assouplir les textes. Cette détermination a vu, tant au niveau de la jurisprudence qu'à celui des auteurs, s'affronter également deux tendances opposées, une tendance conservatrice et une tendance libérale.

Pour qu'un droit de visite soit consacré par le Tribunal, c'est nécessairement qu'il y a eu conflit entre deux ou moins des trois intéressés. Dans une situation normale, l'enfant voit, sans qu'un Jugement soit nécessaire, ses grands-parents, oncles ou tantes, parrains ou marraines, etc., Si les juges sont saisis, s'ils sont obligés d'ordonner un droit de visite c'est donc qu'il y a une situation conflictuelle grave, compte tenu des sentiments en jeu, et le plus souvent opposition du titulaire du droit de garde.

Il est bien évident que ce dernier ne s'inclinera que de très mauvaise grâce devant la décision du Juge civil ordonnant les visites et que la tentation sera grande pour les intéressés de ne pas respecter le Jugement. Très rapidement, il est apparu que seule une sanction pénale était de nature à assurer le respect du Jugement civil prescrivant un droit de visite.

1) Une évolution parallèle

Mais l'arsenal répressif ne disposait d'aucune sanction en ce domaine. Le détournement de mineur de l'art. 345 du Code Pénal ne pouvait à l'évidence s'appliquer à un père ou une mère ou à des grands-parents (36). Aucun texte du Code Pénal ne pouvait être utilisé : de même que le droit de visite lui-même était inconnu du Code Civil, de même sa sanction n'est pas prévue dans le Code Pénal. La jurisprudence criminelle ne pouvant créer le droit de visite, il fallut donc recourir à une intervention du législateur, tel fut l'objet de la loi du 5 décembre 1901 créant le délit de non-présentation d'enfant. Prévu à l'origine uniquement pour le père ou la mère, le texte fut étendu à toute personne par la loi du 23 mars 1928 et, aujourd'hui ces textes constituent l'art. 357 du Code Pénal, lequel sanctionne :

« Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur par une décision de justice provisoire ou définitive, le père, la mère ou toute personne qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer, ou qui, même sans fraude ou violence, l'enlèvera ou le détournera, ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée ou des lieux où ces derniers l'auront placé. »

A première vue, ce texte protège surtout le droit de garde et non le droit de visite. Les travaux préparatoires de la loi de 1901 sont d'ailleurs formels à cet égard et le rapporteur du texte à la Chambre indiquait :

« Il nous semble évident que l'art. 357 du Code Pénal ne sanctionne pas les infractions au droit de visite. »

La Doctrine du début du siècle adoptait la même position (37) et les premières décisions des Cours d'Appel affirmaient également que l'art. 357 du Code Pénal tel que créé par la loi de 1901 ne pouvait s'appliquer au droit de visite ordonné par le Juge civil (38).

Mais l'évolution, dans le sens d'une extension, fut la même que celle suivie par la Jurisprudence civile pour la reconnaissance même du droit de visite, encore que beaucoup plus rapide. Dès 1912, la Chambre Criminelle Cour Cass. étendait en effet l'art. 357 du Code Pénal au droit de visite.

(36) Cass. Crim. 9.11.1893 . D.P. 1896-1-475 - 22-3-1900 - D.P. 1900-1-184.

(37) Roux : note S. 1913-1-417 - Le Poitevin note DP 1904-2-41.

(38) C. App. Aix.en.Provence 27.3.1903 . S. 1903-2-280 - C. App. Paris 13-11-1903 - S. 1904-2-96

Puis la Jurisprudence affirmait que ce texte protégeait le droit de visite des parents naturels qui n'avaient pas la garde de l'enfant (39) et celui des grands-parents lorsqu'il avait été prescrit par une décision des Tribunaux civils (40). Un arrêt de principe du 19 octobre 1935 confirmait que ce texte sanctionnait bien toute infraction à un droit de visite ordonné par une décision de justice provisoire ou définitive (41).

Ce parallélisme entre le droit de visite et sa sanction, frappant au niveau de l'évolution, nous le retrouverons sans cesse en étudiant les problèmes posés par l'art. 357 du Code Pénal, et notamment l'affrontement entre une tendance répressive et une tendance libérale.

En droit, l'art. 357 du Code Pénal est un texte simple et le délit pour être constitué exige la réunion de trois éléments, une décision de justice statuant sur la garde ou sur la visite, décision provisoire ou définitive, mais une simple ordonnance de référés se révèle insuffisante (42) : un élément matériel de détournement (lorsque c'est le bénéficiaire du droit de visite qui refuse de restituer le mineur) ou de non représentation (lorsque c'est le titulaire du droit de garde qui refuse le mineur au bénéficiaire du droit de visite). Un élément intentionnel enfin. C'est ce dernier qui a soulevé les principales difficultés, notamment lorsque l'auteur du détournement ou de la non-représentation invoquera le refus de l'enfant. Nous l'avons vu précédemment, le problème du droit de visite met en jeu trois acteurs et non deux comme on le pense généralement : le titulaire du droit de garde, le bénéficiaire du droit de visite et l'enfant. Lorsque celui-ci refuse de rendre visite à celui auquel les Juridictions civiles ont reconnu un droit de visite, ou lorsque en visite il refuse de réintégrer le domicile de celui qui a la garde, l'adulte près duquel il veut rester doit-il être condamné pour non-représentation d'enfant ? C'est la question majeure qui divise la jurisprudence criminelle en deux tendances, comme la jurisprudence civile : une tendance répressive qui affirme l'existence du délit dans de telles situations, une tendance libérale qui refuse d'entrer en condamnation.

2) La reconnaissance de la volonté de l'enfant

Le problème du refus de l'enfant s'est posé dès la promulgation de la loi de 1901 (Trib. Correct. Marseille, 20/12/1902), mais la jurisprudence ne s'est vraiment établie qu'une trentaine d'années plus tard.

Une première décision de la Chambre Criminelle du 17 janvier 1929 (43), confirmée l'année suivante (12/4/1930, J.C.P. 1930-733) trancha le problème dans le sens de la répression : le refus de l'enfant ne saurait constituer une excuse pour la personne tenue de le représenter et l'intention coupable de cette dernière existe quelle que soit la position prise par le mineur. Avec constance, la Chambre Criminelle n'a cessé, depuis lors, de rappeler cette position répressive (44).

Cette jurisprudence s'inscrit parfaitement dans la ligne générale de la Chambre Criminelle tendant à assurer, chaque fois que possible, une pro-

(39) C. App. Paris 8-3-1921 - S. 1921-2-40.

(40) Trib. Correctionnel Angers 30-12-1933 - D.P. 1934-2-57.

(41) Cass. Crim. 19-10-35 - D.P. 37-1-12.

(42) Cass. Crim. 17-7-63 - D. 63-629.

(43) Cass. Crim. 17-1-1929 - D.P. 1930-1-120.

(44) Cass. Crim. 7.12.1944 . D. 1945-223 - 12-5-1954 - D. 55 229 note Bouzat 25-2-1964 - D. 64-314.

tection pénale aux décisions des juridictions civiles que les dommages et intérêts et les astreintes ne sont pas suffisants, bien souvent, à faire respecter.

Pour la Chambre Criminelle, le refus de l'enfant ne peut constituer pour celui qui a l'obligation de le représenter, ni un fait justificatif ni une excuse légale, et l'on ne peut ici qu'être d'accord sous peine de vider de leur contenu ces notions précises que sont les excuses et faits justificatifs. Mais, sans invoquer ces notions très strictes, ne peut-on penser que la résistance de l'enfant, sa répulsion parfois, effacent l'intention coupable de celui qui doit le représenter ? Non, répond la Cour Suprême, car cet adulte a le devoir de peser sur la volonté de l'enfant, de l'amener à surmonter son aversion et son refus. L'arrêt Lafont du 12 mai 1954 (45) résume parfaitement cette position en affirmant :

« ... qu'il incombe à la personne tenue, en vertu d'une décision de justice, de représenter l'enfant, d'user de toute son autorité pour amener celui-ci à s'y conformer ; qu'il en est a fortiori ainsi pour celui des parents à qui est confiée la garde de l'enfant et qui, en raison de cette circonstance, exerce sur celui-ci, surtout lorsqu'il est en bas âge, un ascendant et une influence prépondérante ; que faute par lui d'avoir mis à profit cet ascendant et cette influence pour amener l'enfant à respecter le droit de visite reconnu à l'autre parent, le gardien de l'enfant tombe sous le coup de l'art. 357 du Code Pénal. »

Les commentateurs de cette décision l'approuvent pleinement tout en reconnaissant sa sévérité. Pour eux, cet arrêt s'insère dans la tendance qui tend à faciliter le droit de visite, tendance tout à fait justifiée.

L'observation est exacte, dans la conception conservatrice du droit de visite qui ne considère celui-ci que sous deux angles : celui du gardien et celui du visiteur. Elle devient beaucoup moins vraie si on aborde le problème sous le troisième angle, celui de l'intérêt de l'enfant. La jurisprudence de la Chambre Criminelle telle que parfaitement résumée dans l'arrêt Lafont, est un refus d'examiner le problème du droit de visite en tenant compte comme critère majeur de l'enfant lui-même, et s'insère dès lors dans la tendance conservatrice affirmée par la Chambre Civile à propos du fondement même du droit de visite.

Cependant, l'assimilation ne peut être totale, car la Chambre Criminelle ouvre elle-même une brèche dans sa conception répressive. Toutes les décisions rendues par elle, depuis 1944, comportent en effet une réserve majeure : « à moins de circonstances exceptionnelles, qu'il incombe aux Juges du fond de constater ».

3) La tendance libérale

Cette brèche des circonstances exceptionnelles, les juridictions inférieures tenant d'une tendance libérale vont s'y précipiter et l'utiliser au maximum.

Certains Tribunaux vont d'abord relever avec soin, au titre de ces circonstances exceptionnelles, une particulière fragilité physique ; psychique ou émotive de l'enfant (46). Puis ils s'appuieront sur le fait que l'on ne peut exiger du gardien qu'il utilise la force pour contraindre la volonté de

(45) Cass. Crim. 12-5-1954 - D. 1955-229.

(46) Trib. Correct. Pithiviers 4-2-1954 - G.P. 1954-2-140 - Rouen 15-2-1955 . D. 55.373.

(47) Trib. Correct. Châteauroux 3-1-1963 - D. 1963-578, note Pradel.

l'enfant. Empruntant aux analyses du Droit Civil, le Tribunal Correctionnel de Lille relaxe aussi la mère, gardienne, celle-ci étant « tenue d'une obligation de moyen et non de résultat ». Allant plus loin le Tribunal Correctionnel de Châteauroux (47) a délibérément abandonné l'angle classique sous lequel le problème est généralement abordé, c'est-à-dire celui du gardien ou du visiteur, pour voir le conflit sous l'angle de l'enfant lui-même et décidé :

« que l'abstention de la mère de représenter son enfant au père peut ne pas être volontaire au sens de l'art. 357 du Code Pénal si l'enfant, en refusant de suivre son père, fait preuve d'une volonté propre... »

La hardiesse des juges du fond est d'ailleurs plus apparente que réelle, car, contrairement à ce qui se passe devant les juridictions civiles, les positions sont beaucoup moins tranchées, beaucoup plus nuancées devant les juridictions répressives. Ainsi, la Chambre Criminelle, si elle rappelle toujours la position de principe répressive et conservatrice, encourage en fait la tendance libérale en refusant bien souvent de casser les décisions de relaxe, dès lors que celles-ci relèvent « des circonstances exceptionnelles », lesquelles, selon la Cour Suprême elle-même, échappent à la censure.

Ainsi, un arrêt récent (48) confirme la décision de relaxe au motif que « si la résistance des enfants ou leur aversion à l'égard de la personne qui les réclame ne saurait constituer pour celui qui a l'obligation de les représenter ni une excuse légale ni un fait justificatif, il en est autrement lorsque, comme en l'espèce, il a en vain usé de son autorité et que seules des circonstances exceptionnelles expressément contrôlées par les premiers juges l'ont empêché d'exécuter son obligation ».

Certes, l'on ne peut, à l'heure actuelle, affirmer que la jurisprudence criminelle dans son ensemble, retient comme critère de la sanction du droit de visite, la volonté de l'enfant à laquelle la Chambre Civile refuse tout crédit. Mais l'on ne saurait nier une tendance certaine des juridictions répressives à prendre ce critère en considération, à examiner les conflits en tenant compte de l'éclairage donné par l'enfant lui-même. L'encouragement apporté en fait par la Chambre Criminelle aux décisions libérales des juges du fond, la bienveillance avec laquelle les pourvois sont rejetés ne peut que conforter cette évolution qui correspond aux mœurs et aux réalités sociologiques et qui approuve une partie de la Doctrine.

Le critère de l'intérêt de l'enfant, plus encore, de la volonté de l'enfant voit donc le jour, aussi paradoxal que cela soit, dans l'aspect pénal du droit de visite. Ainsi, ce n'est pas à propos d'une décision civile, mais à propos de poursuites sur la base de l'art. 357 du Code Pénal que M. Pradel se demande :

« De lege ferenda... s'il n'est pas souhaitable de fixer un âge à partir duquel le mineur déciderait lui-même de son sort en matière de majorité religieuse » (49).

Le droit de visite, à peu près inconnu il y a un siècle seulement, est devenu au xx^e siècle et spécialement depuis la Seconde guerre mondiale, l'un des conflits les plus fréquents soumis aux Tribunaux, l'un des plus graves sur le plan humain, l'un des plus délicats sur le plan juridique.

(48) Cass. Crim. 23-1-1968 - D. 1969-364.

(49) Note Pradel - D. 1963-578.

Si la loi du 4 juillet 1970 a donné satisfaction à la tendance libérale et condamné la jurisprudence conservatrice de la Chambre Civile de la Cour de Cassation, pour ce qui est de la détermination des bénéficiaires du droit de visite, le problème est resté entier en raison du refus du législateur de prendre position quant au fondement même, à la nature juridique du droit de visite.

Toutes les solutions proposées, qu'il s'agisse de la puissance paternelle, aujourd'hui de l'autorité parentale, d'un lien de sang, d'un droit naturel, d'une obligation de respect, etc., se heurtent à des objections majeures et se révèlent incapables de résoudre le problème posé. Et celui-ci restera entier aussi longtemps que l'on examinera la question comme un conflit opposant deux séries d'intérêts : ceux du gardien et ceux du visiteur, refusant d'admettre qu'il y a en réalité un conflit à trois, et que le principal intéressé en matière de droit de visite est en fin de compte l'enfant lui-même, lequel doit cesser d'être l'objet du droit de visite pour devenir, comme l'indique timidement la jurisprudence criminelle, le sujet, et le sujet principal du droit de visite.

(50) Sur l'ensemble de cette question, voir : Mazeaud, t. I, n° 1145 et s. — Marty-Raynaud, t. I. — P. Guiho, *Essai d'une théorie générale du droit de visite* - J.C.P. 1952 I. 963 - G. Viney, *Du droit de visite* - R.T.D.C., 1965, p. 225 et s. — R. Merle - D. 1949, ch. 133 - H. Falconetti, *le Droit de visite et la Direction des visites* - D. 1967, ch. 183. — Garola Guglianis, *le Fondement du droit de visiter et d'héberger l'enfant* - D. 1965, ch. 1. — G. Sutton, *le Droit de visite des grands-parents* - J.C.P. 1972-1-2504. — Rouast, note au D. 1959, p. 8. — D. 1966, p. 369 et J.C.P. 1964 II 13457 — Savatier, note au D. 1955, p. 638 - D. 1959, p. 29 - D. 1961, p. 521 et D. 65, p. 144. — Carbonnier, note D. 1960-673. — Viney, note J.C.P. 1965-14-166. — De Lagrange, note D. 1958-211. — Mme Huet-Weilelr, note D. 1970 - 341 et, sur le plan pénal Vouin, n° 253 et s. — Goyet-Rousselet-Patin, n° 626 et s. — Roux, note S. 1913-1-417. — Le Poitevin, note D.P. 1904-2-41. — Pradel, note D. 1963-578. — Bouzat, note D. 1955-229.