

La compatibilité entre pratique religieuse et fixation de la résidence d'un enfant chez sa mère

François Boulanger, Professeur à l'Université Paris VIII (Saint-Denis)

Succédant à des affaires relatives aux problèmes des droits des transsexuels et des enfants adultérins, qualifiées par Philippe Malaurie dans son étude sur la Convention européenne de « *situations marginales* »<sup>(1)</sup>, la nouvelle condamnation de la France à propos du cas « *Palau-Martinez* » souligne la relativité ou le déclin des sources nationales du droit de la famille.

De plus en plus, le recours à la Cour de Strasbourg devient la troisième voie après l'appel et la cassation dont le rôle futur apparaît hypothétique<sup>(2)</sup>. Derrière le litige matériel assez modeste auquel était confronté la Cour - la fixation de la résidence de l'enfant après le divorce des parents - se profilait cette fois-ci un problème d'une tout autre importance - et qui a pris en France une singulière actualité - celui du rapport du droit et de la religion et du rôle que peut avoir cette dernière<sup>(3)</sup>. A la célèbre affirmation de Malraux que le « *XXIe Siècle sera religieux ou ne sera pas* », on peut ajouter en contrepartie la remarque faite par Monsieur Gonzalez dans sa thèse sur la Convention européenne et la liberté des religions : « *la liberté des religions dérange. L'expression renvoie inévitablement à une pluralité des églises, affirmant chacune détenir la vérité une et indivisible avec plus ou moins de bonne foi et tolérance* »<sup>(4)</sup>.

1. Les faits étaient au départ assez simples. La requérante, de nationalité française, mais ayant apparemment une origine espagnole, s'est mariée en 1983 et deux enfants ont été issus de cette union en 1984 et 1989. Cinq ans après cette dernière naissance, le mari quitte le domicile conjugal pour s'installer avec sa maîtresse ; la femme obtient alors, après une requête contre lui devant le Tribunal de Nîmes, le divorce aux torts exclusifs du mari. Celui-ci survient en 1996 ; la loi en vigueur relative à l'autorité parentale, celle du 8 janvier 1993 (art. 287 du code civil aujourd'hui abrogé) prévoyait déjà le principe de l'autorité parentale commune. C'est en ce sens que se prononce le Tribunal de Nîmes en fixant la résidence des enfants chez la mère en Espagne. En compensation, le père obtient un large droit de visite, pendant toute la durée des vacances scolaires, sous la seule obligation, alors qu'il réside en France (à Aigues-Mortes), d'aller chercher et raccompagner les enfants en Espagne. Peu satisfaite, l'ex-épouse fait appel de la décision devant la Cour de Nîmes. Elle réclame l'augmentation de la contribution alimentaire à l'entretien des enfants et surtout un réaménagement du droit de visite paternel qui lui serait plus favorable. Elle demande une enquête sociale, alléguant que le père a profité de la période des vacances d'été pour méconnaître les conditions initiales. Il a inscrit les enfants dans une école française et fait pression sur eux pour qu'ils vivent avec lui. La requête de la mère aboutit à un résultat inattendu pour elle. La Cour de Nîmes, par arrêt du 21 janvier 1998, rejette la demande d'enquête sociale comme « *perturbatrice* » pour les enfants. Elle constate, certes, que, dans un contexte international, il y a un « *non-retour* » des enfants qui poursuivent leur scolarité en France. Mais, de manière contraire aux premiers juges, elle fixe la résidence des enfants chez le père avec un droit de visite beaucoup plus réduit pour la mère (en février et à la Toussaint, pendant la moitié des vacances de Pâques et de Noël). A l'appui de sa décision, apparaît l'argument religieux qui existait déjà « *en filigrane* » en première instance. La mère appartient aux Témoins de Jéhovah ; tout en présentant les qualités d'affection maternelle souhaitables, elle fait peser sur les enfants toute une série de contraintes imposées, dit la cour d'appel, par « *une religion structurée comme une secte* ». On retrouve là une argumentation voisine de celle des juridictions autrichiennes dans l'affaire *Hoffman* avec ces

différences que la mère, originairement catholique, avait été privée de la garde de ses enfants après divorce, alors qu'elle s'était convertie en cours de mariage aux « *Témoins de Jéhovah* », et qu'une loi autrichienne ancienne du 20 mars 1874, dans un pays ne pratiquant pas la séparation de l'Eglise et de l'Etat, ne faisait pas figurer les « *Témoins* » au nombre des religions reconnues (5). La mère intente alors un pourvoi en cassation. Mais l'arrêt rendu le 13 juillet 2000 estime qu'il n'y avait aucune obligation d'enquête sociale et se retranche derrière le pouvoir souverain d'appréciation des preuves par les juges du fond (6). C'est dans ces conditions que la requérante saisit la Cour, sa requête étant jugée recevable. Elle souligne que la fixation de la résidence des enfants chez le père est une atteinte à sa vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention, méconnaît sa liberté de conscience et de religion selon l'article 9, les deux dispositions étant combinées avec l'article 14 concernant l'interdiction de discrimination. L'absence d'enquête la priverait également de ce que sa cause soit entendue équitablement au sens de l'article 6.

2. Il est bien certain, comme l'a montré Monsieur Lenoir dans son ouvrage consacré à la nouvelle spiritualité occidentale (7), qu'une caractéristique de l'époque moderne dans le domaine religieux est la perte du rôle social et institutionnel des églises constituées. La religion passe du domaine public à la sphère privée. Monsieur Lenoir, à propos des « *Témoins de Jéhovah* », parle de « *lecture simplifiée d'un message traditionnel* », fondé sur un besoin de certitude et de recours aux procédés du marketing (8). Il récuse en tout cas le schéma de la « *victimisation* » qui ferait de l'adepte « *une marionnette docile fabriquée contre son gré par un affreux gourou* ». La requérante, à l'encontre des attendus de la Cour de Nîmes, parlant de « *dureté* », d'« *intolérance* » et d'« *obligation de pratiquer le prosélytisme* » invoque la « *stigmatisation sociale* » dont elle est victime.

Le père, qui s'est rendu coupable d'abandon de famille, n'a pas à porter un jugement de valeur sur ses croyances. La cour d'appel a déséquilibré la procédure en refusant l'expertise psychologique (points 20 et 26). C'est la seule appartenance religieuse qui a justifié la fixation de la résidence chez le père et par lui a introduit un élément discriminatoire, au sens de l'article 14.

A l'encontre des arguments de Madame Palau-Martinez, le Gouvernement français tentait de souligner la différence d'avec le précédent *Hoffman* où le gouvernement autrichien avait été condamné en raison de l'importance déterminante apportée dans le transfert de garde au père par la loi fédérale sur l'éducation religieuse. Pour la France, la décision ne s'était pas fondée sur la seule adhésion religieuse de l'intéressée, mais sur la frustration que subissaient les enfants, attestée par un certificat médical d'un psychiatre, le prosélytisme de la mère et le désir des enfants de vivre avec leur père (point 27).

3. Les arguments de la France n'ont pas emporté la conviction de la CEDH. On remarquera tout d'abord que le vocabulaire employé parle de « *religion* » ou « *contraintes religieuses* » à l'exclusion du mot « *sectes* » au sens que lui attribuaient les sociologues Max Weber et E. Froeltsch, c'est-à-dire de groupe contractuel fermé qui met l'accent sur l'intensité de la vie de ses membres par opposition aux églises officielles ouvertes (9). La faiblesse de l'argumentation du gouvernement français provenait de ce que le mari lui-même ne niait pas les qualités maternelles et qu'il n'y avait aucun élément concret de l'influence de la religion sur l'éducation et la vie quotidienne des enfants. La qualification de secte est difficilement applicable à un mouvement plus que centenaire qui s'est développé à partir des années 1870-1879 sur l'initiative du Pasteur Russell dans la mouvance adventiste ; comptant 70 000 églises locales ou Bethels, les Témoins de Jéhovah regroupent douze millions de fidèles dans le monde entier (10). Trop souvent les juridictions françaises du fond, tout en affirmant qu'« *il ne leur appartenait pas de porter un jugement sur les fondements de la religion* » (11), n'ont pas évité la confusion entre méthodes éducatives et croyances des parents, reprochant à des « *Témoins de Jéhovah* » de « *priver les enfants d'activités ludiques* » au profit d'études bibliques (12) ou, au contraire, à propos des « *Adventistes du 7e jour* », en déclarant que l'adepte d'une croyance qui vise à susciter le respect de la personne humaine ne peut être une mauvaise mère (13). Un arrêt de Cassation avait même cassé une décision de la cour d'appel qui, sur la production de certificats médicaux, avait refusé de confier un enfant à l'Aide sociale à l'enfance pour « *troubles sans valeur significative* ». La seule affiliation des parents à

une secte était de nature « à compromettre gravement son évolution et son équilibre psychologique »<sup>14</sup>. On ne peut donc à cet égard que se féliciter de la position de la CEDH. La requérante ne niait pas que l'éducation donnée aux enfants correspondait à ses convictions religieuses ; mais dans un système laïc comme l'est celui du droit français, il n'y a pas lieu de distinguer entre « bonnes » et « mauvaises » croyances dès lors qu'aucune atteinte n'est portée aux intérêts des enfants. Certes l'article 14 qui prohibe toute distinction à cet égard n'est jamais visé isolément par la CEDH, mais toujours en relation avec l'article 8, c'est-à-dire l'atteinte à la vie familiale. Tel était le cas pour des enfants vivant depuis trois ans et demi avec leur mère. Le transfert de résidence chez le père ne respectait pas le « rapport de proportionnalité » entre les moyens et le but poursuivi. La cour d'appel avait à tort refusé l'enquête sociale réclamée par la mère et s'était prononcée *in abstracto*, sans confronter les conditions de vie réelles et leur intérêt (point 42). La condamnation de l'Etat français a été sévère, puisqu'elle a paru justifier l'octroi à la requérante de 10 000 euros de dommages-intérêts au titre du préjudice moral.

4. Plusieurs réserves ou « *bémols* » peuvent être toutefois apportés à cette décision. On peut tout d'abord regretter que, par similitude avec l'affaire *Hoffman*, la Cour ait évité d'aborder de front la question de la violation de l'article 9 relatif à la liberté de pensée et de religion qui implique, notamment, la liberté de manifester sa conviction « *individuellement ou collectivement* ». Pour la CEDH (point 46), il n'y avait là nulle question distincte, pas plus qu'à propos de l'article 2 du Protocole n° 1 sur le respect des droits des parents à assurer l'éducation et l'enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. Certes, comme l'a fait remarquer Monsieur Gonzalez, la référence à l'article 8 n'« *abaisse pas la protection de la religion* ». Par opposition à l'article 9 qui vise la seule sauvegarde de la liberté individuelle du requérant, l'article 8 sur le respect de la vie familiale prendrait en compte la pluralité d'éléments familiaux qui pourraient être divergents<sup>15</sup>. Mais la Cour européenne paraît un peu en retrait sur son affirmation dans l'arrêt *Kokkinakis* du 25 mai 1993 (à propos du prosélytisme dont aurait fait preuve un « *témoin de Jéhovah* ») que la « *liberté de pensée, de conscience et de religion est l'une des assises d'une société démocratique au sens de la Convention* »<sup>16</sup>. La référence à la « *marge d'appréciation* » des Etats renvoie à une affaire peu en rapport avec la question religieuse, l'arrêt « *Karl Heinz Schmidt* » ayant trait à la question d'égalité de sexes sur le service à effectuer dans un corps de sapeurs-pompiers et à défaut la contribution due pour les seules personnes de sexe masculin<sup>17</sup>.

5. La seconde critique porte sur la prise en compte des sentiments des enfants. On sait qu'en droit français, à propos de l'attribution de l'autorité parentale, de la fixation de la résidence ou de l'hébergement, l'enfant n'est pas partie à la procédure au sens de l'article 388-1 c. civ. Il n'existe pas de « *majorité religieuse* » au sens des droits allemand et suisse et la Cour de cassation a même fait assez bon marché de l'argument de la violation de l'article 9, précisément à propos de la volonté d'une fille de seize ans qui, baptisée originellement catholique, avait entendu par conviction personnelle se convertir aux Témoins de Jéhovah<sup>18</sup>. Du moment qu'il a affaire à un mineur capable de discernement, le juge peut l'entendre. Dans une décision inédite du Tribunal de Gap du 18 février 1994, il était établi que la mère se rendait trois fois par semaine aux réunions des Témoins accompagnée de son fils, en contravention de la convention de divorce passée avec son mari qui lui en faisait interdiction. Le tribunal faisait état d'un pacte légitime passé au moment du divorce mais « *dépassé* » par le droit personnel de l'enfant âgé de seize ans<sup>19</sup>. *A contrario*, il est certain que, dans l'affaire *Palau-Martinez*, les enfants âgés de douze et sept ans lors du jugement du Tribunal de Nîmes avaient manifesté certaines réticences à vivre avec leur mère. Si la décision rendue a obtenu six voix contre une sur la violation combinée des articles 8 et 14, la juge Thomasson exprimant une « *dissenting opinion* » a critiqué la décision de la Cour de Nîmes, non pour la discrimination entre père et mère, mais pour l'absence de toute enquête sociale sérieuse sur les rapports entre mère et enfants, se fondant sur l'envoi d'une simple lettre de l'un d'eux.

Enfin on ne peut oublier que l'autorité parentale était « *commune* ». Dans le cas exceptionnel où elle était attribuée à un seul parent, l'article 287-2 ancien précisait que le « *non-gardien* » devait être informé des « *choix importants concernant la vie de l'enfant* ». *A fortiori*, la Cour

européenne a quelque peu esquivé la question de savoir si la résidence des enfants étant maintenue chez la mère, l'illégalité de la conduite du père ayant retenu les enfants en France serait de nature à le priver de tout droit de visite ou d'influence spirituelle sur les enfants. La jurisprudence canadienne, qui a eu à connaître du problème de ce genre après divorce en raison de la forte implantation dans ce pays de fidèles des Témoins de Jéhovah, a manifesté de grandes hésitations quant au rôle de l'époux chez qui l'enfant ne réside pas.

Elle a semblé admettre qu'il était licite pour un enfant de huit ou neuf ans d'être instruit des divergences religieuses des parents, le « *non-bénéficiaire* » de l'hébergement devant s'abstenir de prosélytisme à l'égard de l'enfant<sup>(20)</sup>, sans le contraindre à des choix.

6. On peut mesurer en définitive la portée de l'arrêt *Palau-Martinez*. Il donne un « *coup d'arrêt* » - et ceci devrait valoir aussi bien à propos des questions comme l'agrément à l'adoption, que pour l'autorité parentale - aux tendances inavouées derrière le voile de laïcité à classer les « *bonnes et mauvaises sectes* » - l'argument classique de l'hostilité des Témoins de Jéhovah aux transfusions sanguines étant ici hors jeu, Monsieur Drago n'avait probablement pas tort d'écrire que « *la laïcité de l'Etat et sa neutralité ne s'est déterminée et ne se détermine encore qu'en fonction de la place qu'a en France l'église catholique. Mais quand il la rejette, l'Etat est-il neutre à l'égard des sectes ? La réponse est négative* »<sup>(21)</sup>. Dans une société appelée à « *gérer les différences* » et qui entend séparer droit et religion, « *le for interne* » ne devrait plus, sauf atteinte manifeste à l'intérêt des familles et enfants, dicter la solution des tribunaux.

#### Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX \* Vie familiale \* Autorité parentale \* Droit de visite et d'hébergement \* Intérêt de l'enfant \* Témoin de Jéhovah

(1) Ph. Malaurie, La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français, JCP 2002, I, 143, spéc. n° 10.

(2) V., à ce sujet, Jean-François Burgelin, La Cour de cassation en question, D. 2001, Point de vue p. 932<sup>1</sup> ; F. Boulanger in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz 2003, 9e éd., La vie familiale, p. 186.

(3) Sur l'arrêt de la CEDH, V. déjà D. 2004, AJ p. 8 ; Dr. famille 2004, n° 50, note B. De Lamy ; AJ Famille 2004, p. 62<sup>2</sup>.

(4) G. Gonzalez, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté de religion* (préface L. Dubois), Centre d'Etudes Aix-Marseille III et Economica, 1997, p. 5.

(5) Sur le précédent *Hoffman c/ Autriche*, CEDH, 23 juin 1993, V. V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 8e éd., 2002, p. 143 ; J. Hauser, D. 1994, Jur. p. 326<sup>3</sup> ; F. Vasseur Lambry, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, préface F. Dekeuwer, Lharmattan 2000, n° 604, sur les Témoins de Jéhovah ; A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, coll. « *Nouvelle bibliothèque de thèses* », 2002, n° 530 et 574.

(6) Cass. 2e civ., 13 juill. 2000, RJ personnes et famille 2000, n° 10, p. 19, note Valory ; RTD civ. 2000, p. 822, obs. J. Hauser<sup>4</sup>.

(7) Frédéric Lenoir, *Les métamorphoses de Dieu : la nouvelle spiritualité occidentale*, Paris, Plon 2003.

(8) Cf. F. Lenoir, *op. cit.* p. 162 et 177.

(9) Cf. Ch. Vignes, *Les sectes et l'enfant*, Mémoire DEA, Paris VIII, 1999-2000, p. 2.

(10) O.-L. Séguy sur l'historique des Témoins de Jéhovah. Colloque de l'Assemblée nationale

du 26 novembre 1993, *in* Petites affiches, 10 août 1994, p. 42.

(11) Cf CA Nîmes, 23 oct. 1996, JCP 1997, IV, 2165.

(12) CA Nîmes, préc.

(13) CA Reims, 27 juin 2002, Dr. famille 2003, n° 42 note A. Gouttenoire.

(14) Cass. 1re civ., 28 mars 1995, Bull. civ. I, n° 141 ; Defrénois 1995, p. 1390 note J. Massier et commentaire critique J. Vitse ; D. 1996, Somm. p. 239 (à propos de l'adhésion à la secte « *La Citadelle* »).

(15) G. Gonzalez, *op. cit.* p. 51-52.

(16) CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, par V. Berger, *op. cit.* n° 170, p. 465. - La preuve d'un prosélytisme abusif ne pouvait se déduire de la lecture de plusieurs ouvrages à une chrétienne orthodoxe ayant entraîné la mise en détention de M. Kokkinakis.

(17) CEDH, 18 juill. 1994, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préc. n° 17, p. 59.

(18) Cass. 1re civ., 11 juin 1991, D. 1991 Jur. p. 521, note Ph. Malaurie et D. 1992, Somm. p. 65, note N. Descamps. - V., à ce sujet, F. Boulanger, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, Paris (Economica) 1998, n° 160-163.

(19) Cf. G. Gonzalez, *op. cit.*, p. 260 (inédit).

(20) F. Boulanger, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, *op. cit.* n° 161, un arrêt de la Cour de Quebec de 1987 avait reconnu au père titulaire du droit de visite la possibilité d'instruire l'enfant dans la doctrine des Témoins de Jéhovah, tout en condamnant sa volonté de le faire participer à une propagande de porte à porte. - Cf. J.-C. Baudouin RTD civ. 1988, p. 303 n° 2.

(21) Cf. R. Drago, *in Laïcité, neutralité, liberté*, Archives de philosophie du droit 1993, p. 222 citation G. Gonzalez p. 153. - Dans le même sens, et à propos d'une action en divorce où était en jeu l'appartenance de l'époux aux Témoins de Jéhovah, V. J. Carbonnier ss CA Nîmes, 16 juin 1967, D. 1969, Jur. p. 367.