



HAL
open science

Lien familial et droit pénal

Camille Montagne

► **To cite this version:**

Camille Montagne. Lien familial et droit pénal. Droit. Université Grenoble Alpes, 2015. Français.
NNT : 2015GREAD010 . tel-01563902

HAL Id: tel-01563902

<https://theses.hal.science/tel-01563902>

Submitted on 18 Jul 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES

Spécialité : **Droit pénal**

Arrêté ministériel : 7 août 2006

Présentée par

Camille MONTAGNE

Thèse dirigée par **Monsieur le Professeur David DECHENAUD**

préparée au sein du **Centre de Recherches Juridiques de Grenoble**
dans l'**École Doctorale Sciences Juridiques (ED 460)**

Lien familial et droit pénal

Thèse soutenue publiquement le **4 décembre 2015**,
devant le jury composé de :

Monsieur David DECHENAUD

Professeur à l'Université Pierre MENDÈS-FRANCE, Grenoble II (Directeur de thèse)

Madame Dominique FENOUILLET

Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II

Madame Agathe LEPAGE

Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II (Présidente du jury)

Madame Valérie MALABAT

Professeur à l'Université de Bordeaux (Rapporteur)

Monsieur Pierre MURAT

Professeur à l'Université Pierre MENDÈS-FRANCE, Grenoble II

Monsieur Xavier PIN

Professeur à l'Université Jean MOULIN, Lyon III (Rapporteur)



L'université n'exprime aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur de l'ouvrage.

À ma famille pour son amour et sa patience

À mes amis pour leur soutien et leur présence

À mes collègues pour leur aide et leur bienveillance

REMERCIEMENTS

Je remercie tout particulièrement Monsieur le Professeur David DECHENAUD pour la confiance qu'il m'a accordée tout au long de la réalisation de cette recherche, pour ses précieux conseils, ainsi que pour sa disponibilité et son soutien indéfectible. Je lui exprime ma plus sincère reconnaissance.

Je remercie également Mesdames et Messieurs les Professeurs Dominique FENOUILLET, Agathe LEPAGE, Valérie MALABAT, Pierre MURAT et Xavier PIN, d'avoir accepté de siéger dans le jury de soutenance de cette thèse et d'évaluer ce travail. Je leur témoigne ma profonde gratitude.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ famille	Actualité Juridique, droit de la famille
AJ pénal	Actualité Juridique, droit pénal
al.	alinéa
AN	Assemblée Nationale
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
Arch. pol. crim.	Archives de politique criminelle
art.	article
art. préc.	article précité
ass. plén.	Assemblée plénière
BOMJL	Bulletin officiel du ministère de la Justice et des libertés
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
c/	contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. éd.	Code de l'éducation
C. pén.	Code pénal
C. proc. civ.	Code de procédure civile
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
C. serv. nat.	Code du service national
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
chron.	chronique
CIDE	Convention internationale relative aux droits de l'enfant
circ.	circulaire
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
coll.	collection
comm.	commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	Contrairement à
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Décret
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
DAP	Direction de l'administration pénitentiaire
DAV	Délégation aux victimes
DC	Décision du Conseil constitutionnel
<i>DC</i>	Recueil critique Dalloz
dir.	dirigé par
doctr.	doctrine
<i>DP</i>	Dalloz périodique
Dr. fam.	Revue Droit de la famille
Dr. pén.	Revue Droit pénal
éd.	édition(s)
ét.	étude
ex.	exemple

Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
INED	Institut national d'études démographiques
<i>Infra</i>	Voir ci-dessous
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
IS	Revue Informations sociales
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP G	Semaine juridique, édition Générale
JO	Journal officiel
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JORF	Journal officiel de la République française
JT	Journal des Tribunaux (Belgique)
L.	Loi
L.G.D.J	Librairie générale de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
n ^o	numéro
not.	notamment
obs.	observations
OIP	Observatoire international des prisons
ONDRP	Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
ord.	ordonnance
p.	page
pp.	pages
préc.	précité
Procédures	Revue Procédures
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUM	Presses universitaires de Montréal
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Rev. crim. et pol. techn.	Revue internationale de criminologie et de police technique
RFS	Revue française de sociologie
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RLDC	Revue Lamy droit civil
Rev. pénit.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RSC	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Sirey
s.	suisant
spéc.	spécialement
<i>Supra</i>	Voir ci-dessus
T.	Tome
v.	voir
V ^o	<i>Verbo</i>
vol.	volume

SOMMAIRE

(Les numéros renvoient aux pages)

INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE – LE LIEN FAMILIAL, FONDEMENT DE LA RÉPRESSION.....	61
Titre I - La protection pénale insuffisante du lien familial structurel.....	67
Chapitre 1 - La protection pénale partielle du lien structurel de couple.....	71
Chapitre 2 - La protection pénale irrégulière du lien structurel de filiation	197
Titre II - La protection pénale variable du lien familial relationnel	263
Chapitre 1 - L’appréhension pénale particulière du lien de famille relationnel	267
Chapitre 2 - La protection pénale fluctuante des obligations issues du lien de famille relationnel	313
SECONDE PARTIE – LE LIEN FAMILIAL, OBSTACLE À LA RÉPRESSION.....	463
Titre I - La reconnaissance du lien familial comme obstacle à l’effectivité de la répression	469
Chapitre 1 - Le lien familial obstacle affectif à l’existence de l’infraction.....	475
Chapitre 2 - Le lien familial obstacle patrimonial à la poursuite de l’infraction.....	521
Titre II - L’ignorance du lien familial comme obstacle à l’efficacité de la répression.....	577
Chapitre 1 - La négation du lien familial comme obstacle à l’efficacité de l’acte infractionnel.....	583
Chapitre 2 - La déconsidération du lien de famille comme obstacle à l’efficacité de la réponse pénale ...	625
CONCLUSION GÉNÉRALE	709

INTRODUCTION

1. - La famille, le lien et le droit. Confronter le lien familial au droit pénal peut, de prime abord, sembler paradoxal. La famille, sphère privée par excellence, induit en effet instinctivement l'absence de droit¹. L'amour familial semble à première vue exclure l'idée de justice² et l'intimité familiale relèverait par essence du non-droit³. La théorie du retrait du droit s'imposerait dans la famille relationnelle d'aujourd'hui⁴ qui pourrait aisément exister et survivre sans le droit⁵. À considérer qu'elle puisse être juste, cette assertion ne peut se

¹ Pour ARISTOTE, la famille relèverait du non-droit puisque les individus la composant ne seraient pas suffisamment autres les uns relativement aux autres pour que l'altérité nécessaire aux relations de droit existe. Tout comme la relation juridique ne peut exister avec soi-même, elle est donc impossible entre le fils et le père puisque le premier « est quelque chose » du second. V. en ce sens les développements de M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne : cours d'histoire de la philosophie du droit*, Montchrestien, 1975, pp. 41-42 : les problèmes relevant de « l'ordre interne de la famille » étaient alors exclus du droit politique régissant les relations de justice dans la cité.

² HEGEL a pu noter à ce titre que la famille, vie éthique sous sa forme naturelle, relève de l'amour et non de la justice et oppose ainsi la société naturelle constituée par la famille « dont les membres sont liés par amour, confiance et obéissance naturelle », à la société de droit. V. G. W. Fr. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1820), PUF, coll. « Fondements de la politique », 1998, n° 158 et s., pp. 367 et s. Dans le même ordre d'idée, le philosophe P. RICOEUR relève une antinomie entre la pratique individuelle de l'amour et la pratique collective de la justice. Le constat originel de la disproportion des notions peut cependant laisser place, dans une perspective contraire, à celui de leur adéquation et à la construction d'une dialectique féconde entre les deux extrêmes. V. P. RICOEUR, *Amour et justice*, Seuil, coll. « Points Essais », 2008.

³ Au sens où l'entend J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^e éd., 2001, pp. 25 et s. : « Le non-droit est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent ». Le non-droit est donc considéré par l'auteur comme une « négativité » ou une « absence caractéristique ». Les phénomènes de non-droit sont donc « ceux par lesquels le droit se retire ». Le non-droit peut alors être considéré comme une donnée sociale objective ou bien résulter d'un choix subjectif individuel. À ce titre, au sein de la sphère familiale, composée de mœurs et de morale et gouvernée par l'affection et l'amour, « le non-droit est l'essence » et « le droit l'accident ».

⁴ V. en ce sens la théorie développée par Fr. DE SINGLY, *Le lien familial en crise*, Rue d'Ulm, Presses de l'École normale supérieure, 2007 : le sociologue considère que le passage de l'holisme à l'individualisme et de la famille traditionnelle fondée sur le groupe à la famille « individualiste et relationnelle » composée d'individus aurait pour conséquence l'avènement d'un espace privé consubstantiel au lien familial en tant qu'espace d'autonomie du moi. À travers une conception nomique de la famille, il pense donc l'individualisme comme un « idéal qui mérite attention » en tant que « pouvoir de dire non » et de « choisir sa propre définition de soi » et la famille comme un « cadre privilégié de solidarité interpersonnelle et de révélation de soi » au sein duquel la régulation entre les individus aurait lieu par négociation purement privée. *Contra*, v. I. THÉRY, « Spécificité du lien familial et processus démocratique, les raisons d'un impensé », in G. EID, *La famille, le lien et la norme* (Actes du colloque de l'Institut des Sciences de la Famille, Université Catholique de Lyon, 10-11 mai 1996), L'Harmattan, 1997, p. 97 : la sociologue appelle à dépasser ce schéma d'interprétation et considère l'autorégulation comme une illusion qui renforce les inégalités. Par la montée en force de la normalisation des mœurs, l'individu serait alors pris au piège dans un espace indifférencié où « chacun doit se prémunir contre autrui » ; B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille. Le lien familial sous questions*, De Boeck, coll. « Ouvertures sociologiques », 1996, p. 164 : la conception nomique de la famille défendue par Fr. DE SINGLY ou J.-C. KAUFMANN « pêche par le fait qu'elle met la famille sans cesse au singulier, en l'étudiant comme un phénomène relevant d'un espace tellement privé qu'il serait coupé du reste de la société ». L'évolution des familles doit au contraire être mise en perspective avec celle de la société pour avoir conscience de la réalité sociale.

⁵ V. en ce sens les développements de J. CARBONNIER, « Préface », in *Les réformes du droit de la famille*, *Arch. phil. dr.*, 1975, T. 20, spéc. p. 3 à propos de la théorie de K. MARX selon laquelle « si le droit n'a d'autres finalités que d'imposer et d'administrer les inégalités économiques, la notion même d'un droit de la famille

confirmer que dans le contexte de la famille paisible, exempte de conflit. L'intervention du droit au sein de la sphère familiale devrait en ce sens rester exceptionnelle⁶. Or, le caractère pacifique ne se retrouve que très rarement dans les relations familiales, souvent empreintes de désaccords et de contradictions. La survenue de conflits au sein de la famille relève actuellement davantage de la normalité que de l'anormalité. En effet, « la famille, nœud de vipère ou doux cocon, laisse rarement indifférent »⁷. L'essor de l'individualisme, qui a pu être qualifié par Auguste COMTE de « maladie du monde occidental »⁸ ou accusé par Frédéric LE PLAY d'engendrer la « famille instable »⁹ au sein de la société contemporaine, participe notamment à celui des comportements contestataires ainsi qu'à l'affirmation croissante de vellétés personnelles dominantes dans la sphère familiale¹⁰. L'exaltation des volontés personnelles est ainsi dépeinte comme une menace pour l'intérêt familial, sur lequel prévaut désormais la satisfaction des intérêts individuels¹¹. L'individualisme ne doit cependant pas être considéré comme un danger et l'étude de la famille, même individualisée, peut contribuer à la perpétuation de l'ordre social¹². La sphère familiale est incontestablement régie par des rapports juridiques issus pour la plupart du lien de droit existant entre les membres qui la composent. La tendance actuelle semble même appeler à la réinsertion du droit dans la sphère

semble recéler une contradiction » puisqu'en son sein, « les rapports de personne à personne défient tout partage ».

⁶ V. not. les développements de H. BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », in *Les réformes du droit de la famille*, op. cit., p. 7, spéc. p. 12 : l'auteur précise à cet égard que le conflit résulte de l'instauration d'une situation familiale « anormale » et qu'« il suit de là que le droit "mise" sur l'existence de relations familiales effectives et paisibles ».

⁷ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. « Cours », 3^e éd., 2013, n° 1, p. 1.

⁸ V. les développements de J. COMMAILLE, P. STROBEL et M. VILLAC, « Fondements et traditions philosophiques », *La politique de la famille*, La Découverte, coll. « Repères », 2002, p. 21. Le positivisme scientifique fondé par le sociologue combat l'individualisme et privilégie les rapports sociaux collectifs.

⁹ V. les propos de B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille (...)*, op. cit., p. 27 : le sociologue aborde l'étude de la communauté empirique de la famille qui se détache des individus et adopte un fonctionnement autonome.

¹⁰ *Contra*, v. D. COOPER, *Mort de la famille*, Seuil, coll. « Essais », 1971 : le psychiatre considère la famille comme une fausse structure personnelle en réalité aliénante et destinée à étouffer la vérité de l'individu en sécrétant la « normalité ». « Abstraction destructrice », la famille serait donc impropre à l'affirmation de la volonté individuelle réelle. Par une soumission passive et délibérée, le membre de la famille serait donc dépossédé de lui-même et est invité à dépasser ce conditionnement pour exister en tant qu'individu ; Y. CASTELLAN, *La famille*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 5^e éd., 1996, pp. 94 et s. : les individus sont décrits comme « porteurs des structures essentielles du groupe familial dans son ensemble, c'est-à-dire de l'imaginaire commun, mythe ou thème, des représentations, de l'intensité affective et de toutes les composantes du "nous" familial ». Le processus d'autonomisation serait donc difficile voire impossible tant que « l'objet famille est constamment réactivé aux dépens de l'élaboration du système personne ». À ce titre, l'individualisation dépendrait donc « de la longueur et de l'intimité des liens entretenus avec la famille d'origine ». Plus le lien serait court et impersonnel et plus l'individu pourrait s'émanciper rapidement de sa famille. À l'inverse, un lien temporellement long et affectivement ancré ferait donc obstacle au processus d'individualisation. En ce sens, lien familial et individualisme devraient alors être pensés dans la contradiction.

¹¹ V. not. les développements de Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2011, n° 11, p. 10.

¹² V. en ce sens les développements de B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille (...)*, op. cit., p. 14 : bien qu'incertaine, la famille serait ainsi toujours providentielle à un État qui ne l'est plus et « sa permanence, même protéiforme, lui confère les attributs minimaux pour être mise à la tâche ».

familiale¹³. La famille, qui transmet la plupart du temps le patrimoine génétique, moral et social à l'individu, possède en effet une durée et un degré d'implication remarquables en termes de liens¹⁴ et est devenue un lieu incontestable du droit. Elle arbore ainsi le double visage de producteur et de titulaire de droits et existe à la fois comme objet et sujet de droit. La famille a pu être décrite comme une personne morale titulaire de la personnalité juridique¹⁵ et disposant d'un intérêt familial propre¹⁶. L'intérêt de l'institution familiale existerait en ce sens aux côtés des divers intérêts de ses membres, avec lesquels il peut soit coïncider, soit se mettre en opposition. Ces objectifs divergents ne sont pas pour autant aisés à discerner et se confondent souvent. Cette interdépendance peut s'expliquer par le fait que la famille n'est « pas une entité qui serait distincte de ses membres, mais en chacun des membres, cette partie de la personnalité qui est familiarisée »¹⁷. Le lien peut être quant à lui entendu comme un « rapport juridique unissant deux ou plusieurs personnes en vertu d'un acte ou d'un fait juridique qui est à la fois effet de droit et situation juridique, source de droits et d'obligations »¹⁸. Si l'existence de la famille inclut nécessairement celle du lien familial, qui est un lien de droit particulier, elle induit dans le même temps celle du droit. La famille existe ainsi comme une donnée sociologique, de laquelle est issu un lien juridique spécifique. La prise en compte de ce dernier en tant qu'objet de droit pénal peut toutefois paraître paradoxale. Le lien suppose en effet nécessairement un rapport incluant tout au moins deux protagonistes, alors que le droit pénal a logiquement vocation à appréhender uniquement le

¹³ V. not. C. LABRUSSE-RIOU, « Droits de l'homme et institution des liens familiaux : une relation explosive ou pervertie ? », in G. EID, *La famille, le lien et la norme* (Actes du colloque de l'Institut des Sciences de la Famille, Université Catholique de Lyon, 10-11 mai 1996), *op. cit.*, p. 54 : l'évitement de l'excès de droit ou « panjurisme » proposé par le doyen CARBONNIER doit aller avec la « restauration de la place légitime du droit, là où justement sa nécessité n'est pas ou plus sensible, ce qui est le cas de la famille et précisément de l'institution qui donne aux liens familiaux forme et légitimité ».

¹⁴ V. en ce sens les développements de Y. CASTELLAN, *La famille, op. cit.*, p. 7.

¹⁵ Sur la famille en tant que sujet titulaire de droits v. not. R. SAVATIER, « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *D.*, 1939, chron. p. 49 : l'auteur détaille l'existence d'un certain nombre de droits, patrimoniaux comme extrapatrimoniaux, appartenant à la famille en tant que telle pour déduire l'existence juridique propre de la famille. Elle constitue à ce titre une personne morale dotée de la personnalité juridique civile et titulaire de droits spécifiques dont l'exercice est réservé à ses membres en tant qu'organes du groupe familial ; en ce qui concerne le droit matrimonial, le doyen CARBONNIER constate précisément, dans sa thèse portant sur la nature du régime matrimonial, l'existence d'un patrimoine à destination familiale. V. J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Thèse, Bordeaux, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932.

¹⁶ V. en ce sens les développements de R. THÉRY, « L'intérêt de la famille », *JCP G*, 1972, I, p. 2485 : la notion d'intérêt de la famille est considérée par l'auteur comme une notion opérante qui doit dépasser le simple domaine du fait. Les membres de la famille, « dans leur cercle, voient se dégager quelque chose qui les dépasse et s'impose à eux : l'intérêt de la famille, par hypothèse transcendant aux individus puisqu'il doit régler leur conduite ». Cette transcendance est exposée comme se trouvant du côté de l'objet et non du sujet. La qualité de l'intérêt existe donc dans la valeur familiale immanente et la notion opérationnelle d'intérêt de la famille qui « s'impose comme un objectif qui échappe aux contestations » peut donc être interprétée comme « l'amorce d'un renouveau institutionnel » dans une période déjà dépeinte comme celle de la famille en crise.

¹⁷ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, op. cit.*, p. 274.

¹⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2014, V^o « Lien », 1^{re} acception, p. 614.

sujet dans sa singularité. En tant que phénomène social, le droit doit néanmoins comprendre les pratiques familiales pour pouvoir s'adapter et intervenir dans la famille qui constitue un instituant du social. Or, « comprendre les pratiques familiales, c'est aborder d'emblée la spécificité du lien qu'on y observe par rapport à tout autre lien social »¹⁹. Le lien de famille se montre ainsi délicat à appréhender, en ce qu'il est la concrétisation juridique d'un fait social et révèle des rapports étroits entre les aspects juridiques et sociologiques d'une même réalité, constituée par la sphère familiale. S'il existe plusieurs familles de liens, le lien de famille spécifique fait indéniablement partie de celle des liens juridiques. L'intervention du droit dans ce domaine est en tous les cas le signe que la paisibilité originelle du lien juridique de famille a été troublée. En définitive, si le droit existe incontestablement au sein du lien familial, le lien familial dans sa spécificité s'est aussi progressivement inséré dans le droit.

2. - L'individu, la famille, l'État. Si, à première vue, les questions familiales « apparemment purement civiles, ne devraient absolument pas intéresser le champ répressif »²⁰, il est pourtant possible de constater que « le droit pénal s'intéresse chaque jour davantage à la famille, et surtout aux parents »²¹. La famille apparaît en effet comme un sujet de premier choix puisqu'elle « importe trop à l'État pour que celui-ci se désintéresse de ce qui la concerne »²². La ligne de démarcation entre les sphères publique et privée, qui évoluent en constante interaction, est en effet fragile et les frontières sont poreuses. La vie privée familiale revêt en effet une dimension politique incontestable puisqu'elle se trouve aux fondements de la vie sociale²³. Aux côtés de l'individu, la famille constitue une clé sans laquelle il n'est désormais plus possible de penser la vie sociale²⁴. Elle prend à première vue le visage d'une institution constitutive et productrice de politique et se conçoit comme une « représentation fusionnelle des ordres publics et privés »²⁵. Les ordres familial et politique se veulent

¹⁹ B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille (...)*, op. cit., p. 12.

²⁰ C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les infractions parentales », *D.*, 2013, chron. p. 1846.

²¹ *Ibid.* : le droit pénal qui est présent dans toutes les sphères de la société a donc créé des « infractions parentales » au sein desquelles « être parent peut devenir un élément constitutif ou aggravant d'infractions pénales ».

²² M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, L.G.D.J, 2^e éd., 1962, n° 8, p. 7.

²³ « La famille constitue ainsi la genèse de l'autorité politique : la hiérarchie qui l'ordonne « naturellement » inscrit le pouvoir politique lui-même dans sa dimension naturelle et le justifie comme une évidence de nature », J. COMMAILLE et Cl. MARTIN, *Les enjeux politiques de la famille*, Bayard, coll. « Société », 1998, p. 19. La conception traditionnelle de l'ordre politique a donc d'abord été assimilée à la conception de la famille traditionnelle.

²⁴ V. en ce sens les développements de M. CHAUVIÈRE, « Familialisme et régulation sociale ou aspects de la démultiplication du concept de famille », in *Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales, Annales de Vaucresson*, 1987, n° 37/2, p. 207.

²⁵ J. COMMAILLE, « Présentation », in *Familles, interventions et politiques (...)*, op. cit., p. 7, spéc. p. 8 et p. 13 : l'auteur décrit les rapports originels d'organisation des vies privée et sociale dans les sociétés occidentales comme relevant d'une représentation « fondée sur l'idée de continuité fonctionnelle où la famille est assignée à un rôle social qu'elle ne peut remplir qu'en étant elle-même un système politique et un instrument de contrôle absolu de ses membres, calqués strictement sur ceux de l'État ». Le sociologue considère en outre à ce titre que

indissociables, voire interchangeable²⁶. En ce sens, la famille peut être considérée comme « le premier modèle des sociétés politiques »²⁷. En tant que « prothèse du corps social »²⁸, elle existe à la fois « comme régulateur et comme élément symboliquement central d'un contrôle social »²⁹. Le placement de la famille sous l'égide du droit privé n'a cependant pas toujours relevé de l'évidence³⁰. À l'inverse, l'espace privé serait à dissocier de l'espace public en tant qu'espace spécifique de refuge. Pourtant, l'espace domestique, traditionnellement autonome, est néanmoins progressivement devenu un objet d'intervention de la puissance publique et la publicisation de la famille semble paradoxalement être à la mesure de son individualisation. La famille contemporaine est donc vue comme « une institution post-moraliste dominée par la logique de l'autonomie et de l'épanouissement personnel »³¹ et il est possible d'affirmer que « des relations familiales paisibles et stables importent plus profondément à la société civile que l'organisation des relations économiques »³². L'espace familial, qui n'est plus le lieu d'application d'une morale générale, passe alors de source du politique et de sa légitimité à objet de contribution à la conservation de l'ordre social. Il appartient en ce sens dorénavant à la société de remédier à ses carences. La fusion originelle entre ordre privé et ordre public a laissé « place à la domination, ou plutôt à la volonté de domination du public sur le privé »³³.

« le discours de la recherche, particulièrement sans doute dans le domaine de la famille, ne saurait être abstrait des conditions socio-politiques de sa production ».

²⁶ Dans une perspective inverse, la famille peut en revanche être considérée en opposition au politique. V. Cl. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, PUF, 1949. Le sociologue décrit ainsi la famille comme figure simultanée d'instrument et de négation de l'État. Elle peut donc tout à la fois être investie comme pouvoir vertueux ou en constituer un contre-pouvoir. La famille reste néanmoins productrice de politique même quand elle s'y oppose. V. en ce sens les développements de J. COMMAILLE et Cl. MARTIN, *Les enjeux politiques de la famille*, *op. cit.*, p. 28. La démocratisation de la vie privée a donc été la résultante d'un souhait d'autonomisation entre les sphères politiques et familiales.

²⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, T. 3, *Du contrat social ; Écrits politiques*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1964, p. 352.

²⁸ J. COMMAILLE, « Présentation », *art. préc.*

²⁹ *Ibid.*, p. 7 : l'auteur précise qu'il est donc nécessaire de renoncer à toute vision univoque de l'institution familiale et d'adopter une définition « où les incitations et les volontés de maîtrise de la société ont à composer avec les stratégies et les pratiques des individus susceptibles d'en limiter ou d'en faire dévier les effets ».

³⁰ V. en ce sens la théorie de F.-Ch. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, T. 1, Firmin Didot, 1840, p. 344 : le fondateur de l'école moderne d'histoire du droit considérait à ce titre que les rapports de famille relèvent du *jus publicum*, qu'il considérait comme le droit absolu. Les rapports de droit au sein de la famille sont ainsi liés « au grand ensemble de la nature ».

³¹ B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille (...)*, *op. cit.*, p. 11 : la question des enjeux politique et idéologique de la famille contemporaine renvoie alors nécessairement à celle de la nature et de la spécificité du lien familial. Il est donc nécessaire d'interroger le lien afin de savoir si sa fonction principale est toujours caractérisée par le renouvellement des générations, la transmission de biens et de savoirs et le partage d'un travail fondé sur la complémentarité des sexes.

³² H. BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 14 : l'auteur précise en ce sens que le développement et la fécondité des relations économiques impliquent avant tout « des hommes équilibrés affectivement et socialement ». Bien plus que de l'ordre social, la famille se montre donc garante de l'ordre économique, politique et étatique.

³³ J. COMMAILLE, « Présentation », *art. préc.*, spéc. p. 8 : le sociologue justifie cette domination par les « désordres » et les « risques » que peuvent engendrer la famille pour la société actuelle lorsqu'elle devient créatrice de problèmes sociaux. Il pose cependant la caducité des modèles explicatifs existants et appelle à

Si la famille a pu être pensée comme origine de la société civile, son rôle politique a dans le même temps été déduit d'un processus de mimétisme par rapport à l'État³⁴. Cette approche synchronique des ordres public et privé révèle indubitablement le caractère politique de la famille. Elle empêche cependant d'entrevoir toute interaction ou relation de « réciprocité dans les rapports de pouvoirs entre ces ordres différents, surtout dans la mesure où est niée l'autonomie de l'ordre privé »³⁵. Désormais désireux de sortir de cette symbiose, le public serait alors investi d'un rôle novateur à l'égard du privé, fonction qu'il joue « au nom de l'idée de protection nécessaire du privé... ou de la méfiance qu'il inspire fondamentalement ». Il est à ce titre possible d'affirmer que « du constat de l'importance des fonctions macro-sociales de la famille ne peut que découler une volonté d'en contrôler les mises en œuvre »³⁶. Le contrôle social familial³⁷ se veut par nature complexe et ambivalent puisqu'il intervient en présence d'idéaux contradictoires et oscille entre volonté de préservation d'un objet social primordial et expression de méfiance envers un danger social potentiel. La famille, « ennemi constant et persistant de toute hiérarchie »³⁸, pourrait dès lors être qualifiée de meilleur ennemi du droit répressif, et peut à la fois exister contre l'État et par l'État³⁹, voire pour l'État. Ce contrôle s'effectue dans tous les cas par l'intermédiaire du droit

contribuer à la recherche d'une nouvelle théorie du contrôle social à partir de la conception d'un privé « globalisé » et « non segmenté » afin de redéfinir et de discuter la légitimité de toute intervention.

³⁴ V. en ce sens les développements de J. COMMAILLE, « Ordre familial, ordre social, ordre légal – Éléments d'une sociologie politique de la famille », *L'Année sociologique*, 1987, vol. 37, p. 265, spéc. p. 269 : « Cette idée de continuité fonctionnelle assigne la famille à un rôle politique qu'elle ne peut remplir qu'en étant elle-même un système politique calqué strictement sur celui de l'État ».

³⁵ *Ibid.*, p. 270 : le sociologue fait état d'une « approche diachronique » qui contribue au « travail de différenciation des pouvoirs » au sein de laquelle la famille ne s'identifie pas à l'ordre établi et peut même apparaître comme un « pouvoir » ou un « contre-pouvoir », voire comme une « organisation subversive ».

³⁶ *Ibid.*, p. 268.

³⁷ L'expression « contrôle social » a pu être définie de façon globale comme le « processus d'ensemble qui contribue [...] à assurer le maintien et la permanence de la structure sociale » ou comme « l'ensemble des moyens mis en œuvre par les membres d'une société dans le but spécifique de contenir ou de faire reculer le nombre et la gravité des délits ». V. respectivement B.-P. LÉCUYER, « Régulation sociale, contrainte sociale et "social control" », *RFS*, 1986, vol. 8, n° 1, p. 78 et M. CUSSON, *La criminologie*, Hachette, 4^e éd., 2005, p. 119. Le sociologue J. COMMAILLE précise en outre que B.-P. LÉCUYER critique la traduction de l'expression anglaise de "social control" par le terme de contrôle qui serait trop coercitif et auquel il convient de préférer le terme moins contraignant de régulation et considère quant à lui le contrôle social comme « l'expression des pouvoirs [public et privé] et de leurs relations ». V. J. COMMAILLE, « Ordre familial, ordre social, ordre légal – Éléments d'une sociologie politique de la famille », *art. préc.*, spéc. pp. 268 et 271. Dans une vision plus précise, le contrôle social peut correspondre à « tout processus contribuant à l'établissement ou à la reproduction d'une situation de domination dans les rapports sociaux et déterminé par l'infrastructure économique et sociale où il s'exerce ». V. P. LASCOUMES, *Prévention et contrôle social. Les contradictions du travail social*, Masson, 1977, p. 205. Sous une approche plus restreinte et correspondant davantage au champ répressif, le contrôle social peut enfin s'apparenter à un processus à travers lequel la conduite déviante est contredite par l'imposition de sanctions. Dans son versant familial, le contrôle social concernerait donc la famille dans ses rapports avec la société et œuvrerait pour son maintien par l'imposition de normes plus ou moins coercitives.

³⁸ J. COMMAILLE, « Ordre familial, ordre social, ordre légal – Éléments d'une sociologie politique de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 270.

³⁹ V. en ce sens les développements de J. FIERENS, « État et Familles », in *Familles, interventions et politiques (...)*, *op. cit.*, n° 37/2, p. 249 : l'auteur met en exergue la nécessité de trouver une position médiane entre ces deux rapports.

répressif chaque fois que la carence observée concerne le non-respect d'une valeur sociale fondamentale. Le droit pénal a effectivement pour objet de régir les rapports sociaux et la famille, alternativement considérée comme alliée ou adversaire, occupe une position intermédiaire entre ses deux protagonistes que sont les individus et l'État⁴⁰. La rencontre des sphères pénales et familiales peut alors aboutir à un double bénéfice quand l'étude des mécanismes familiaux mène à la compréhension des phénomènes sociaux auxquels le droit doit s'adapter, et quand le droit pénal protège la famille composée d'individus vivant en société. Contrairement au droit pénal, intrinsèquement répressif, avec lequel il devra être mis en parallèle, le droit familial arbore un caractère essentiellement normatif⁴¹. Une discussion notionnelle est dès lors nécessaire pour fixer le sens des termes du sujet, afin de mettre en perspective les enjeux qu'ils suscitent, et de pouvoir finalement procéder à leur confrontation. Il convient dans un premier temps de revenir sur la nature intrinsèquement hybride du droit pénal afin de pouvoir appréhender de façon globale et pertinente les relations entre le droit pénal et le droit de la famille et les enjeux générés par l'existence du concept de lien familial pénal.

3. - Droit pénal, hybridité structurelle et fonctionnelle. En tant que composante du système juridique, le droit pénal évolue en interaction avec d'autres éléments et constitue avec eux⁴² un phénomène social. La question de son positionnement spécifique au sein du système et de ses relations avec les autres branches du droit se pose donc inévitablement. Cet examen apparaît fondamental à la compréhension de l'ordonnement juridique pris dans son ensemble. À l'inverse, seule l'étude de cet ensemble dans sa dynamique globale peut

⁴⁰ En ce qui concerne l'articulation des rapports entre l'État et la famille, le philosophe Ph. DUPIRE fait remarquer que chez HEGEL, « la société civile est intermédiaire entre la famille et l'État », dans un processus où la famille serait une première unité qui induirait la société civile lors d'un phénomène de scission, qui conduirait lui-même à l'État en tant que « retour à l'unité ». V. Ph. DUPIRE, « Famille, besoin, travail et société civile chez HEGEL », in J. CHEVALLIER (dir.), *La société civile*, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1986, p. 33. Dans cette optique, la famille ne se placerait donc pas entre l'individu et l'État mais entre la société civile composée d'individus, dont elle est à l'origine, et l'État. Que la famille soit considérée comme la résultante d'une somme d'individus ou qu'elle soit posée à l'origine du processus d'individuation, sa protection apparaît en tous les cas comme une nécessité pour garantir la permanence de l'ordre social.

⁴¹ V. not. les propos de J. EEKELAAR, « Droit de la famille et contrôle social », in *Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales, Annales de Vaucresson*, 1987, n° 37/2, p. 227 spéc. p. 228 : le droit est décrit comme un mécanisme de contrôle qui peut revêtir plusieurs fonctions et peut en ce sens être répressif, normatif ou instrumental. Le droit de la famille revêt alors un caractère normatif en ce qu'il « ne cherche ni à réprimer ni à réformer le comportement » mais fournit « simplement les moyens qui permettent de respecter les relations sociales existantes ». Il peut en outre arborer un rôle instrumental quand il apporte « une technique permettant d'atteindre de manière plus satisfaisante, les objectifs sociaux définis au préalable ». Il est donc en tous les cas susceptible d'intervenir en l'absence de tout conflit et trouverait de ce fait application tant au sein de la famille en crise qu'au sein de la famille paisible. Cette dernière ne relèverait donc pas du non-droit et serait bien régie par des rapports juridiques pacifiques.

⁴² V. en ce sens Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, L.G.D.J., coll. « Droit Civil », 5^e éd., 2014, n° 17 et s., pp. 13 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, T. 1, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 3 et s., pp. 9 et s.

permettre la compréhension des règles de la matière répressive. Le professeur CARBASSE rappelle à ce titre que « le droit pénal n'existe pas en dehors de tout un ensemble qui, seul, permet de comprendre la raison des règles et l'esprit des lois »⁴³. La complémentarité avec les autres branches du droit est alors inhérente au système et nécessaire à sa compréhension. Blaise PASCAL affirmait très justement qu'il est « impossible de connaître les parties sans connaître le tout, non plus que de connaître le tout sans connaître particulièrement les parties »⁴⁴. Le droit est à ce titre considéré comme un système au sein duquel « le tout répond des parties, lesquelles répondent les unes des autres comme du tout »⁴⁵. Dans une acception large, cette étude appréhende par conséquent le droit pénal en tant que partie du tout composé par le système juridique, et le concept de matière pénale sera utilisé pour définir ce qui englobe à la fois, et uniquement, le droit pénal de fond et de forme⁴⁶. La matière pénale se trouve au carrefour de toutes les disciplines juridiques. Elle révèle la conjonction d'éléments issus de sources hétérogènes et participe de la formation d'un objet par l'action d'une multiplicité de données. Son étude démontre l'existence d'une dichotomie intrinsèque au droit répressif⁴⁷. Il peut en ce sens être qualifié de sujet naturellement hybride. De nature hétéroclite, le droit pénal semble par essence contradictoire et sa rencontre avec les autres branches du droit apparaît comme une évidence sociologique et scientifique⁴⁸. Il est alors nécessaire de s'interroger sur les implications de la coexistence entre les différentes disciplines juridiques. Le droit pénal se conçoit comme un droit mixte, tant au regard de sa nature, à la fois publique et privée, qu'au regard de sa fonction répressive. Dans sa dimension pratique et fonctionnelle, le droit pénal est alternativement décrit comme sanctionnateur ou comme créateur.

⁴³ J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1990, p. 14.

⁴⁴ Bl. PASCAL, « Pensées » (1670), in *Œuvres Complètes*, Seuil, 1963, p. 527. Il est par ailleurs possible de renforcer cette assertion en précisant qu'il est tout aussi délicat de connaître une partie sans connaître celles avec lesquelles elle s'articule, ou du moins celles qui utilisent des concepts identiques.

⁴⁵ Ph. CONTE, « Effectivité, inefficacité, sous-effectivité, surefficacité,... : variations pour droit pénal », in *Mélanges CATALA*, Litec, 2001, p. 127.

⁴⁶ Les règles de la matière pénale entendue largement au sens du droit européen, qui présentent une différence axiologique avec le droit criminel classique en ce qu'elles n'assoient pas forcément une valeur sociale fondamentale, seront donc exclues de la présente recherche afin de ne pas en élargir le champ de façon démesurée.

⁴⁷ V. not. M. DELMAS-MARTY, « Les contradictions du droit pénal », *RSC*, 2000, chron. p. 1 : le droit pénal est en effet décrit comme relevant du droit privé par la rigueur de ses méthodes d'interprétation mais se rapporte au droit public par son objet. V. dans le même sens les interrogations de R. GASSIN, « Le droit pénal : droit public ou droit privé ? », *Problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, 1991, pp. 51 et s. V. aussi les développements de J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, n° 75, p. 66 et B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 24^e éd., 2015, n° 31, p. 24.

⁴⁸ V. en ce sens J.-Chr. SAINT-PAU, « Propos introductifs », in *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Cujas, coll. « Actes et Études », 2012, p. 2.

4. - Le droit pénal dépendant ou sanctionnateur. Dans une vision traditionnelle, le droit pénal est souvent cantonné à un rôle strictement « sanctionnateur »⁴⁹. Selon la célèbre assertion de ROUSSEAU, reprise par PORTALIS, « les lois pénales ou criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres »⁵⁰. Il est donc envisageable de considérer qu'« elles ne règlent pas, à proprement parler, les rapports des hommes entre eux, mais ceux de chaque homme avec les lois qui veillent pour tous »⁵¹. Dans cette acception, la loi pénale doit être interprétée « en considération des textes qui définissent les droits, les obligations, les institutions dont elle assure la protection et la sanction »⁵². Le droit pénal s'appliquerait en cas d'inefficacité de la sanction civile et n'existerait que pour garantir la bonne application des autres normes, dans le respect des concepts qu'elles véhiculent. De ce fait, « son domaine ne saurait donc être plus étendu, ni son application plus large et différente de celle des droits ou des institutions dont il assure la protection »⁵³. Le droit pénal apparaît comme « suiveur »⁵⁴ en ce qu'il prête ses sanctions aux obligations extérieures. Pour cela, il adapte sa réponse en fonction de la philosophie de la matière pour laquelle il réprime et serait « toujours là pour apporter à l'obligation civile la sanction qui lui manque »⁵⁵. La sanction

⁴⁹ V. sur ce point R. MERLE, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis », 1957, p. 11 : le droit pénal subsidiaire est le « simple rouage d'un monisme juridique fondamental » ; B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 31, pp. 24-25 ; É. DREYER, *Droit pénal général*, Litec, coll. « Manuel », 3^e éd., 2014, n° 72 et s., pp. 48 et s. : l'auteur met l'accent sur le caractère subsidiaire de principe du droit pénal dont les autres branches du droit ont besoin mais qui a lui aussi besoin des autres branches du droit. Le droit pénal est décrit comme un droit exceptionnel, discontinu et sélectif qui ne peut revêtir de dimension normative et ne fixe pas de normes autonomes de comportement. Ces dernières lui sont donc toujours extérieures et relèvent d'autres disciplines ou des préceptes du droit naturel. Le droit pénal n'édicterait donc à ce titre que les sanctions d'obligations préexistantes et revêtirait un caractère sanctionnateur certain.

⁵⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Éd. Flammarion, 1992, p. 79 : l'auteur considère la désobéissance à la peine comme une des relations entre l'homme et la loi et donne lieu à l'établissement des lois criminelles sanctionnatrices qui sont opposées aux lois civiles et aux lois politiques.

⁵¹ J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1804), Confluences, coll. « Voix de la Cité », 2004, p. 23.

⁵² R. VOUIN, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.*, 1947, p. 21.

⁵³ G. STÉFANI, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 2 : l'auteur s'interroge d'abord dans sa préface sur le caractère sanctionnateur et subsidiaire du droit pénal essentiellement subordonné et dépendant pour dégager par la suite la protection des intérêts de la société comme fondement légal de l'autonomie du droit pénal lorsqu'il est question de répression et non de réparation. L'autonomie du droit pénal n'est en ce sens admissible qu'en ce qu'elle est nécessaire à l'intérêt de la répression. La réparation du dommage peut cependant être vue comme le complément de la répression et le lien étroit entre ces deux mécanismes justifierait alors l'existence d'une autonomie réparatrice au même titre que celle de l'autonomie répressive.

⁵⁴ Y. MAYAUD, « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », in *Droit pénal et autres branches du droit (...)*, *op. cit.*, p. 473.

⁵⁵ P. MAISTRE DU CHAMBON, *Les aspects modernes de l'obligation de faire en droit pénal, civil et judiciaire*, Thèse, Grenoble II, 1980, p. 13 : l'auteur précise en ce sens que « le développement d'un droit civil institutionnel permet l'intégration du droit pénal dans les rapports privés ». Cette pénétration étatique dans la sphère privée est par la suite dépeinte comme néfaste quand, planificatrice, elle se propose « d'organiser l'activité collective par une multiplication des prescriptions légales » au lieu de rester moralisatrice et de « sanctionner des comportements coupables ». Un droit pénal purement sanctionnateur réduirait en ce sens considérablement « la sphère d'autonomie de la personne humaine ».

pénale ne serait que « l'expression exacerbée de la norme sanctionnée »⁵⁶ et n'aurait pas de valeur propre⁵⁷. Dans cette dimension, la protection pénale du lien familial devrait exister à l'aune de sa définition civile. Les infractions considérées comme familiales n'auraient pour seul objet que la sanction du non-respect d'obligations familiales civiles et le renforcement de leur efficacité. Cette vision fonctionnelle et technique⁵⁸ d'un droit pénal uniquement destiné à garantir l'efficacité des autres normes, comporte ses limites. Elle semble bien trop étroite et restrictive, « car elle passe sous silence l'irréductible originalité du droit pénal, qui constitue une discipline à part entière ayant une valeur normative »⁵⁹.

5. - Le droit pénal autonome ou créateur. Le droit pénal a fait l'objet d'une véritable transformation fonctionnelle et n'est plus seulement considéré sous un angle finaliste. L'aspect premier et normatif⁶⁰ a succédé au « caractère subsidiaire »⁶¹ et suiveur du droit pénal. Ce dernier s'est historiquement construit une identité propre en parvenant à s'affranchir de sa fonction réparatrice, pour asseoir sa fonction répressive spécifique. Le droit pénal passe ainsi du statut d'outil ou de moyen à celui de principe ou de fin, et est parallèlement reconnu comme une branche des sciences juridiques à vocation répressive⁶². Sa dimension fonctionnelle est donc passée du domaine de l'hétéronomie à celui de l'autonomie⁶³. Le droit

⁵⁶ Y. MAYAUD, « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », *art. préc.*, spéc. p. 475.

⁵⁷ V. les développements de É. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 83, pp. 57-58 : il n'existerait en ce sens aucun intérêt protégé « purement pénal » et les valeurs défendues par ce droit lui seraient toujours supérieures et extérieures. Le droit n'en serait néanmoins pas dépourvu d'originalité.

⁵⁸ V. en ce sens les développements de S. ROYANT, *L'autonomie du droit pénal en question*, Thèse, Montpellier I, 2002 : l'autonomie technique du droit pénal n'est évoquée par l'auteur que pour nourrir la démonstration de son autonomie ou hétéronomie fonctionnelle.

⁵⁹ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », T. 45, 2008, n° 8, p. 7. V. aussi M. DELMAS-MARTY, « Les contradictions du droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 4. L'auteur considère que PORTALIS, à cet effet, « ne faisait que souligner la difficulté sans vraiment la résoudre car on peut tout à la fois déduire de sa formule la dépendance d'un droit pénal soumis aux branches du droit qu'il a pour objet de sanctionner, ou sa position d'inspirateur, voire de droit commun, qui indique la voie à suivre, les principes à respecter ». L'ambiguïté propre à la relation du droit pénal avec les autres branches du droit est alors décrite comme la source de contradictions d'ordre juridique qui existent aux côtés des contradictions politiques inhérentes à ce droit.

⁶⁰ Le droit pénal est à ce titre décrit comme une discipline propre ayant une nature normative et une autonomie indiscutable. V. not. sur cet aspect R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, T. 1, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 147 et 148, pp. 216-219 ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. « U », 7^e éd., 2004, n° 30 à 32, pp. 14-15 ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours », 6^e éd., 2014, n° 3, p. 2 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 36.

⁶¹ J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, T. 1, « Droit pénal », Sirey, 2^e éd., 1927, p. 14.

⁶² Si la fonction répressive du droit pénal reste la plus caractéristique, ses récentes évolutions lui font aussi parfois adopter un rôle expressif, pédagogique, réparateur et protecteur. Sa définition fonctionnelle renvoie donc à de multiples aspects et quitte le domaine de l'univocité pour celui de la polysémie.

⁶³ Au regard des propos développés par S. ROYANT, *L'autonomie du droit pénal en question*, *op. cit.*, il se produirait actuellement un retour de l'hétéronomie du droit pénal par l'intermédiaire du concept européen de « matière pénale » selon lequel le caractère pénal est étendu à toute sanction générale ayant un objectif préventif ou répressif, sans que ne joue nécessairement un quelconque critère de gravité de la sanction. Sur cette définition, v. not. Fr. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit

pénal tend donc à se déterminer⁶⁴. Il se conçoit désormais comme un « système complet de règles prohibitives, sanctionnatrices et de procédures, refermé sur lui-même et cherchant à se différencier des autres sous-systèmes juridiques »⁶⁵. Le droit pénal dépasse donc son rôle général de sanction juridique pure pour devenir répressif à proprement parler, c'est-à-dire, « un système régi par une philosophie, des buts, des principes, des lois et des sanctions qui lui seraient propres »⁶⁶. L'aspect sanctionnateur et « déterminateur »⁶⁷ se double d'un visage créateur. Le droit pénal est désormais majoritairement considéré sous l'angle de l'autonomie, et son indépendance ne semble plus constituer un problème⁶⁸. Il ne peut cependant être conçu comme une discipline totalement autonome⁶⁹. L'autonomie du droit pénal ne doit pas non plus induire l'effet pervers qui consisterait à s'y retrancher pour asseoir des solutions non

fondamental », 12^e éd., 2015, n° 208 et 209, pp. 314-317. Ce concept constituerait l'élément fédérateur d'un « droit commun de la sanction » auquel chaque droit pénal technique serait soumis afin de satisfaire à « l'exigence suprême de la définition des droits et libertés fondamentaux de l'individu ». Le concept de « matière pénale » renforcerait donc la dimension protectrice de l'autonomie qui n'existerait donc plus exclusivement dans sa dimension répressive. Le droit pénal retrouverait donc un rôle de droit sanctionnateur horizontal par sa soumission à l'ordre public européen. Cette nouvelle hétéronomie se caractériserait alors par la dilution de la fonction répressive du droit pénal « au contact des aspirations plus protectrices qui lui sont insufflées ». L'influence générale du droit pénal sur les autres branches du droit est cependant loin de diminuer puisque l'utilisation des notions qui lui sont opérantes se fait désormais hors de son champ. Le professeur DELMAS-MARTY fait à ce titre remarquer que « ce n'est pas la moindre des contradictions que de constater que la dépénalisation participerait ainsi à la promotion des principes issus du droit pénal en un droit commun du contrôle social ». V. M. DELMAS-MARTY, « Les contradictions du droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 4.

⁶⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « Autonomie », p. 106.

⁶⁵ Ch. DEBUYST, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, T. 2, « La rationalité pénale et la naissance de la criminologie », De Boeck Université, coll. « Perspectives criminologiques », 1998, p. 93.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 94 : la cohérence interne de ce système devrait en outre « être maintenue à tout prix sous la forme d'une différenciation, voire d'un contraste, avec la justice civile (et les autres branches du droit) ».

⁶⁷ J.-L.-E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, T. 1, « Pénalités, juridictions, procédure », Plon, 4^e éd., 1875, p. 9.

⁶⁸ Tel que le sous-entend le qualificatif employé par P. ROLLAND, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil. Essai de solution au problème de l'autonomie*, Thèse, Lyon II, 1958 : l'auteur y dénonce « l'extermination » des règles du droit civil par celles du droit pénal qu'il qualifie « d'agitateur dangereux » s'étant posé comme « la fin de tout le droit en oubliant qu'il n'était d'un simple moyen ». Les points les plus critiques de l'autonomie technique du droit pénal, constituant un danger potentiel pour le respect du principe de légalité, ont néanmoins actuellement disparu et cette dernière n'est plus aussi vivement décriée.

⁶⁹ V. par ex. la conception de R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. 2, Sirey, 3^e éd., 1913, p. 62 et H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 7. *Contra*, v. É. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 88, pp. 63-66 : l'autonomie du droit pénal ne serait pas un caractère général mais un phénomène ponctuel destiné à accroître le champ répressif de façon contestable. La rationalité pénale moderne, qui consiste à considérer ce droit comme un sous-système de pensée indépendant, a pris naissance avec la théorie de la peine criminelle. V. en ce sens C. BECCARIA engage alors dans *Des délits et des peines* un processus de différenciation entre le droit pénal et les autres branches du droit dont il doit rester profondément distinct en tant que domaine de régulation juridique. Au sein de « l'antijuridicité », l'illicite criminel est alors strictement séparé de l'illicite civil. V. C. BECCARIA, *Des délits et des peines* (1764), Flammarion, 2010. Dans sa théorie de la peine criminelle, KANT donne de même au délit criminel un statut ontologique et justifie le clivage entre la justice civile et la justice criminelle au sein de laquelle la pénalité prend le statut d'« impératif catégorique » de justice exempt de considérations pragmatiques. V. en ce sens les développements de Ch. DEBUYST, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, op. cit.*, pp. 156 et s.

conformes à la logique juridique⁷⁰. Le réalisme propre au droit pénal l'amène dans tous les cas à se poser en droit premier disposant d'une autonomie technique et fonctionnelle, œuvrant pour la création de normes indépendantes et pour la détermination de valeurs sociales spécifiques⁷¹. De ce fait, le droit répressif ne punit pas uniquement les atteintes aux obligations qui lui sont extérieures, mais aussi « certains actes contraires à des obligations qui ont en lui-même leur origine »⁷². Cette spécificité conceptuelle, conséquence de son autonomie fonctionnelle, conduit alors généralement à « l'indifférence du droit pénal aux classifications des autres disciplines »⁷³. L'autonomie et la dépendance du droit répressif peuvent cependant concorder vers un même but.

6. - Discordance et concordance de l'autonomie et de la dépendance. Le droit pénal dévoile un double visage⁷⁴ qui paraît contradictoire. L'opposition entre les normes juridiques et sociales peut souvent entraîner la paralysie du système⁷⁵. L'antinomie n'est cependant qu'illusoire puisque l'autonomie et la dépendance peuvent exister comme deux aspects complémentaires d'une même réalité⁷⁶. Si le droit pénal peut être sanctionnateur dans son

⁷⁰ V. en ce sens les développements de J.-H. ROBERT, « Discours sur l'état du droit pénal », *Droits - Revue française de théorie juridique*, 1987, n° 6, p. 154, spéc. p. 155 : l'auteur explique en outre le discrédit interne dont souffre le droit pénal par des causes qui lui sont contingentes, à l'image des barricades constituées par les notions d'« autonomie du droit pénal » ou de « besoins de la répression » qui brident la libre création scientifique qui ne peut se permettre d'exister par l'importance pratique du droit pénal mais qui peuvent s'avérer néfastes quand elles contreviennent à la logique et à la rationalité juridique. Il existe en effet un « rapport intime entre la répression et les principes fondamentaux du droit » et il apparaît à ce titre nécessaire pour le droit pénal de puiser dans les sciences de l'homme pour son application substantielle. Si l'autonomie du droit pénal peut donc exister comme garante de son application concrète et cohérente, elle ne doit pas se transformer en fondement de son absence d'adaptation aux réalités sociales. Dans une dynamique d'évolution constante, le droit pénal doit donc, plus que tout autre, s'adapter à la société qu'il a en charge de préserver, en satisfaisant judicieusement aux besoins de la répression.

⁷¹ V. les propos de J.-Chr. SAINT-PAU, « Propos introductifs », *art. préc.*, spéc. p. 3.

⁷² J. FLOUR, « Cours de droit criminel », *Les cours de droit*, 1954, p. 9. Tel est notamment le cas pour des valeurs sociales touchant au respect de la vie ou de l'intégrité physique d'autrui.

⁷³ J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC*, 1980, n° 4, p. 933. Cette indifférence de principe n'est cependant pas absolue en ce qu'il existe de façon isolée des cas dans lesquels le droit pénal a tenu compte des typologies civilistes pour adapter sa répression. L'absence de répression pénale du receleur de bonne foi dans le cas de la *mala fides superveniens* témoigne par exemple de la prise en compte de la possession civiliste. Si l'autonomie est alors parfois moins marquée en ce qui concerne certaines infractions générales, ce mouvement ne se retrouve pas dans le cas des infractions familiales.

⁷⁴ V. en ce sens les développements de Y. MAYAUD, « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », *art. préc.* : les relations entre le droit pénal et les autres branches du droit peuvent être appréhendées selon des grilles de lecture différentes selon que le droit pénal se montrera sous son visage suiveur ou pilote. Il pourra donc être en retrait et « réduit dans ses ambitions », comme occuper une place première et « affirmer sa primauté ».

⁷⁵ PORTALIS affirmait à ce titre que « ce serait un grand mal qu'il y eût de la contradiction dans les maximes qui gouvernent les hommes ». V. J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire (...)*, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁶ V. not. en ce sens J. HÉMARD, *Les sanctions pénales en droit privé*, Thèse, Lille, 1946, p. 10 et P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2^e éd., 1951, p. 314 : les auteurs optent pour une vision mixte du droit pénal à la fois sanctionnateur et normatif. Autonomie et indépendance peuvent par ailleurs exister comme deux branches d'une même option. Unité et dualité sont en effet intimement liées l'une à l'autre. BAUDELAIRE observait que

application, il est créateur dans son essence⁷⁷. Le droit pénal se fera sanctionnateur lorsque la valeur qu'il souhaite protéger coïncide avec l'idéal défendu par un autre droit ou lorsqu'il s'adaptera aux évolutions sociales qui s'y manifestent. À l'inverse, il se fera normatif chaque fois que la valeur sociale qu'il souhaite asseoir est inédite ou diffère de celles qui sont protégées par les autres branches du droit⁷⁸. Pour autant, le caractère suiveur du droit pénal n'est pas nécessairement signe d'absence d'autonomie. Celui-ci peut résulter d'un libre choix du droit pénal qui décide de sanctionner une valeur propre, par ailleurs sanctionnée par un autre droit. L'indépendance du droit criminel serait en ce sens totale et s'expliquerait par le fait que le droit pénal a pour « mission de protéger les intérêts essentiels de la société »⁷⁹. En définitive, que la servitude soit réelle ou apparente, le droit pénal opte clairement pour le choix de l'autonomie et de l'indépendance conceptuelle. La conception pénale du lien familial est particulièrement révélatrice de ce choix. Afin de rendre compte des enjeux suscités par sa confrontation avec le lien familial, cette étude fera donc le choix d'appréhender le droit pénal sous l'angle autonomiste⁸⁰. Étudier l'application du droit répressif suppose cependant de définir l'objet qu'il appréhende.

7.- Le lien familial, concept ou notion ? Si les expressions de « notion » et de « concept » sont souvent confondues, c'est qu'elles entretiennent un rapport étroit et que leurs définitions se distinguent de façon subtile et peu perceptible⁸¹. L'utilisation d'un vocable différent pour les désigner invite pourtant à les distinguer. La notion est généralement conçue comme une conscience ou une idée de la pensée commune, et se rapporte à la connaissance intuitive et théorique d'une chose. Elle serait une représentation de l'esprit, une manière acquise de concevoir les caractères essentiels d'un objet théorique ou pratique. La notion se réfère donc au domaine du donné et n'a besoin que d'être connue ou reconnue. Le concept est

« la dualité, qui est la contradiction de l'unité, en est aussi la conséquence. V. Ch. BAUDELAIRE, *Curiosités esthétiques*, Calmann-Lévy, 1867, p. 99.

⁷⁷ Dans cette perspective, le droit pénal peut être à la fois sanctionnateur et autonome, quand il sanctionne la violation d'une obligation imposée par un autre droit mais que la définition de cette infraction s'émancipe des notions qui lui sont extérieures.

⁷⁸ V. en ce sens les propos de R. VOUIN, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *art. préc.*

⁷⁹ L. HUGUENEY, « Les dommages et intérêts dus par le souteneur à la prostituée », *RIDP*, 1946, p. 74.

⁸⁰ Le droit pénal exprime son autonomie en se référant à la valeur sociale protégée par chaque infraction. Il est alors possible d'envisager qu'à la protection d'une même valeur sociale correspond une conception identique du lien familial concerné. Le droit pénal assoit parallèlement son autonomie quand il décide librement de ne pas intervenir. Son indépendance se révèle alors dans l'absence de répression quand il œuvre pour la préservation du lien familial.

⁸¹ V., pour une illustration de cette idée, l'anecdote racontée par A. COMTE-SPONVILLE, *Dictionnaire philosophique*, PUF, coll. « Perspectives critiques », 4^e éd., 2013, V^o « Concept », p. 194 : « [c]'est Simone de Beauvoir, si mes souvenirs sont exacts, qui raconte comment Sartre et Merleau-Ponty, étudiants, s'amusaient à inventer des sujets de dissertation impossible ou caricaturaux. L'un d'eux surtout, m'avait à la fois amusé et effrayé : « *Le concept de notion et la notion de concept* ». C'est que les deux concepts sont tellement proches qu'on pourrait y voir une même notion : ce serait deux synonymes, pour désigner une idée abstraite ou générale ».

à l'inverse une construction ou un produit de l'esprit, et prétend à la scientificité. Il a en ce sens besoin d'être élaboré et est le résultat d'un travail de pensée, dont la notion serait la condition. Il est alors possible d'affirmer qu'« une notion est un fait ; un concept, une œuvre »⁸². Les deux termes existent dans un rapport de dépendance et d'enchaînement puisque la notion apparaît comme l'outil menant à l'œuvre conceptuelle. Dans cette acception, il pourrait exister des notions à l'état pur, non conceptualisées, mais la présence du concept inclurait nécessairement celle de la notion transformée. La notion semble alors commune et plus vaste que le concept qui en est une précision ou un certain mode d'expression. Le concept est en définitive une notion réduite, car intellectualisée, précisée et rectifiée, et appartient davantage au domaine de l'idée qu'au phénomène d'action⁸³. Finalement, « le concept – qu'il soit scientifique ou philosophique – est une idée abstraite, définie et construite avec précision : c'est le résultat d'une pratique et l'élément d'une théorie »⁸⁴. Définir un concept, relève d'une opération intellectuelle qui consiste à en déterminer les limites, le contenu, ainsi que ses caractères essentiels. La définition du concept de lien familial appréhendé pénalement consistera à en présenter les caractéristiques principales et à les fixer en tant que composantes de la théorie du lien familial pénal qui aura été forgée à partir de la notion commune et primaire de lien familial général. Il convient donc d'amorcer le raisonnement par l'étude de cette notion, afin de déterminer si elle a été conceptualisée par le droit pénal ou si elle est restée purement fonctionnelle, et de se demander si le concept spécifique de lien familial pénal constitue une réalité.

8. - À vocable unique, réalités multiples. La notion de lien familial est indiscutablement présente dans les deux branches du système juridique que sont le droit de la famille et le droit pénal. Cependant, au sein du droit de la famille, le lien familial apparaît comme une notion première, opérante et strictement définie, alors que dans le droit pénal, il est secondaire et s'apparente davantage à un concept. Le lien familial en droit de la famille existe donc comme une notion concrète, plus limitée, moins englobante et directement opérationnelle⁸⁵. Le lien familial en droit pénal semble en revanche devoir être appréhendé comme un concept théorique et modulable, dont la vision et l'étendue sont à déduire de la façon dont il est pris

⁸² *Ibid.*

⁸³ Traduit par la notion évoluée, le concept s'inscrit classiquement dans une théorie issue du processus de conceptualisation de la notion primaire, qui n'en est que le signifiant et peut donc se révéler bien plus abstrait. L'acte de « conception », issu du latin *concupere* traduit par « concevoir », « contenir entièrement » ou « former en soi », relève donc de la « représentation intellectuelle d'une idée abstraite ». V. P.-É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, vol. 1, Éd. Encyclopaedia Britannica, 1999, p. 1065. Le concept s'inscrit, selon la dialectique platonicienne et aristotélicienne, dans une action de représentation mentale objective, munie d'un support verbal et stabilisée dans une communauté de savoirs scientifiques à un moment donné. V. à ce titre les développements de L. LÉVY-BRUHL, *La morale et la science des mœurs*, PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 16^e éd., 1971, p. 63.

⁸⁴ A. COMTE-SPONVILLE, *Dictionnaire philosophique, op. cit.*, V^o « Concept », p. 194.

⁸⁵ À travers une autre vision, le lien familial civil pourrait aussi être un concept issu de la notion de famille.

concrètement en considération. Il n'en acquiert pour autant pas moins de légitimité puisque « contrairement à l'idée, fort répandue, qu'une notion n'a de pertinence que dans le champ disciplinaire où elle est née, certaines notions migratrices fécondent un nouveau champ où elles vont s'enraciner, même au prix d'un contresens »⁸⁶. Ce contresens pourra alors à son tour devenir fécond dans le champ d'importation et faire exister en droit pénal la notion de lien familial de manière autonome. Cependant, cette recherche ne vise pas à comparer le lien familial existant en droit civil et en droit pénal. Si le vocable de lien familial recouvre plusieurs réalités, il convient dans cette étude d'appréhender le lien familial sous l'angle spécifique du droit pénal. Une fois matérialisé, le concept particulier de lien familial pénal pourra être mis en perspective avec la définition de la notion générale de lien familial.

9. - Le lien familial comme notion générale. Le terme de lien possède une double connotation, qu'il semble utile de mettre d'emblée en lumière. Le lien peut être considéré comme un objet permettant la jonction entre plusieurs éléments. En tant que moyen conduisant au processus d'attachement, il se rapporte à ce qui enchaîne ou contraint, ce qui attache ou unit. En marge de son caractère tangible et objectif, le lien peut dans le même temps être regardé comme un procédé relationnel subjectif menant à l'union entre plusieurs individus. S'il est indéniablement subi dans son acception matérielle et peut s'imposer à l'individu, le lien se révèle en revanche alternativement obligé ou choisi dans son sens relationnel. L'interprète voudrait alors instinctivement découvrir ici une notion unique. Il semble cependant que le vocable de lien recouvre plusieurs significations.

10. - Lien familial et pluralisme. Dans son acception familiale, le lien unit par essence les différents membres composant une même famille. Le lien familial est à la fois relatif à la famille considérée comme cellule sociale et à la famille regardée sous l'aspect du milieu clos constitué par ses membres. Le lien de famille a donc trait tant à l'institution de la famille elle-même qu'à ses composantes et au système de relations qu'elle constitue. Il se conçoit donc comme un lien social spécifique. La *familialité* relative au lien se rapporte à la famille institutionnelle comme à la famille relationnelle. En effet, bien plus qu'une institution, la famille existe comme un sentiment, une idée, une pensée ou une intuition. Dans son sens commun et intuitif, la notion de lien familial est généralement vue comme un vecteur d'attachement institutionnel ou affectif entre les membres d'une même famille. La famille est donc à la fois conçue comme « une réalité et un objet construit, qui organise des liens naturels en liens sociaux »⁸⁷. Si l'existence du lien, institué ou affectif, est donc à déduire de celle de la famille, la réciproque n'est pas juste. En effet, l'existence d'un lien de droit n'inclut pas

⁸⁶ É. MORIN, *Sur l'interdisciplinarité, Carrefour des sciences*, Actes du colloque du Comité National de la Recherche Scientifique, « Interdisciplinarité », Éd. du CNRS, 1990, p. 21.

⁸⁷ J. FLEURY, « Avant-propos », in N. JONAS, *La famille*, Bréal, coll. « Thèmes et débats », 2007.

nécessairement celle d'une famille et le lien familial existe comme lien de droit particulier⁸⁸. La définition de cette notion est cependant empreinte de difficultés, qui sont le miroir de la complexité actuelle du phénomène familial. Les dimensions d'échange et de transmission classiquement contenues dans le lien familial se sont profondément modifiées. La cellule familiale est en effet en pleine mutation car elle est perméable à l'évolution de la société. La famille est au surplus décrite comme reflétant le passage d'une société holiste, la considérant comme un tout indépendant de ses composantes, à une société individualiste, basée sur des entités et vellétés personnelles dominantes⁸⁹.

11. - Lien familial et individualisme. BALZAC faisait déjà valoir l'assertion : « il n'y a plus de famille aujourd'hui, il n'y a plus que des individus »⁹⁰. L'individualisme paraît se poser en désaccord avec l'idée même de famille ainsi qu'avec la société dont elle serait la base. La réflexion amène au surplus à constater le caractère paradoxal de l'individualisme qui entre en conflit avec la société contemporaine, de laquelle il est précisément issu. En ce sens, il ne semble pas illégitime de considérer que l'individualisme se contredit. L'individualisme, promoteur d'altérité et d'authenticité, et appelant à davantage de liberté et d'indépendance, paraît ainsi se poser en contradicteur du lien, dont la démocratisation⁹¹ et le caractère égalitaire semblent appeler l'instabilité et la fragilité. Le hiatus n'est pourtant qu'apparent si l'intérêt se porte vers la véritable nature du lien. Le professeur JEULAND définit à ce titre le lien de droit comme une « distance de reconnaissance entre deux personnes comprenant un accrochage qui se maintient dans le temps »⁹². L'autonomie résultant de l'individualisme n'est donc pas une contestation du lien mais constitue à l'inverse un de ses fondements. Le

⁸⁸ V. en ce sens les développements de E. JEULAND, « L'égalité dans les liens de droit », *Arch. phil. dr.*, 2008, n° 51, p. 30 : « On peut citer dans la sphère familiale, le lien de filiation, le lien conjugal et d'autres liens de parenté ».

⁸⁹ V. pour une explication détaillée de cette évolution sociale, I. THÉRY, « Spécificité du lien familial et processus démocratique, les raisons d'un impensé », *art. préc.* : la sociologue déplore le manque de remise en cause du cadre général du débat entre « holistes » et « individualistes ». Le passage du singulier au pluriel dans l'appréhension de la famille constituerait alors un moyen d'éviction du travail de définition du lien dans sa généralité. L'interprétation du changement en termes d'« émancipation démocratique de la contrainte holistique de l'individu » est en outre critiqué comme empêchant « par définition, toute pensée de la spécificité du lien familial contemporain » et comme manquant « l'essentiel de la mutation ». Dans ce contexte séparatiste, il apparaît en effet impossible de penser la différence entre les individus qui les lie et les sépare à la fois.

⁹⁰ H. DE BALZAC, « Mémoires de deux jeunes mariés », in *La comédie humaine, Scènes de la vie privée, Études de mœurs*, Furne, 1842, p. 45.

⁹¹ V. en ce sens G. EID, « Intimité, lien et démocratie », in G. EID, *La famille, le lien et la norme (...)*, *op. cit.*, p. 15 : la démocratisation d'un lien en pleine mutation bouleverse ainsi toute les relations sociales et familiales. La démocratie publique a en effet infiltré la sphère privée et transforme considérablement la relation d'intimité entre les membres de la sphère familiale. Le lien démocratisé et égalitaire dans la sphère privé se fragilise cependant en même temps qu'il s'y démocratise. Sur le concept d'intimité v. not. A. GIDDENS, *The Transformation of Intimacy*, Polity Press, 1992 : le sociologue y décrit la famille contemporaine comme le lieu des relations affectives et pense l'intimité comme facteur de communication émotionnelle dans un contexte d'égalité interpersonnelle qui implique confiance et intégrité et peut mener à la « pure relation ».

⁹² E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD Civ.*, 2003, n° 3, p. 455.

caractère pacifique du lien résulterait, selon le philosophe Paul RICOEUR, de la recherche d'une juste distance relationnelle entre les individus liés⁹³. L'existence d'une distance adéquate entre les protagonistes du lien serait alors gage d'harmonie et de bonne exécution des obligations réciproques⁹⁴. Pour TOCQUEVILLE, l'individualisme ne serait enfin pas une déliaison, mais une privatisation de la vie et des liens, aboutissant à l'inverse au renforcement des liens interpersonnels⁹⁵. Si la réflexion est poussée à l'extrême, le lien pourrait même être considéré comme promoteur de l'individualisme, en ce qu'il participe indirectement à son établissement⁹⁶. À l'instar du constat de la variété intrinsèque au lien, il est alors possible de dire que « l'individualisme, cela doit toujours être au pluriel »⁹⁷. La famille peut alors constituer un refuge affectif pour l'individu mais peut paradoxalement apparaître comme « le dernier espace de liberté »⁹⁸. Face au constat de la diversité de la notion de lien familial, il ne convient donc pas de chercher à l'unifier, au risque de la travestir. Il est au contraire nécessaire de lui rendre la cohérence qu'appelle sa multiplicité.

12. - Le double visage du lien. Appréhender le lien familial pénal à la lumière de son acception civile serait vain et incohérent et ferait fi du constat de l'indépendance du droit pénal. À l'inverse, il convient de tirer profit de l'hétérogénéité du lien de famille pour lui restaurer sa cohérence au sein du système qui l'appréhende. Il est en effet impératif d'avoir conscience de la « double polarité interne du lien »⁹⁹ de famille, tiraillé entre les besoins individuels et contradictoires d'unité et de séparation. L'appréhension de la notion de lien de famille par le système pénal ne peut cependant pas se faire de manière cohérente sans une

⁹³ P. RICOEUR, *Le juste*, Esprit, coll. « Philosophie », 1995, p. 71.

⁹⁴ La psychopathologie définit de même le lien familial comme l'entrecroisement des liens narcissiques ou du moi et des liens libidinaux ou d'objet et assoit la solidité de la relation familiale sur une juste proportion de chaque type de lien. V. par ex. les explications de Chr. JOUBERT, « Psychanalyse du lien familial », in *Le divan familial*, 2004/1, n° 12, p. 161.

⁹⁵ V. en ce sens les propos du philosophe J.-M. GHITTI, *L'État et les liens familiaux : mécanismes de la domination*, Éd. du Cerf, coll. « Recherches morales », 2004, p. 43 : l'individualisme est vu par TOCQUEVILLE comme un « sentiment réfléchi et paisible qui dispose chaque citoyen à s'isoler de la masse de ses semblables et à se retirer à l'écart avec sa famille et ses amis ». Les liens interpersonnels privatisés se trouvent donc renforcés par leur éloignement de la vie publique.

⁹⁶ Fr. DE SINGLY, *Le lien familial en crise*, op. cit., p. 22 : le sociologue décrit l'individualisme comme une « relation interpersonnelle pour devenir soi-même ». Or, il n'est possible d'atteindre cet objectif que par le regard des proches qui va au-delà de la définition sociale de l'individu. L'individualisme n'est donc pas un isolement mais une construction de groupe.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 22 et s. : l'individualisme est décrit comme « pluriel et unitaire » et nécessite une certaine stabilité pour faire perdurer le sentiment d'exister. L'individualisme complet est donc paradoxal et est en ce sens « relationnel dans sa version positive ».

⁹⁸ P. SURAUULT, « Les transformations du modèle familial et de ses fonctions socio-économiques », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, coll. « Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 1983, p. 431.

⁹⁹ A. DONVAL, « Point de vue d'un psychosociologue », in G. EID, *La famille, le lien et la norme (...)*, op. cit., spéc. p. 270 : la famille actuelle est de ce fait paradoxalement à la fois émancipée et resserrée sur elle-même.

vision préalable de la façon dont il est pris en compte au sein du système civil qui en est à l'origine.

13. - L'appréhension civile de la notion de lien familial. Le droit civil de la famille délimite le lien de famille, classiquement fondé sur la différence de génération et de sexe, en lien électif de couple¹⁰⁰ et en lien contraint de parenté¹⁰¹. Ces deux ensembles ne résultent pas de fondements identiques. Le lien de filiation est fondé sur la pérennité et la fixité, alors que le lien de couple se veut temporaire et soumis à l'expression des volontés individuelles¹⁰². Le premier demeure donc institué et théoriquement insoluble alors que le second, privatisé¹⁰³ et plus égalitaire, devient aussi plus précaire. Les deux liens de la famille évoluent désormais de manière hétérogène¹⁰⁴. En réponse au « culte de l'individu »¹⁰⁵ qui semble envahir la famille, le lien de couple, notamment conjugal, apparaît victime d'un affaiblissement qui a pour effet compensatoire le renforcement du lien de filiation¹⁰⁶. La famille stable ne reposerait alors plus qu'exclusivement sur la parenté. Il est de ce fait possible de noter un détachement général du

¹⁰⁰ La notion de couple se rapporte avant tout à une réalité sociologique qui a au moins trois visages mais ne constitue pas une réalité juridique. Le terme sera cependant utilisé au sein de cette étude pour appréhender les différentes formes d'unions que le droit pénal considère souvent de façon identique.

¹⁰¹ V. not. Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 25 et s., pp. 22 et s. et A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, L.G.D.J., 3^e éd., 2014, n° 5 et s., pp. 3 et s.

¹⁰² V. à ce titre les développements de P. MOREAU, « Du couple à la famille ou la protection de l'enfant par la loi – Étude philosophique », in G. EID, *La famille, le lien et la norme (...)*, op. cit., p. 85 : si le lien conjugal peut être fondé sur la logique contractualiste, cette dernière est cependant intransposable au lien parental qui ne contient pas l'égalité ni la liberté de base nécessaire au contrat et qui est fondé sur le sentiment conditionnel et relatif. Seule une loi extérieure à la volonté des parents peut donc garantir le respect de la dignité de l'enfant considéré en tant que personne. L'auteur développe en ce sens dans cette étude le concept de loi méta-familiale et l'idée d'un droit public de la famille, au sein duquel le droit pénal spécial de la famille pourrait peut-être trouver sa place.

¹⁰³ V., pour une référence à la privatisation actuelle de la famille, P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey, 6^e éd., 2013, n° 24, pp. 13-14, citant Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON ; P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 6^e éd., 2013, n° 21, p. 5 ; Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 382, p. 338 ; A. BÉNABENT, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 17, pp. 12-13.

¹⁰⁴ V. en ce sens les développements de I. THÉRY, « Spécificité du lien familial et processus démocratique, les raisons d'un impensé », *art. préc.*, spéc. p. 106 : la sociologue constate le passage de l'homogénéité des liens à l'hétérogénéité des liens et étudie la possibilité d'une double réarticulation des liens par celle de l'altérité dans le lien de conjugalité et de l'appartenance dans le lien de filiation. La solution se situerait dans le concept de « temporalité » entendu comme ce qui doit se construire. La famille n'est donc plus « ce qui résiste au temps » mais « ce qui doit construire le temps ». Le lien familial redéfini se poursuit donc au-delà de ses mutations pour se réarticuler.

¹⁰⁵ L'expression est empruntée à É. DURKHEIM, qui considère déjà, en 1893, le « culte de l'individu » comme une valeur suprême de la société moderne.

¹⁰⁶ V. en ce sens les développements de G. EID, « Le lien familial, effacement et déplacement », in G. EID, *La famille, le lien et la norme (...)*, op. cit., p. 113 : « La logique du système familial, son régulateur interne, est de plus en plus cette recherche individuelle du souci de soi, de la construction de soi, qui se traduit, à la fois, par la fragilisation du lien conjugal et la structuration du lien de filiation ». L'auteur considère la fragilisation du lien conjugal comme inversement proportionnelle à l'harmonie et au renforcement du lien de filiation en ce que ce dernier engendrerait un sentiment de responsabilité et naîtrait « dans la sécurité de l'inconditionnel ». V. pour des propos analogues I. THÉRY, « Le temps des recompositions », in *Sciences Humaines*, hors-série n° 7, décembre 1994, p. 8.

droit pénal à l'égard du lien de couple défaillant. Si l'intervention étatique civile peut difficilement éluder le besoin de protection du lien de couple, l'intervention pénale peut au contraire volontairement décider de s'en affranchir. Si la famille peut parfois apporter elle-même le traitement le plus adapté pour résoudre la crise interne dont elle fait l'objet, la sanction familiale doit laisser la place à la sanction pénale, lorsque la famille est précisément à l'origine de cette crise¹⁰⁷. L'application de la peine pour réprimer l'atteinte à une obligation civile dévalorise cependant la sanction civile qui perd de sa force. Parallèlement, la sanction pénale est elle-même dénaturée et perd du crédit quand elle s'applique de façon extensive puisqu'elle doit rester d'essence exceptionnelle. Le tiers étatique paraît légitime à sanctionner l'inexécution des obligations civiles¹⁰⁸. La réaction du législateur civil face à l'atteinte portée au lien conjugal ou au lien de filiation s'est pendant longtemps soldée par le dénouement ou la dislocation du lien¹⁰⁹. Le caractère de la sanction répondant à l'atteinte au lien a cependant évolué et peut désormais davantage s'accomplir dans le maintien ou la restauration du lien. Un mouvement contradictoire peut dans une certaine mesure être observé dans la nature de la sanction pénale de l'atteinte au lien de famille, qui n'œuvre pas toujours pour la reconstruction du lien détruit par l'infraction familiale. Ce détachement peut être imputé à l'existence d'une crise qui touche à la fois le droit pénal et le droit de la famille.

14. - Une crise dualiste du droit de la famille et du droit pénal. La relation entre la famille et le droit pénal est évolutive et instable. Elle ne peut devenir paisible que si les deux droits s'appuient sur un système unitaire fondé sur des valeurs identiques. Il est donc nécessaire de dépasser la logique actuelle pour mettre en place une intradépendance systémique fondée sur des idéaux communs et rendant sa cohérence à la relation entre les deux matières. Cette étude cherche en ce sens à établir une relation d'intradépendance caractérisée par un véritable système légal unitaire, clair et cohérent de droit pénal spécial de la famille. Il apparaît en effet nécessaire d'étudier les fondements de cette déliquescence

¹⁰⁷ Il est alors possible d'évoquer le risque de dévalorisation mutuelle des sanctions quand le droit pénal intervient pour sanctionner l'inexécution d'une obligation familiale. Le doyen MAISTRE DU CHAMBON précise à ce titre que « l'emploi du droit pénal n'est pas neutre » et que s'« il ne fait aucun doute que la sanction pénale ne perd pas sa physionomie générale par le simple fait qu'elle est prononcée à l'appui de l'exécution d'obligations de droit privé », il ne faut cependant pas « qu'une conception trop extensive de l'ordre public puisse servir d'alibi à l'utilisation des sanctions pénales à l'encontre d'obligations privées, [...], sans pour cela que l'ordre social y fut impliqué ». V. P. MAISTRE DU CHAMBON, *Les aspects modernes de l'obligation de faire en droit pénal, civil et judiciaire*, op. cit., p. 21. Un parallélisme peut donc légitimement être exigé « entre la nature de l'obligation et le contenu de la sanction ». Si l'intervention du droit pénal par le biais de l'instauration d'infractions familiales se comprend donc aisément quand il s'agit de sanctionner une atteinte aux valeurs sociales fondamentales, elle semble moins légitime lorsqu'elle a pour dessein l'assise d'obligations familiales personnelles.

¹⁰⁸ V. not. G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 138, 2014, n° 8, pp. 9 et s.

¹⁰⁹ V. en ce sens les propos de H. BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 8.

mutuelle afin de rechercher des remèdes pertinents et adaptés. Il est donc essentiel de mesurer l'ampleur de la crise dualiste subie par le droit de la famille, d'une part, et par le droit pénal, d'autre part, avant d'envisager l'étude des éléments potentiels du nouveau système. Il est possible de postuler trois hypothèses quant aux causes de cette double transformation. La première consiste à penser que la crise du droit de la famille est due à celle de la famille et cause l'application défailante du droit pénal. La mise en œuvre concrète du droit répressif peut en effet difficilement être cohérente au sein d'un objet qui ne l'est pas. La seconde hypothèse revient à l'inverse à considérer que la crise ou l'évolution du droit pénal se ressent davantage dans le milieu spécifique de la famille et mène à la crise de cette dernière. Autrement formulées, ces conjectures reviennent à postuler que la crise de la famille a engendré celle du droit pénal ou que la crise du droit pénal a engendré celle de la famille. Or, la réalité est évidemment plus complexe et nuancée. La conjonction de ces suppositions amène logiquement à croire, par une dernière conjecture, que les crises touchant les deux institutions ne sont que le résultat indépendant de l'évolution sociale et qu'elles s'exacerbent mutuellement lorsqu'elles sont en contact. Il convient alors d'en analyser tant les origines que les manifestations.

15. - Transformations du droit de la famille. Comme l'affirmait déjà Jean-Jacques ROUSSEAU, « la plus ancienne de toutes les sociétés et la seule naturelle est celle de la famille »¹¹⁰. La famille, institution universelle¹¹¹, naturelle et essentielle à l'existence humaine¹¹², est traditionnellement considérée comme la première institution de socialisation. « Pépinière de l'État »¹¹³, pilier ou cellule de base de la société, elle est, en ce sens,

¹¹⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes, op. cit.*, p. 352 : la famille à la base naturellement soudée, se maintient uniquement par convention une fois que ses membres ont acquis leur indépendance. « Cette liberté commune est une des conséquences de la nature de l'homme ». Tous les membres de la famille « étant nés égaux et libres », ils n'aliènent donc « leur liberté que pour leur utilité ». Le fait de rester le sujet du lien de famille serait donc simplement un choix de commodité. Cette affirmation ne concerne cependant que le lien de famille relationnel, affectif ou électif, puisque le lien juridique ou institué est par essence indissoluble.

¹¹¹ V. en ce sens les développements de Cl. LÉVI-STRAUSS, « Préface », in P. BEILLEVAIRE, *Histoire de la famille*, Armand Colin, 1986 : le sociologue considère la famille comme un phénomène universel existant dans tout type de société et reposant sur la conception naturaliste de la différence des sexes et de l'alliance préalable entre deux autres familles. V. dans le même sens les développements de É. ROUDINESCO, *La famille en désordre*, Le livre de poche, coll. « Essais », 2010, p. 18, qui estime que la famille peut « être considérée comme une institution humaine doublement universelle puisqu'elle associe un fait de culture, construit par la société, à un fait de nature, inscrit dans les lois de la reproduction biologique ».

¹¹² Dans *Les politiques*, ARISTOTE expose sa doctrine sociologique sur la famille et la considère à ce titre comme la première étape d'un processus d'association qui mène à la formation de la société. Elle se compose de rapports naturels de procréation et de conservation entre ses membres et est constituée de valeurs éthiques communes. V. ARISTOTE, *Les politiques* (334 av. J.-C.), Flammarion, 1990. *Contra*, v. N. JONAS, *La famille, op. cit.*, p. 18 : « Si la famille est bien une donnée universelle, dans la mesure où il n'existe aucune société dépourvue d'une institution remplissant les mêmes fonctions et obéissant aux mêmes lois (comme la prohibition de l'inceste), la variabilité de ses formes et de son fonctionnement démontre qu'elle n'est pas un phénomène naturel, mais au contraire un phénomène social et culturel. ».

¹¹³ Selon la célèbre formule de J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire (...), op. cit.*, p. 102.

fondamentale au bon fonctionnement social. Loin de correspondre aux projections annoncées de sa disparition ou de sa mort, l'institution familiale, par essence évolutive et adaptable, apparaît donc perpétuelle mais en constante redéfinition. La famille est en effet extrêmement intéressante en ce qu'elle existe comme institution inséparable de l'évolution sociale en même temps qu'elle en constitue un miroir. Fondée sur les principes fondamentaux de liberté et d'égalité, la famille contemporaine est révélatrice de l'adaptation du droit aux mœurs qu'il s'interdit désormais de gouverner¹¹⁴. Dorénavant protéiforme, la famille ne fait plus l'objet d'une définition unique et prend actuellement le visage d'une institution multimodale et fluctuante. En ce sens, il est possible d'affirmer que « la famille représente un des phénomènes les plus polysémiques du sens commun : sa définition a considérablement varié selon les époques et selon les cultures »¹¹⁵. La société contemporaine marque la fin du modèle traditionnel de la famille étendue et l'avènement de la famille nucléaire dite moderne¹¹⁶ qui cohabite actuellement avec une diversité de modèles familiaux¹¹⁷. L'institution familiale s'est en effet transformée, tant dans sa composition que dans « les fonctions qu'elle assume dans notre société et dans la façon dont elle les assume »¹¹⁸. Il apparaît donc actuellement plus juste

¹¹⁴ V. à ce titre les propos du doyen CORNU, « La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la filiation) », *D.*, 1971, chron. p. 165, qui qualifie l'évolution familiale de « révolution tranquille ». Dans cette acception, l'adaptabilité du droit aux mœurs est vue comme la résultante d'un processus de changement radical mais paisible.

¹¹⁵ B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille (...)*, *op. cit.*, p. 161 : la famille est ainsi pour chaque individu « un objet familial » et il est alors difficile d'établir une rupture entre la connaissance sociale et sociologique de la famille.

¹¹⁶ V. par ex. E. SHORTER, *Naissance de la famille moderne*, Seuil, coll. « Points-Histoire », 1977 ; Ph. ARIÈS, « De la famille médiévale à la famille moderne », in *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, coll. « Points-Histoire », 1973, p. 253 : au sein de la famille traditionnelle, l'individu est englobé dans le groupe et soumis à la finalité commune de la survie de celui-ci. La priorité est donc celle de la cause commune sur les aspirations individuelles. La famille moderne ou nucléaire se réduit quant à elle au noyau essentiel père-mère-enfant et est fondée sur la liberté de choix et sur le droit à la vie privée. La diversité actuelle des modèles familiaux invite actuellement à parler de familles post-nucléaires ou post-modernes centrées avant tout sur les désirs individuels et émancipées de l'institution du mariage ou du « règne » de l'enfant. V. en ce sens Ph. ARIÈS, *Finie, la famille ? Tradition et nouveaux rôles*, Autrement, 1975, p. 169 ; A. MICHEL, « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », in *Les réformes du droit de la famille*, *Arch. phil. dr.*, 1975, T. 20, pp. 131 et s. : la sociologue décrit le passage du modèle sociologique de la famille traditionnelle au modèle moderniste de la famille qui « perd sa fonction patrimoniale et la structure patriarcale qui lui est liée » et dans laquelle « le concept de personne remplace celui de rôle attaché au sexe et à l'âge ». Elle décrit le « rejet de la mystique familiale traditionnelle et le remplacement par une conception eudémoniste de la famille » dans laquelle l'individu existe « pour son développement personnel ».

¹¹⁷ Le sociologue Cl. LÉVI-STRAUSS opte pour une définition minimale de la famille qu'il considère comme « l'union plus ou moins durable et socialement approuvée d'un homme, d'une femme et de leurs enfants » et qui se rapproche donc de la famille nucléaire repliée sur elle-même. V. Cl. LÉVI-STRAUSS, « La famille », *Annales de l'université d'Abidjan*, série F, T. 3, 1971, cité par Fr. HÉRITIER-AUGÉ, « Les sociétés humaines et la famille », in *Encyclopaedia Universalis*, 1985, vol. 7., p. 745. Pour exister, une formation familiale doit donc être socialement reconnue.

¹¹⁸ P. SURAULT, « Les transformations du modèle familial et de ses fonctions socio-économiques », *art. préc.*, spéc. p. 401 : l'auteur constate « l'émergence progressive de nouveaux modèles familiaux correspondant à l'idée de la famille considérée de plus en plus comme un refuge face à une société de plus en plus agressive où les relations sont de plus en plus impersonnelles et qui repose sur la compétition et le rendement ».

d'envisager la notion dans son acception plurielle et de parler de droit des familles¹¹⁹ ou des liens familiaux. Le droit de la famille « semble en effet pris en tenaille entre la préservation du groupe familial et la protection du sujet et de ses intérêts subjectifs et individuels, entre une logique institutionnelle de devoir et d'encadrement et une logique individuelle de droits et de liberté, entre une logique juridique de protection des liens de droit et une logique sociologique de prise en compte des relations de fait »¹²⁰.

La mosaïque familiale, constituée par la pluralité de formations familiales actuelles, s'est donc imposée comme une réalité à partir du moment où elle a été socialement reconnue. En ce sens, « il n'y a pas de famille sans légitimation culturelle »¹²¹. La famille, par essence évolutive¹²², doit en effet à la fois être conçue comme un donné et un devenir. Cette hétérogénéité a souvent été dépeinte comme la résultante d'une crise de la famille¹²³, fondée sur le « triomphe des valeurs nouvelles privilégiant l'individualisme et l'épanouissement de la personne »¹²⁴ et relevant du « domaine de l'émotion, de l'attachement et du rejet »¹²⁵. La crise de la famille a donc pu être imputée à « la logique de l'amour »¹²⁶. La famille instable¹²⁷ aurait donc succédé au modèle de la famille conjugale, qui a lui-même remplacé celui de la famille patriarcale. Il n'y a donc plus une unique famille, « mais des familles de plus en plus diversifiées, faites de combinaisons instables, d'atomes qui se dissocient dès que l'attrance

¹¹⁹ L'apparition de la pluralité des modèles familiaux peut être vue comme heurtant directement la nécessité de catégorisation minimum du droit. L'apparition de catégories complexes et floues mène alors à s'interroger sur l'existence même du droit familial qui reposerait peut-être simplement en réalité sur les droits individuels. V. en ce sens J. HAUSER, « L'individu, la famille et le droit », in G. EID, *La famille, le lien et la norme (...)*, op. cit., p. 45.

¹²⁰ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », in *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Actes du xx^e colloque de l'Association Française de Droit Pénal, Cujas, 2012, n° 6, p. 55.

¹²¹ J. FIERNES, « État et Familles », in *Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales, Annales de Vaucresson*, 1987, n° 37/2, p. 249, spéc. p. 252 : l'auteur précise sur ce point le caractère incontournable de l'école de LÉVI-STRAUSS.

¹²² Sur le caractère évolutif de la famille v. Y. CASTELLAN, *La famille*, op. cit., p. 96 : « Tout et tout le monde, constamment, évolue dans la famille, dans une spirale temporelle d'allure inégale puisque les composantes de son mouvement sont elles-mêmes, à tous les niveaux, d'allure inégale. C'est ce qui signe la profonde originalité du groupe familial ».

¹²³ V. not. É. DE LAGRANGE, « La crise de la famille », in *Études dédiées à A. WEILL*, Dalloz, 1983, p. 353.

¹²⁴ E. SHORTER, *Naissance de la famille moderne*, op. cit., p. 311. V. dans le même sens les développements de J. FIERENS, « État et Familles », op. cit., spéc. p. 252, qui considère que M. HEIDEGGER développe à ce titre l'idée que la vérité ne semble donc plus se trouver dans la rationalité du sujet si chère à R. DESCARTES mais a changé de lieu et de signification pour se déplacer vers l'affirmation du sujet.

¹²⁵ FR. DE SINGLY, *Le lien familial en crise*, op. cit., p. 17.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 14 et s. : pour le sociologue, le lien familial actuel n'a du sens que lorsqu'il renvoie à un « renouvellement du lien électif ». La crise est donc imputée au « passage du lien hérité à la valorisation du lien électif » ainsi qu'à l'instauration, « comme lien de référence dans l'imaginaire, le lien amoureux conjugal plutôt que le lien de filiation ». Le lien de filiation revient en refoulé, mais pas comme imaginaire principal. ». Cette instabilité du lien est cependant nécessaire puisqu'elle est dépeinte comme la contrepartie de la liberté et de la démocratie.

¹²⁷ L'expression est empruntée à F. LE PLAY.

qui les relie disparaît ou s'affaiblit »¹²⁸. Bien que métamorphosée, la famille continue à remplir ses fonctions vitales qui relèvent des sphères politique, économique¹²⁹ et sociale et doit être pensée comme un « fait social total »¹³⁰. Il est alors tout de même possible de se demander « s'il n'y a pas, dans l'institution, un noyau dur qui résiste »¹³¹. La force de sa permanence résiderait alors dans celle de son adaptabilité, et la thèse de l'amoindrissement de ses fonctions, issue de la théorie fonctionnaliste qui lie directement la famille au changement social, doit être repensée dans un schéma plus complexe¹³². Les transformations de sa composition et de ses fonctions ne correspondent pas nécessairement à sa remise en cause¹³³.

Au vocable de crise, qui appelle le danger, le péril voire la mort, il est plus cohérent de préférer celui de l'évolution et du changement. Si le droit contemporain de la famille est caractérisé par un rétrécissement de la famille, composée de membres en désir croissant d'autonomie, il se pose néanmoins comme résultante de l'expression des valeurs de liberté et d'égalité¹³⁴. En effet, « on a usé et abusé du terme crise, qui traduit une sorte d'inquiétude diffuse par rapport à des évolutions dont la signification nous échappe »¹³⁵. Le terme de crise ne doit donc pas être compris comme incluant une rupture brutale. Il doit davantage être entendu comme une rupture d'équilibre qui traduit un changement dans les repères

¹²⁸ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Famille, État et sécurité économique d'existence dans la tourmente », *JT*, 1986, p. 3.

¹²⁹ Sur la fonction économique de la famille stable et permanente, v. not. les développements de L. BROCARD, « Le rôle de la famille dans l'économie nationale », in *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Sirey, 1930, p. 285 : la famille existe en effet à la fois comme organisme de production et de consommation. Elle fournit un capital en valeur ainsi que le travailleur en tant qu'agent d'activité et constitue un organe de transmission entre générations.

¹³⁰ Au sens du concept forgé par M. MAUSS. L'anthropologue considère à ce titre qu'un fait social est par essence pluridimensionnel et ne peut jamais être réduit à un seul de ses aspects pour être appréhendé dans sa réalité sociale concrète. Le sociologue J. COMMAILLE, « Ordre familial, ordre social, ordre légal – Éléments d'une sociologie politique de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 268, insiste dans le même sens sur cette « place occupée par la famille au cœur du processus de reproduction sociale à travers la réalisation de ses fonctions aux niveaux biologique, socio-économique, culturel et politique ».

¹³¹ J. CARBONNIER, « Préface », *art. préc.* : l'auteur précise que ce noyau central serait pour certains caractérisé par le droit naturel de la famille.

¹³² V. not. les développements de G.-B. SGRITTA, « Théorie de la famille : savoirs, politiques et changement social », in *Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales, Annales de Vaucresson*, 1987, n° 37/2, p. 271, spéc. pp. 273 et 279, pour une illustration d'un nécessaire changement de paradigme dans l'analyse de la famille et de ses mutations, aboutissant à la découverte d'une « multiplicité de phénomènes de la vie familiale qui étaient par principe exclus du champ d'observation, selon le paradigme fonctionnaliste ».

¹³³ V. en ce sens les propos de P. SURAULT, « Les transformations du modèle familial et de ses fonctions socio-économiques », *art. préc.*, spéc. pp. 434 et s. : l'auteur décrit un mouvement de résistance de la famille qui trouve de « nouvelles forces pour contribuer à une restructuration conviviale de la société » fondée sur des « valeurs nouvelles » grâce auxquelles la famille conserve un « rôle primordial » en contribuant à un « profond changement ».

¹³⁴ V. en ce sens les développements de J. MASSIP, « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », *Deffrénois*, 1990, n° 3, p. 149.

¹³⁵ M. DELMAS-MARTY, « Les contradictions du droit pénal », *art. préc.*

habituels¹³⁶. La notion même de famille se trouve disloquée, mais est appelée à se reconstruire autour de nouveaux enjeux¹³⁷. Elle se définit donc désormais par sa diversité. Toute restructuration, si elle inclut inévitablement une phase d'instabilité, n'appelle cependant pas nécessairement la pérennité de cette dernière. De la diversité et du changement peut alors souvent naître la cohérence. De ce fait, il apparaît nécessaire « d'articuler les volontés privées, théoriquement libres et autonomes, avec des règles d'ordre public extérieures aux individus, et non d'exclure les unes au profit des autres »¹³⁸. C'est par conséquent un droit de la famille désorienté et à la recherche de lui-même et de sa légitimité¹³⁹ qui doit être confronté à un droit pénal aux frontières transfigurées¹⁴⁰. Le rôle pionnier et primordial de la famille impose alors logiquement que le droit pénal qui œuvre pour le bon fonctionnement social s'intéresse à cette institution et à sa protection, en prenant conscience de son caractère individualiste et multiforme, et du contexte de « sentimentalisation des relations familiales »¹⁴¹. La crise de la famille doit être pensée dans la logique interne des articulations complexes, entre contraintes de la vie domestique et contraintes de la vie sociale, qui constituent l'institution familiale¹⁴². Évoluant dans la société contemporaine, la famille se veut en effet doublement menacée. L'atteinte au lien de famille peut venir de l'extérieur, mais la famille peut aussi se désagréger de l'intérieur lorsque l'attaque est le fait d'un de ses membres. Ce dernier aspect semble actuellement prendre davantage d'importance puisque la famille s'inscrit dans un contexte social fondé sur l'individualisme. Le droit de la famille est actuellement pulvérisé en une

¹³⁶ V. en ce sens les développements de Fr. ROUGEUL, *Familles en crise - Approche systémique des relations humaines*, Goerg, coll. « Thérapie & Systémique », 2003, pp. 1 et s. : « Il s'agit plutôt d'un processus critique, [...], au cours duquel s'élabore, plus ou moins difficilement, la transformation de nos relations lorsque celle-ci s'avère nécessaire ». La crise est en ce sens matrice d'un changement plutôt que d'une rupture. L'approche systémique met ici « l'accent sur la notion de contexte, c'est-à-dire de ce qui, dans notre environnement socioculturel, permet de structurer nos relations et de leur donner un sens ». L'auteur préconise donc la prise en compte d'autres réalités pour aborder de manière nouvelle le fonctionnement de la famille et des couples et le traitement des crises. La mise en perspective contextuelle augmente ainsi la liberté de l'individu et lui rend espoir. La théorie des systèmes vivants comporte cependant la limite de leur indétermination car, ouverts et imprécis, ils renvoient à d'autres systèmes avec qui ils sont en interaction. Le changement est donc permanent et la perspective libérante du passage de la détermination psychique de l'individu à l'indétermination contextuelle peut aussi inclure le risque d'une perte de sentiment et d'identité.

¹³⁷ V. Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.*, 1992, p. 33, qui affirme que la famille actuellement objet d'un éclatement est cependant en phase de recomposition.

¹³⁸ C. LABRUSSE-RIOU, « Droits de l'homme et institution des liens familiaux (...) », *art. préc.*, spéc. p. 73 : cet équilibre et ses critères semblent alors « instables et fuyants ».

¹³⁹ *Ibid.*, p. 73 : « C'est pourquoi entre le stable et l'instable, entre l'ordre et le mouvement, entre le pouvoir et le devoir, le droit de la famille contemporain oscille, flotte, se cherche et ne semble plus obéir à une normativité assez claire pour servir de référence constructive et significative. Ne voulant rien sacrifier et prétendant tout faire, on se demande si le droit ne risque pas de tout perdre y compris sa propre légitimité. ».

¹⁴⁰ V. not. J. BERNAT DE CÉLIS, « La politique criminelle à la recherche d'elle-même », *Arch. pol. crim.*, 1977, n° 2, p. 3 ; X. PIN, « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », *Rev. pénit.*, n° 1, 2001, p. 83.

¹⁴¹ J.-H. DÉCHAUX, Compte rendu de lecture de B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille. Le lien familial sous questions*, *Revue Française de Sociologie*, 1998, n° 2, p. 452.

¹⁴² V. en ce sens les développements de Fr. HÉRITIER-AUGÉ, « Les sociétés humaines et la famille », in *Encyclopaedia Universalis*, 1985, vol. 7, p. 745, spéc. p. 750.

myriade de droits subjectifs¹⁴³ et les aspirations individuelles ont pris le pas sur le désir collectif du groupe familial. Cet éclatement peut être mis en relation avec le mouvement plus général de spécialisation des matières¹⁴⁴. La diminution des droits objectifs se fait donc au profit de l'augmentation des revendications personnelles subjectives qui peuvent parfois engendrer l'instabilité¹⁴⁵ et favoriser le comportement infractionnel¹⁴⁶. Cette « tension intrinsèque entre la recherche de soi (individualisme) et le don de soi (relation d'amour) rend le mélange actuel capable d'engendrer le sublime ou le pire »¹⁴⁷ et manifeste le caractère incertain de la famille contemporaine.

16. - La famille incertaine. Le sentiment général est que « l'emprise du droit sur la famille est difficile, tant pour la détermination des règles à appliquer, que pour leurs sanctions, parce qu'il y a là une réalité intrinsèquement autonome »¹⁴⁸. Dans ce contexte, il s'avère difficile de distinguer ce qui participe du lien familial et du non-lien familial ou du lien extrafamilial. Les liens familiaux deviennent en effet insaisissables à mesure que la famille devient incertaine¹⁴⁹. « Pris entre existence et exigence », le lien évolue en effet « non plus dans un contexte de polarisation mais de pluralisation familiale »¹⁵⁰. Le lien familial désarticulé existe désormais dans une dynamique tortueuse, fragile et paradoxale¹⁵¹. La famille ne semble donc plus exister en tant qu'« institution qui articule la différence des sexes et celle des générations »¹⁵². Pour

¹⁴³ V. à ce titre les propos de J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. « Forum », 1996, pp. 121 et s. : l'auteur dénonce la subjectivisation du juridique et l'inflation ou le pullulement de désirs personnels et passions individuelles, qui, convertis en droits, désolidarisent la légalité de tout système et de toute société. Au plan idéologique, le culte de l'individu prend donc le pas sur l'assise de valeurs collectives et l'effet de quantité semble synonyme de dangerosité sociale.

¹⁴⁴ Pour une analyse des vertus et des risques de la spécialisation des disciplines, v. not. É. MORIN, *Sur l'interdisciplinarité (...)*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁵ Cette spécialisation outrancière peut aussi être mise en parallèle avec l'inflation normative actuelle et les conséquences néfastes qu'elle produit en termes d'atteinte au principe de légalité et à la sécurité juridique. Sur les causes et les enjeux de cette « overdose législative », v. Fr. DEBOVE, « L'overdose législative », *Dr. pén.*, 2004, n° 10, ét. 12, p. 6.

¹⁴⁶ V. en ce sens les développements de L. ROUSSEL, « Changements démographiques et nouveaux modèles familiaux », in *Actes du Colloque national sur la démographie française*, INED, coll. « Travaux et documents », 1981, n° 92 : l'auteur, citant M. FOUCAULT, fait référence à une société « prométhéenne » cherchant à grandir de façon indéfinie et évacuant « tout ce qui freine son développement ». « La reconnaissance de l'autre comme valeur autonome » y est donc exclue et ce rejet mène alors paradoxalement à l'instauration d'un climat plus propice à la commission de l'infraction qui porte préjudice au lien familial et donc au lien social.

¹⁴⁷ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « La personne, la famille et la loi au sortir du XX^e siècle », *JT*, 1982, pp. 141-142.

¹⁴⁸ H. BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 9.

¹⁴⁹ Pour ce qualificatif, v. L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Odile Jacob, coll. « Opus », 1999.

¹⁵⁰ G. EID, *La famille, le lien et la norme (...)*, *op. cit.*, quatrième de couverture.

¹⁵¹ Dans sa « contribution à une théorie du lien familial », le psychosociologue A. DONVAL décrit à ce titre le lien comme « paradoxal », « normalisé », « fragile », « ouvert à un au-delà de lui-même » et évoluant dans une dynamique sinueuse. V. A. DONVAL, « Point de vue d'un psychosociologue », *art. préc.*

¹⁵² I. THÉRY, « Spécificité du lien familial et processus démocratique, les raisons d'un impensé », *art. préc.*, spéc. p. 103 : la sociologue considère que la mutation contemporaine de la famille n'a pas pour spécificité sa désagrégation en individus mais une « désarticulation des deux liens qui la traversent : le lien de conjugalité et le lien de filiation ».

être cohérent, le lien familial actuel doit alors certainement être pensé en rapport avec le contexte dans lequel il évolue, et mis en perspective avec les autres types de liens¹⁵³. Afin d'être à leur tour pertinentes, les problématiques familiales doivent être pensées « dans un rapport d'adéquation minimale nécessaire avec l'ensemble des contextes sociaux dans lesquels elles s'inscrivent »¹⁵⁴. À cette fin, « un nouvel équilibre devrait pouvoir se chercher et s'instaurer entre le familial et l'extra familial »¹⁵⁵. Il apparaît donc actuellement difficile de formuler des certitudes sur la nature des liens de famille qui fondent les droits et obligations juridiques¹⁵⁶. Si le doute et l'instabilité semblent gagner le domaine du droit civil de la famille, l'intervention étatique comme sanctionnatrice de l'inexécution des obligations familiales, par la mise en place de sanctions civiles, n'est pas contestée dans son principe. L'assertion n'est cependant pas identique en ce qui concerne la sanction pénale des obligations résultant du lien familial.

17. - Transformations du droit pénal. La justice pénale a longtemps existé au sein d'un schéma uniforme suivant un mode unique d'intervention étatique, stable et régulier dans ses modalités d'application. Le modèle traditionnel d'une justice pénale homogène et unifiée dans ses principes et dans ses modes d'intervention semble néanmoins actuellement laisser place à une dynamique d'éclatement du droit pénal. Ce dernier se trouve en effet transformé et diversifié dans ses modes d'expression, et connaît depuis de nombreuses années une croissance sans précédent. Les formes d'intervention pénales se sont considérablement diversifiées et ont laissé place à une inflation souvent considérée comme néfaste. La rapidité n'est pas gage d'efficacité et peut aboutir à des réformes contrevenant aux principes fondamentaux du droit pénal ou générer des erreurs techniques inadmissibles, qu'il conviendra de rectifier dans l'immédiat. Cette extension a conduit au démantèlement de l'image classique harmonieuse du droit pénal et a posé dans toute son acuité le problème de sa

¹⁵³ V. les développements de A. DONVAL, « Point de vue d'un psychosociologue », *art. préc.*, p. 271 à propos de la nécessité de considérer le lien familial en interaction. Le psychosociologue considère que « le lien familial ne peut s'autoréférer à lui-même » et qu'« il n'est pas à lui-même sa propre fin ».

¹⁵⁴ B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille (...)*, *op. cit.*, p. 167 : « On ne peut plus penser la famille soit en fusion, soit en rupture radicale avec les autres rapports sociaux ». Pour le problématiser, il faut concevoir l'objet familial « comme un lieu de sociabilité ou de pratiques non spécifiques en même temps que poser le principe de sa spécificité qui réside dans le lien intergénérationnel de don de la vie et de transmission ». Le lien familial doit donc en ce sens à la fois être étudié dans sa dimension générique ainsi que sous l'angle de sa spécificité.

¹⁵⁵ A. DONVAL, « Point de vue d'un psychosociologue », *art. préc.*, spéc. p. 271.

¹⁵⁶ V. en ce sens les développements de C. LABRUSSE-RIOU, « Droits de l'homme et institution des liens familiaux (...) », *art. préc.* : L'érosion des formes contraignantes conduit ainsi à l'émergence de volontés individuelles de plus en plus prégnantes qui aboutissent à la dissolution des institutions de base de la famille. L'évolution contemporaine du droit positif est donc décrite comme une « ambiguïté normative » dans laquelle « le pullulement des droits subjectifs et des libertés reconnues à chacun » dans un ordre juridique qui se « voudrait capable d'articuler transcendance et immanence », mène à une « désintégration du droit et à la perte de sa fonction sociale », ayant les droits de l'homme pour ciment. Il apparaît donc nécessaire de repenser la dimension institutionnelle des liens de famille à partir de ce constat.

restructuration et de son éventuelle désagrégation¹⁵⁷. Cette explosion ne saurait cependant être assimilée à une désintégration puisqu'elle a pour conséquence directe la recomposition de ce droit¹⁵⁸. Loin de consister en une mort certaine ou en une transfiguration générale¹⁵⁹, le phénomène relève davantage de la variation, du changement et de l'adaptation que de la destruction. La société contemporaine assiste au « démantèlement d'un modèle traditionnel, à la fois simple et unifié, du droit pénal et à la recomposition d'un modèle nouveau, à la fois complexe et diversifié »¹⁶⁰. Le droit pénal actuel se veut non seulement omniprésent mais surtout polyvalent. La variabilité et la souplesse participent désormais de son essence. Ce nouveau visage apparaît comme la conséquence directe de l'évolution sociale à laquelle il doit s'adapter. Le droit pénal, de plus en plus présent, a en effet été contraint de se spécialiser et de se diversifier pour pouvoir rester cohérent dans son application, et ne relève plus uniquement du monopole étatique. Il est en ce sens possible de faire état d'une justice pénale désinvestie, dont la privatisation fait écho à celle ayant la famille contemporaine pour objet¹⁶¹. La spécialisation de la matière pénale et son fractionnement en différentes branches sont donc nécessaires à sa survie dans une société contemporaine elle-même divisée et spécifique. Le droit pénal est désormais le lieu de naissance de règles de « droit pénal spécialisé »¹⁶² qui viennent « prêter l'appui des peines à une matière extra-répressive »¹⁶³. L'existence d'un droit spécial de la famille, évoluant au sein d'un tronc pénal commun et aux côtés d'autres ramifications spécifiques, trouve ici toute sa légitimité¹⁶⁴. Le droit pénal actuel n'existe cependant plus

¹⁵⁷ La problématique de la disparition progressive du droit pénal a notamment été évoquée par É. DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), PUF, 8^e éd., 1967, pp. 44 et 76. Le sociologue considère qu'il est vain et mauvais de maintenir de force la règle pénale si le sentiment collectif qui motive son existence disparaît et que le droit pénal peut progressivement rétrécir au sein d'une société plus coopérative. Cette analyse se distingue de celles des doctrines abolitionnistes qui remettent en cause l'existence et la cohérence même du système répressif.

¹⁵⁸ V. à ce titre les propos de M. VAN DE KERCHOVE, « Éclatement et recomposition du droit pénal », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, RSC, 2000, p. 5 : l'auteur constate à ce titre que « les phénomènes illustrant le retrait effectif du droit pénal n'occupent, dans les sociétés contemporaines, qu'une place extrêmement limitée par rapport aux phénomènes illustrant son extension » et que cette inflation « n'a pu éviter l'éclatement ou l'explosion, au sens désintégrateur du terme, qu'au prix d'un éclatement, au sens d'une diversification fondamentale de ses modes d'intervention ».

¹⁵⁹ V. J. LARGUIER, « Mort et transfiguration du droit pénal », in *Mélanges ANCEL*, T. 2, Pédone, 1975, p. 125.

¹⁶⁰ M. VAN DE KERCHOVE, « Éclatement et recomposition du droit pénal », *art. préc.*

¹⁶¹ Sur les notions de privatisation de la justice pénale ou de désinvestissement étatique, v. les propos généraux de D. LABERGE, « Futur pénal, fiction pénale : débat autour des notions de privatisation et de désinvestissement étatique », *Déviance et société*, 1988, vol. 12, n° 2, p. 169 et de J. ZAMBROWSKY, « La privatisation ou le désinvestissement étatique dans la justice pénale, une politique pénale ou une fiction ? », *Déviance et société*, 1988, vol. 12, n° 2, p. 183. La notion de privation du droit répressif ne sous-tend pas nécessairement son appréhension par les acteurs particuliers, mais peut se rapporter à son application par des acteurs étatiques qui relèvent de champs non répressifs, à l'image du droit de la famille.

¹⁶² L'expression est empruntée à B. DE LAMY, « Le droit pénal spécial à l'épreuve du droit pénal et de la procédure pénale », *Dr. pén.*, 2013, n° 9, p. 1.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ À propos du caractère composite et hétérogène du droit pénal, les professeurs MERLE et VITU décrivaient déjà « les rameaux particuliers du droit pénal spécial » qui « présentent, parfois, de simples particularités procédurales mais, d'autres fois, une spécificité touchant au fond du droit et marquant une autonomie grandissante ». V. en ce sens R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, T. 3, Cujas,

comme instrument adéquat pour résoudre les problèmes sociaux. Il se pose en effet lui-même de plus en plus comme problème à résoudre et il est nécessaire de repenser ses relations avec le domaine familial afin de faire entrer les deux sphères dans une relation cohérente et mutuellement bénéfique. La sanction pénale est souvent instrumentalisée par des considérations économiques, politiques ou médiatiques¹⁶⁵. La technique et l'idéologie qui doivent la gouverner laissent couramment place à l'utilitarisme et à la satisfaction d'idéaux qui se posent en contradiction avec les principes fondamentaux du droit pénal. Si la spécialisation du droit pénal peut donc à bien des égards s'avérer prolifique, elle peut dans le même temps conduire à « s'éloigner des principes du droit pénal et de la procédure pénale, voire à y déroger »¹⁶⁶. La spécialisation de la matière pénale peut dans cet esprit aboutir à des entorses aux principes fondamentaux qui la gouvernent et appelle à s'interroger sur l'existence d'un « droit pénal commun »¹⁶⁷. Dans une acception inverse et respectueuse du lien familial, l'intervention du droit pénal peut au contraire être de nature à nourrir les principes répressifs consacrés et à les faire évoluer¹⁶⁸. Cet enrichissement est cependant délicat à concrétiser puisque « le droit contemporain de la famille se désintéresse de plus en plus du droit pénal »¹⁶⁹ et que le droit pénal se détache également du droit de la famille. Il est donc possible de constater une complète transformation des relations entre le lien familial et le droit pénal. L'analyse laisse penser à une rupture de paradigme dans les relations de la famille et du droit pénal. Si la protection existe toujours, elle ne semble plus s'orienter vers la

6^e éd., 1982, n^o 17, p. 23. Loin de n'être que « l'accessoire d'une matière principale », le droit pénal spécial de la famille paraît en ce sens appartenir à la seconde catégorie de ramifications en ce que sa spécificité touche non seulement à l'adaptation des règles classiques de procédure mais aussi incontestablement aux fondements du droit. Il est en effet marqué par des aspects originaux qui ne se retrouvent pas dans les autres branches, au premier rang desquels figure notamment sa double propension à rendre la répression plus difficile ou impossible et à faciliter ou aggraver l'engagement de la responsabilité pénale. Le droit pénal ne reste en ce sens jamais passif face à l'existence du lien familial qui amène en outre inéluctablement à la modification de l'application de ses règles classiques. Le caractère dérogatoire du droit pénal intervenant en droit de la famille n'est cependant pas comparable à celui qu'il revêt quand il intervient dans d'autres matières plus techniques au sein desquelles il n'occupe qu'un simple « rôle de régulation dont la pertinence peut être remise en cause ».

¹⁶⁵ Les problématiques de l'inceste et des violences conjugales d'une part, et les sanctions qui se rapportent directement à l'autorité parentale d'autre part, manifestent particulièrement ce mouvement.

¹⁶⁶ B. DE LAMY, « Le droit pénal spécial à l'épreuve du droit pénal et de la procédure pénale », *art. préc.*

¹⁶⁷ V. en ce sens les développements de É. BARON, « Existe-t-il un droit pénal commun ? », *Dr. pén.*, 2013, n^o 9, p. 17 : l'auteur constate l'influence réciproque qui existe entre le droit pénal commun et les branches du droit pénal spécialisé qui se posent chacun en source de l'autre en notant que « les grands principes de la matière influencent les droits pénaux spécialisés », mais que ces derniers contribuent dans le même temps « à faire évoluer le droit pénal classique, en le nourrissant à leur tour ».

¹⁶⁸ V. en ce sens les propos de B. DE LAMY, « Le droit pénal spécial à l'épreuve du droit pénal et de la procédure pénale », *art. préc.*, spéc. p. 2.

¹⁶⁹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n^o 2, p. 53 : le droit de la famille n'attache en effet plus que très exceptionnellement d'effet civil automatique à la commission d'une infraction pénale. Cette dernière n'a donc plus d'influence obligatoire sur les composantes spécifiques de l'institution familiale à l'image du mariage ou de l'autorité parentale. « L'assouplissement des institutions familiales, en conduisant au déclin des sanctions civiles, a relâché ce lien qui existait, autrefois, entre faute pénale et structure familiale ».

même famille ou le même lien qu'auparavant, et si la famille est protégée, elle ne l'est pas de la même façon. En d'autres termes, l'évolution du sujet et des modalités de la protection pénale de la famille aboutit à la naissance d'incohérences auxquelles il convient de remédier. Partant, il est pertinent de proposer une redéfinition des attributs de la protection pénale actuelle de la famille et du lien qui en est issu, par l'instauration d'une théorie du lien familial pénal, au titre de laquelle le lien familial pourra être entendu comme une valeur sociale autonome. Cela suppose préalablement de déterminer la nature de la relation qui se noue entre le droit de la famille et le droit pénal.

18. - Nature de la relation entre le droit de la famille et le droit pénal. Au sein du système juridique global, plusieurs degrés de relations sont théoriquement concevables entre les deux entités que constituent le droit de la famille et le droit pénal. Il est tout d'abord possible d'envisager une absence totale de relation. Les deux entités existeraient de façon totalement indépendante dans l'ignorance réciproque de l'autre et ne se rencontreraient jamais. Par une ignorance mutuelle délibérée, elles pourraient tout aussi bien coexister dans le même système juridique en ayant conscience de la présence de l'autre. Elles fonctionneraient chacune selon ses propres règles en choisissant volontairement de ne pas interagir. Ces premières assertions sont évidemment à exclure, tant il est évident que les matières, qui évoluent dans le même système, ont pleinement conscience l'une de l'autre et s'appliquent selon des règles communes. Dans une perspective opposée, le droit pénal et le droit de la famille pourraient à l'inverse être étudiés sous le prisme de la dépendance unilatérale d'une matière à l'autre. Soit les règles du droit pénal autonome et normatif influeraient directement sur celles de l'institution familiale, soit les règles du droit de la famille influeraient directement sur celles du droit pénal sanctionnateur. Ces hypothèses sont également à exclure puisque la réalité est bien plus nuancée. Le système actuel est celui de l'interdépendance des matières. Ce système fonctionne tant que les matières coexistent pacifiquement selon des principes harmonieux. Les matières ont cependant tendance à se contredire et s'éloignent l'une de l'autre pour retourner vers une simple coexistence exempte de cohérence. La mise en œuvre de la perspective interdisciplinaire suppose alors d'adopter une conception spécifique de la famille.

19. - Conception de la famille adoptée dans cette étude. À ce stade, il apparaît nécessaire d'opérer quelques précisions sémantiques. Poser une définition précise et unique du contenu de la famille telle que considérée par le droit pénal relève du domaine de l'impossible. Pour cette raison, la définition de la famille, à laquelle renvoie le terme de lien familial dans cette étude, se veut elle-même mouvante et protéiforme. La famille ne semble pas faire l'objet d'une conception d'ensemble univoque au sein de l'arsenal juridique, et oscille constamment entre plusieurs formes. Souvent restreinte, parfois stable et rarement étendue, elle prend ainsi

la forme variable de l'accordéon¹⁷⁰. Toujours en mouvement, la forme familiale est susceptible d'évoluer au gré de la tonalité répressive. L'étendue de ses liens oscille donc en alternance entre les limites de l'amplitude familiale. Le terme de famille appréhendé par cette recherche est donc chaque fois modelable et susceptible de recouvrir une réalité différente quand l'étendue du lien étudié varie avec celle de la valeur sociale concernée par l'infraction. L'objectif de cette recherche n'est en effet pas de définir la famille en général, mais de repenser les modalités d'intervention du droit pénal au sein de cette dernière. Pour ce faire, la rencontre entre le lien familial et le droit pénal se fera nécessairement à l'aune d'une famille multiforme.

20. - Intérêt du sujet. De nombreuses recherches sur les relations entre la famille et le droit pénal ont été effectuées à partir du milieu du siècle dernier, et ont alternativement décrit une protection pénale efficace de la famille¹⁷¹ ou manifesté au contraire l'absence de cette dernière¹⁷². Si l'émergence de la famille comme intérêt protégé par le droit pénal reste ancienne¹⁷³, les études concernant ce sujet se sont faites plus rares durant les trente dernières années et sont presque devenues inexistantes, pour connaître récemment un regain d'intérêt. L'étendue de la littérature consacrée à la problématique de la protection pénale de la famille révèle, de prime abord, l'intemporalité du sujet, qui est le miroir de celle des institutions concernées. Ces dernières, constituées par la famille et par le droit pénal qui existe comme la résultante du monopole étatique en matière de répression, possèdent en effet une permanence temporelle et géographique, puisqu'elles existent dans la totalité des sociétés démocratiques depuis l'avènement de la gestion publique des comportements infractionnels¹⁷⁴. Cette intemporalité institutionnelle, résultant du fait que la famille et le droit pénal « sont toujours

¹⁷¹ V. not. S. HUYNEN, « Le droit pénal protecteur de la famille », *JT*, 1946, p. 249 ; M. LOPEZ-REY, « La protection pénale de la famille », *Rev. crim. et pol. techn.*, 1964, p. 106 ; M. GENDREL, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *Rev. pénit.*, 1964, vol. 88, p. 31.

¹⁷² V. par ex. P. COUV RAT, « Le droit pénal et la famille », *RSC*, 1969, p. 807 ; P. COUV RAT, « La famille, parent pauvre du droit pénal », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, coll. « Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 1983, p. 133 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, « Quelques réflexions sur le droit pénal de la famille », *JCP G*, 2011, n° 1, p. 10 ; D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », in *Droit pénal et autres branches du droit (...)*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁷³ V. en ce sens l'étude de P. LASCOUMES, « L'émergence de la famille comme intérêt protégé par le droit pénal », in I. THÉRY et C. BIET (dir.), *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Centre G. POMPIDOU, 1989, p. 341, qui date officiellement cette prise en compte à l'année 1801 lors de laquelle elle est « présentée pour la première fois dans un texte légal comme un tissu de droits et devoirs, composant un bien juridique protégé par des dispositions sanctionnatrices ».

¹⁷⁴ L'article 16-3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme à ce titre que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État ». L'intervention du droit pénal en son sein pourrait alors paraître naturelle.

en recherche d'un difficile compromis entre la liberté et la sûreté de leurs sujets »¹⁷⁵, pourrait alors laisser croire que la problématique de leur confrontation a d'ores et déjà été entièrement traitée et que la présente recherche ne possède pas de caractère innovant. Elle prend néanmoins toute sa légitimité lorsqu'elle ne s'attache pas à l'existence des institutions concernées mais à leur contenu. Si la famille et le droit pénal sont toujours les mêmes dans leur essence, ils sont chaque fois différents et se transforment à mesure de l'évolution de la société. Les infractions et la famille d'hier ne sont pas comparables à celles d'aujourd'hui. Si la sémantique du sujet reste la même, son objet spécifique évolue donc chaque fois qu'il est étudié¹⁷⁶. La notion de famille demeure fluctuante et plurivoque. La référence au lien familial apparaît plus juridique et plus technique. Néanmoins, elle reçoit à son tour plusieurs acceptions. Son appréhension psychosociologique confirme l'assertion : « sans doute le lien familial n'est-il jamais absolument assuré et voilà pourquoi sa crise, sous des modalités à chaque fois différentes, est toujours d'actualité »¹⁷⁷. Dans une perspective organique, la spécificité de la famille correspondrait alors à l'évolution sociale et au type de société dans laquelle elle évolue¹⁷⁸. La libéralisation des mœurs et l'individualisation de la société ont eu pour influence le retour des problématiques familiales sur le devant de la scène médiatique et politique. Ces sujets, qui sont en constante redéfinition, sortent alors largement du strict cadre juridique. Ils contiennent une dimension sociale et subjective, et leur interaction doit désormais être considérée à la lumière de nouveaux enjeux¹⁷⁹. Le fait de s'interroger sur la façon dont le droit pénal appréhende actuellement l'institution de la famille, intemporelle mais constamment renouvelée, ainsi que le lien de droit qui en découle, prend alors en ce sens toute sa légitimité. Si le sujet a déjà été étudié, la quantité d'études y étant spécifiquement consacrées reste néanmoins limitée. La pauvreté quantitative du bagage doctrinal offert aux infractions familiales invite alors plus encore à consacrer une étude à l'essai de leur définition,

¹⁷⁵ P. LASCOUMES, « L'émergence de la famille comme intérêt protégé par le droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 347.

¹⁷⁶ V. É. DURKHEIM, « Introduction à la sociologie de la famille », *Extrait des Annales de la Faculté des lettres de Bordeaux*, 1888, n° 10. Le sociologue rappelle en ce sens que « la famille d'aujourd'hui n'est ni plus ni moins parfaite que celle de jadis : elle est autre parce que les circonstances sont autres. Elle est plus complexe, parce que les milieux où elle vit sont plus complexes ». L'assertion qui valait déjà à cette époque s'affirme encore avec plus de ferveur dans la société contemporaine qui n'a cessé de se complexifier et de se diversifier. Le sociologue insiste en outre sur les enjeux politiques de la famille qu'il associe aux modes de structuration de la société et sur le mouvement de rétrécissement continu dont elle est l'objet.

¹⁷⁷ A. DONVAL, « Point de vue d'un psychosociologue », *art. préc.*, spéc. p. 267.

¹⁷⁸ Dans une perspective d'adéquation morphologique, T. E. PARSONS considère ainsi qu'un type spécifique de famille correspond nécessairement à chaque type de société. La forme de la famille serait en ce sens déterminée par celle de la société dans laquelle elle existe. Si la perspective s'inverse, la famille peut dans le même temps apparaître comme un facteur déterminant du social en tant que cellule de production d'individus et de savoirs.

¹⁷⁹ A. DONVAL, « Point de vue d'un psychosociologue », *art. préc.*, spéc. p. 269 : « La problématique du lien familial, comme d'ailleurs du lien social, doit intégrer le paramètre des forces et des faiblesses des individus et de leurs relations instables. ». La famille se trouve en ce sens soumise à des normes « psychologiques, éducatives, morales et juridiques » mais n'est pas l'objet d'une « régulation généralisée, centralisée et institutionnalisée ». Le lien familial apparaît donc en ce sens pluri-normalisé.

de leur classification et de leur régime procédural. L'étude conceptuelle de l'infraction familiale s'avère réellement utile, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. Il n'existe en effet aucune classification officiellement établie pour ces infractions qui répondent pourtant à une criminalité spécifique et nécessitent un régime pénal particulier. En conséquence, le droit pénal donne « l'apparence d'une intervention désordonnée en droit de la famille »¹⁸⁰ qui « est corroborée par la dispersion des infractions applicables à la famille »¹⁸¹. L'unique référence envisageable, qui est la classification pouvant être issue du plan du code pénal, engendre en outre davantage de questionnements qu'elle n'apporte de réponses. Loin de constituer une réelle typologie, elle s'avère très limitée et n'est pas construite en fonction de l'atteinte aux valeurs sociales protégées par les différentes infractions. Ces dernières sont en réalité révélées dans un second temps par un processus de déduction doctrinale et ne sont pas la résultante d'une démarche anticipative qui pose la valeur sociale en composante de la réflexion législative. Le domaine juridique de l'infraction familiale n'est donc pas vide, mais la réflexion portant sur son contenu est loin d'en être pour autant épuisée. L'étude notionnelle de l'infraction familiale, qui a une nature essentiellement juridique, se voudra donc la plus concrète possible afin d'aboutir à une classification opérationnelle, claire et accessible. L'étude du caractère familial des infractions nécessitera cependant de faire appel aux autres sciences complexes que constituent la sociologie, la psychologie, la politique et la criminologie. Pour pouvoir justifier de sa nécessité contemporaine, il convient de remettre la protection pénale de la famille dans sa perspective historique.

21. - La protection pénale de la famille, perspective historique. Il n'existe historiquement pas de différenciation ontologique entre le droit pénal et les autres branches du droit. L'appartenance pénale n'est pas une donnée naturelle et ne peut donc relever que de choix juridiques, voire politiques lorsqu'il s'agit d'élaborer une politique criminelle cohérente et efficace. Il est en ce sens possible d'affirmer que « l'infraction n'est pas une donnée naturelle »¹⁸². Le contenu et les orientations du droit répressif ne sont pas des données intangibles, mais révèlent à l'inverse une sensibilité intrinsèque au changement. Le caractère

¹⁸⁰ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 5, p. 55.

¹⁸¹ *Ibid.* Les auteurs précisent en ce sens que « cette dispersion des infractions relatives à la famille révèle les incertitudes du droit pénal dans sa prise en compte de cette institution et dans le rôle qu'il entend jouer dans la sanction de certaines règles du droit de la famille ».

¹⁸² Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 89, pp. 61-62. L'infraction n'apparaîtrait alors pas comme une réalité criminologique mais constituerait au contraire une pure création juridique. Dans une acception juridique pure, elle se définit en ce sens comme un concept construit par la société pour la satisfaction de ses besoins. Elle ne possède donc pas de caractère singulier et n'existe que lorsqu'elle est sanctionnée. Dans une acception criminologique essentialiste, l'infraction existe au-delà de sa consécration terminologique et peut être vue comme une réalité psycho-sociale dont le droit pénal ne fait que consacrer l'existence. En définitive, l'infraction qui n'est pas une donnée purement naturelle, ne peut pas non plus être considérée comme une pure construction instable et arbitraire. Le crime apparaît donc comme un phénomène social universel dont la prohibition est exacerbée lorsque la valeur sociale à laquelle il porte atteinte est formellement protégée par le droit répressif.

pénal ne peut alors être que relatif et mouvant et le droit criminel, naturellement adaptable, ne peut se concevoir que dans une relation d'interdépendance avec les autres branches du système global dans lequel il évolue. La mise en perspective historique du sujet permet alors l'élargissement des cadres de référence pour la présente analyse, qui ne saurait être cantonnée à un contexte unique et peut aller dans le sens de la mise en place de solutions innovantes par rapport aux schémas d'ores et déjà éprouvés. DURKHEIM le rappelait très justement : « rien n'est bon indéfiniment et sans mesure »¹⁸³. La famille existe à l'origine comme cellule de protection et d'expression de la vengeance privée, chaque fois qu'une atteinte externe objective est portée à son organisation hiérarchique. L'intérêt du groupe prime alors celui de l'individu et chacun doit contribuer à la survie de sa famille. Lorsqu'elle devint publique, la justice pénale prit d'abord le visage d'une justice royale ou divine, destinée à rétablir le trouble porté à l'ordre public. Dénoncée comme excessive et inefficace, elle emprunta par la suite un aspect libéral en considérant la liberté individuelle comme valeur suprême de toute société¹⁸⁴. Sous l'influence des doctrines déterministes, la responsabilité pénale fut ultérieurement considérée de manière objective, avant la mise en place de procédés d'individualisation de la sanction pénale. Le passage de la justice privée à la justice étatique révèle l'ambiguïté des relations entre la famille et le droit pénal. La famille a en effet originellement existé comme berceau du droit pénal, pour en devenir par la suite totalement exempte. Si elle peut être appréhendée par ce droit en tant qu'objet de protection ou de répression, il est certain qu'elle n'en constitue plus le fondement. Le sujet de cette étude prend par conséquent l'aspect primaire d'un non-sujet.

22. - Lien familial ou droit pénal ? La sphère publique est le domaine d'élection de la matière pénale, qui n'a pas pour vocation originelle d'intervenir dans les relations individuelles privées. Le droit pénal a en effet pour but l'appréhension du sujet de droit en tant qu'individu. Le lien familial n'entre donc pas dans son objet principal. L'interrogation semble légitime : « faudrait-il alors en conclure que la famille est par excellence le lieu de la vie privée qui devrait échapper à l'autorité publique, à moins qu'il ne s'agisse de la défendre à

¹⁸³ É. DURKHEIM, « Le crime, phénomène normal », in D. SZABO (dir.), *Déviance et criminalité*, Armand Colin, 1970, p. 65, spéc. p. 76.

¹⁸⁴ MONTESQUIEU et BECCARIA considèrent à ce titre la sanction pénale comme préventive et répondant au trouble à l'ordre public causé par une infraction strictement définie. La philosophie politique kantienne considère dans le même sens que la liberté des individus est protégée par la théorie du contrat social de ROUSSEAU et ne s'efface pas au nom de la majorité. V. G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, p. 121, qui considère que, dans cette acception, l'État « a rempli sa fonction quand il a assuré la liberté de tous ». L'individu qui a, volontairement et dans son intérêt, accepté d'aliéner sa liberté au bénéfice du groupe, ne serait alors réellement libre que dans l'État de droit. *Contra*, v. la philosophie de HOBBS pour qui le contrat social n'a pas pour fonction la protection de la liberté des individus mais est fondé sur la soumission à la volonté du gouvernant et non à la volonté générale. Ces théories semblent donc s'opposer à une conception purement utilitariste et rétributive de la peine criminelle. L'éthique kantienne qualifiée de rationaliste ou transcendantale semble néanmoins et paradoxalement se fonder sur une justice criminelle rétributive et s'éloigne donc en ce sens de sa philosophie morale.

l'encontre des incursions d'autrui ? »¹⁸⁵. L'intervention du droit pénal dans la famille serait contraire au bon fonctionnement de l'ordre social, puisqu'il ne serait pas à sa juste place lorsqu'il aborde le domaine privé spécifique de la famille. L'heure serait alors au désaveu de l'intervention étatique au sein de la famille, étant donné que « de plus en plus, la vie familiale est conçue comme constituant un domaine réservé, purement privé qui échappe à l'emprise étatique »¹⁸⁶. Le droit pénal de la famille pourrait donc à ce titre relever de « l'anti-sociologie »¹⁸⁷. La relation entre la famille et la société relèverait de ce fait plus naturellement du conflit que de l'harmonie¹⁸⁸. La notion de lien familial n'est du reste pas une notion opérante au sein du droit pénal qui n'y fait aucune référence explicite et la famille se veut de plus en plus discrète dans le domaine pénal qui élimine les corps intermédiaires. La famille se pose effectivement comme entrave à l'individualisme, puisque l'individu qui en est membre n'en a plus besoin pour se considérer dans un rapport étatique en tant que membre de la société. La réflexion invite donc dans un premier temps à se demander s'il n'existe pas une antinomie entre le lien familial et le droit pénal. Les notions, qui seraient réciproquement exclusives l'une de l'autre, ne devraient pas être confrontées dans une perspective cumulative, mais opposées dans une dimension alternative. La jonction du lien familial et du droit pénal céderait alors la place au choix entre le lien familial ou le droit pénal et l'ordre public familial pourrait primer l'ordre public pénal dans le règlement des conflits familiaux.

23. - Ordre familial et ordre pénal. L'ordre familial peut agir comme puissance structurante de l'ordre pénal qui doit évoluer en suivant les principes d'une « législation sceptique »¹⁸⁹. La famille est par ailleurs bénéfique en elle-même quand elle « préserve les individus de tendances sociales égoïstes ou anomiques »¹⁹⁰ et lutte de ce fait contre l'absence

¹⁸⁵ H. BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 9 : la famille est en effet décrite comme une communauté ne répondant pas aux critères de la société puisqu'il est impossible de déterminer strictement chacun de ses membres et que le lien de famille ne possède pas la dimension collective du lien social. Or, « pour régler par les voies du droit les relations réciproques des membres de la famille, il faudrait que celle-ci constitue une société ».

¹⁸⁶ A. BÉNABENT, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 17, pp. 12-13.

¹⁸⁷ G. LEVASSEUR, « Les transformations du droit pénal concernant la vie familiale », in *Les réformes du droit de la famille, op. cit.*, p. 57.

¹⁸⁸ V. en ce sens les développements de J. CARBONNIER, « Préface », *art. préc.*, p. 2 : « [l]a famille est trop égoïste pour n'être pas antisociale, et la société ne peut pas ne pas s'irriter devant ces forteresses innombrables. Ceux qui, parmi nous, craignent pour la famille sont obsédés par le péril d'une désagrégation intérieure, au point de ne plus voir la menace qui monte de la société, c'est-à-dire, en style moderne, de l'État ».

¹⁸⁹ L'expression est empruntée à J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Éd. Defrénois, 2^e éd., 1979, p. 175 : la « législation sceptique » est pensée par l'auteur comme celle qui a renoncé à privilégier un schéma familial au détriment des autres et qui enregistre les changements dans leur diversité en se préoccupant de leurs effets sociaux. Le droit contemporain de la famille est à ce titre caractérisé par un pluralisme juridique qu'il est possible de retrouver dans la célèbre formule du juriste : « à chacun sa famille, à chacun son droit », utilisée dans le même essai.

¹⁹⁰ V. en ce sens les développements de B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille (...), op. cit.*, p. 164 à propos de la philosophie de É. DURKHEIM.

de normes, de valeurs ou d'intégration sociale. Dans une dynamique d'influence réciproque sécurisante, la famille servirait donc la cohérence du droit pénal. Dans le même temps, le droit pénal s'érigerait en protecteur du lien familial contre les atteintes internes et externes au cercle familial. Cette double influence participe au bon fonctionnement de la société. Le droit pénal ne semble donc pas outrepasser son rôle lorsqu'il intervient dans la sphère familiale pour réprimer l'atteinte à une valeur sociale fondamentale. Il doit cependant le faire en gardant à l'esprit la nécessité de préservation du lien de famille. Dans une optique de lutte contre la récidive et de réinsertion sociale, cette dernière doit, quant à elle, incontestablement intervenir dans l'application du droit pénal au stade du prononcé comme de l'application de la peine. Tout l'enjeu de l'intervention du droit pénal dans la famille résidera donc dans le fait de « trouver le meilleur compromis, le point optimal, entre la réalisation d'objectifs sociaux essentiels et une limitation de l'ingérence dans les familles, le respect de la liberté individuelle »¹⁹¹. L'intervention du droit répressif au sein du lien de famille doit donc être commandée par les impératifs de nécessité et de proportionnalité, et cesser chaque fois que la liberté individuelle peut être préservée. Ce retrait reste cependant délicat au sujet des infractions familiales qui sont naturellement propices à porter atteinte à la liberté de l'individu et doivent faire l'objet d'une considération particulière. L'étude du lien familial contemporain peut apporter des clefs d'explication essentielles à l'emploi actuel du droit pénal. L'examen de cette application au sein de la sphère familiale peut parallèlement apporter de nombreuses pistes de réflexion concernant la protection pénale de la famille. L'interventionnisme étatique au sein de la sphère privée semble cependant démontrer ses limites et la problématique des relations de pouvoir entre les sphères familiale et sociale ne paraît plus se poser en sens unique. En marge de constituer un sujet de la politique, la famille est devenu un réel objet du politique.

24. - La famille comme objet du politique. Le contrôle social a longtemps été analysé comme l'expression contraignante de la soumission de la sphère privée à la sphère publique. Pour le philosophe Michel FOUCAULT, la famille, genèse de l'autorité politique, disparaît donc comme « modèle de gouvernement » et devient un « instrument privilégié pour le gouvernement des populations »¹⁹². Les sociologues Jacques COMMAILLE et Claude MARTIN insistent ainsi sur les enjeux politiques de la famille et décrivent la « transformation du statut

¹⁹¹ J. COMMAILLE, « Présentation », *art. préc.*, spéc. p.13. V., dans le sens de l'idée de compromis, les développements de M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Famille, État et sécurité économique d'existence à la fin du XX^e siècle », Rapport de synthèse finale présenté au V^e Congrès mondial de l'Association internationale de Droit de la Famille, Bruxelles, 1985, p. 12 : « il y a dans l'équilibre du tout, entre le privé et le social, l'individuel et le collectif, la liberté et l'altérité, un difficile compromis à renégocier sans cesse ».

¹⁹² M. FOUCAULT, « La gouvernementalité », Leçon au Collège de France (1978), *Actes*, 1986, n° 54, p. 13 : l'espace familial est décrit comme devenant celui de l'incompétence et des faiblesses auxquelles il appartient à la société de remédier. Il n'est donc plus conçu comme un instrument naturel de la conservation de l'ordre social mais au contraire comme une instance dont les carences peuvent menacer cet objectif.

de la famille de sujet en objet du politique »¹⁹³. La politique pénale démontre donc un réel intérêt pour la préservation du lien familial qui s'assimile à celle du lien social, et participe de la prévention des infractions et de la récidive. Néanmoins, « la famille ne saurait être simplement conçue comme un objet passif, comme un ordre privé soumis sans réaction au pouvoir de l'État »¹⁹⁴. Elle ne peut indéniablement pas être regardée comme le réceptacle inerte de la domination étatique dont elle semble faire l'objet. L'assertion est encore plus forte quand il s'agit d'inverser le rapport et de penser « le contrôle social comme expression de la modernité »¹⁹⁵ en considérant la soumission de la sphère publique à la sphère privée, notamment lorsqu'elle s'adapte à l'évolution des mœurs. Le privé est à cet effet considéré comme « un élément moteur du changement social »¹⁹⁶. Il est cependant nécessaire de rester mesuré dans l'affirmation de la dépendance du public au privé. Le rapport de force entre les deux ordres ne doit pas être unilatéral¹⁹⁷. Il faut donc rester nuancé dans l'analyse de cette domination et ne pas tomber dans un schéma excessif et inopérant, qui élude la complexité des relations en présence. L'adaptation du droit répressif à l'évolution sociale ne témoigne au surplus pas forcément d'une subordination, mais peut tout aussi bien être le résultat d'une appropriation volontaire et choisie. Le droit pénal est alors susceptible de développer à l'égard de la famille un discours tant normatif, fondé sur la sanction, que tutélaire, fondé sur la protection. La conservation d'un ordre familial dans lequel la famille est considérée en tant que mythe harmonieux fondateur du politique participe alors directement de celle de l'ordre social¹⁹⁸. Cette relation s'avère envisageable au sein d'une « sociologie des régulations

¹⁹³ J. COMMAILLE et Cl. MARTIN, *Les enjeux politiques de la famille, op. cit.*, p. 33 : l'État moderne compense alors l'autonomisation de la sphère privée et l'autorité politique ne prolonge plus l'autorité familiale mais la contrôle. Cette intervention étatique se justifie quand la famille est considérée comme un rouage essentiel de la société et de sa structuration politique. Par la mise en place de politiques publiques familiales, l'État doit donc protéger la famille au nom d'un ordre social exigeant que les familles accomplissent leur fonction au service de la société. En ce sens, « la protection de l'État a pour justification l'existence de la famille et l'intérêt qu'elle représente pour la société ».

¹⁹⁴ J. COMMAILLE, « Ordre familial, ordre social, ordre légal – Éléments d'une sociologie politique de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 276.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 277.

¹⁹⁷ Le sociologue J. COMMAILLE précise à ce titre que « La prise en compte – ou la restauration – du privé dans les jeux de pouvoirs entre public et privé ne saurait pourtant conduire à la survalorisation de sa puissance souscrivant ainsi au schéma causal dans lequel la relation serait simplement inversée » et qu'il convient « de substituer un système complexe de causalités où l'ensemble des éléments concernés trouvent leur place et leur rôle dans les interactions multiples du jeu macro-social autour de la famille ». V. J. COMMAILLE, « Ordre familial, ordre social, ordre légal – Éléments d'une sociologie politique de la famille », *art. préc.*, spéc. pp. 278 et 285.

¹⁹⁸ V. not., pour une illustration de cette idée, les développements de J. COMMAILLE, « Ordre familial, ordre social, ordre légal – Éléments d'une sociologie politique de la famille », *art. préc.* : le sociologue précise à ce titre que « la famille, outre d'être constituée de sujets de droits dont les relations entre eux sont établies juridiquement, est une institution au sein de la société globale, elle en participe, elle remplit des fonctions sociales ; à ces titres elle intéresse toutes les forces à l'œuvre pour la préservation de l'ordre social et, en particulier, les pouvoirs politiques et l'État ».

sociales comme sociologie politique de la famille »¹⁹⁹ dans laquelle l'intervention étatique serait divisée entre « ordre imposé » à la famille et « ordre négocié » par la famille²⁰⁰. Dans une perspective systémique, la recherche de la coexistence pacifiée entre tous les membres de la communauté familiale et sociale doit donc aussi paradoxalement se faire à travers la protection de l'individu contre les atteintes internes et externes au cercle familial. Le philosophe Jean-Marc GHITTI insiste sur le fait que si la justice civile se donne le droit d'intervenir dans la sphère privée, la justice pénale peut difficilement rester passive, sous peine de devenir inopérante et vaine²⁰¹. La famille émerge en définitive comme élément essentiel de la conservation et de la perpétuation de l'ordre social. La rencontre entre le droit pénal et le lien familial s'avère en réalité non seulement inévitable, mais surtout indispensable. Par conséquent, la famille doit être l'objet d'une politique criminelle spécifique.

25. - Politique criminelle et politique pénale familiale. Largement entendu, le terme politique « s'emploie en diverses expressions dans le sens de ligne d'action, de direction imprimée à une action par le choix des objectifs et des moyens de celle-ci »²⁰². Dans le domaine criminel, la politique « correspondrait alors, d'une part, à l'analyse et à la compréhension d'une affaire particulière de la société : le phénomène criminel, d'autre part, à la mise en œuvre d'une stratégie pour répondre aux situations de délinquance ou de déviance »²⁰³. La politique criminelle consisterait donc en une étude analytique suivie d'une réponse étatique à la criminalité, considérée en tant que phénomène social particulier²⁰⁴. Le

¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 279 et 284 : cette sociologie des régulations sociales comme sociologie politique de la famille devrait pour l'auteur avoir pour mission de dévoiler « cette économie complexe du macro-social familial » au sein de laquelle la justice se trouve « écartelée » entre « la préservation des règles d'alliance et de parenté », de celles de l'ordre public et de la liberté des individus.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 283.

²⁰¹ J.-M. GHITTI, *L'État et les liens familiaux (...)*, *op. cit.*, p. 121 : l'auteur dénonce cependant le risque d'un déplacement systématique du conflit familial du civil vers le pénal, pouvant aboutir à une « pénalisation de la vie familiale » très préoccupante. L'intervention du pénal dans la vie familiale doit donc rester exceptionnelle et respecter les principes démocratiques et libertés individuelles, sous peine de favoriser « objectivement l'instauration, dans le système familial, de relations perverses extrêmement destructrices des liens ».

²⁰² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V^o « Politique », p. 772. La politique peut aussi être considéré comme ce qui « concerne l'organisation, l'exercice du pouvoir, le gouvernement des hommes, par un État, au sein d'une société organisée ». V. A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 1993, p. 453. Dans le sens plus étroit de *Policy*, la politique s'apparente à la politique publique et désigne un programme concret appliqué dans un domaine spécifique, à l'image de la politique de la famille ou de la politique criminelle.

²⁰³ Chr. LAZERGES, *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan, coll. « Traité de sciences criminelles », 2000, p. 7.

²⁰⁴ Selon le concept de *Kriminalpolitik* développé par le pénaliste et philosophe allemand Ludwig FEUERBACH, la politique criminelle peut en ce sens être résumée à « l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'État réagit contre le crime ». V. M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 13 : la *kriminalpolitik* de FEUERBACH y est décrite comme une politique répressive fondée sur la théorie et la pratique du système pénal. La politique criminelle peut, plus précisément, relever de « l'ensemble des objectifs que l'État poursuit devant le phénomène de la criminalité, des moyens qu'il met en œuvre à ces fins et, à la racine, des

droit pénal ne constitue à ce titre que l'un des moyens d'action de la politique criminelle, qui fait partie de l'ensemble plus large des politiques de sécurité et des processus de contrôle social. La politique qui le gouverne se distingue donc du droit pénal pur²⁰⁵. La politique pénale se différencie dans le même temps de la politique criminelle qui constitue l'ensemble plus large dans lequel elle est intégrée. Dans une vision élargie, la politique criminelle peut en effet être regardée comme « la réaction organisée et délibérée de la collectivité contre les activités délictueuses, déviantes ou antisociales »²⁰⁶. Le droit pénal ne constitue donc en réalité que le « noyau le plus dur »²⁰⁷ d'une politique sociale plus générale englobant les réponses de toute nature au phénomène du crime. La politique criminelle qui englobe la politique pénale est donc tournée vers l'avenir et a une vocation réflexive et prospective. Elle traite en ce sens « non de ce qui est, mais de ce qui doit être, de ce qu'il est opportun de faire »²⁰⁸. Si le concept de politique criminelle semble en effet avoir été forgé selon une vision étroite qui tend à la confondre avec la réaction répressive contre le crime, sa définition a été l'objet d'une extension considérable. Elle englobe désormais tant ce qui a trait à la prévention et à la répression, aux peines et aux mesures de sûreté, aux objectifs de rétribution de la faute, d'amendement du coupable ou de protection de la société, qu'aux pratiques policière, judiciaire, administrative et sociale²⁰⁹. Face à cette pluralité de composantes, le criminologue Raymond GASSIN pose une définition complexe de la politique criminelle : « criminologie appliquée pour certains, volet des politiques publiques pour d'autres, la politique criminelle est d'une part réflexion sur le phénomène criminel, d'autre part stratégie juridique et sociale, préventive et répressive, pour répondre avec pertinence, dans le respect des droits de l'homme, aux problèmes posés à toute société par le phénomène criminel, entendu comme l'ensemble des comportements de déviance et de délinquance »²¹⁰. Le droit pénal, « de plus en plus sollicité pour résoudre des problèmes d'une société qui n'a guère d'autre repère pour distinguer le bien du mal »²¹¹, fait actuellement l'objet d'un « retour spectaculaire dans la

raisons de mesurer la part de chaque type de réaction sociale ». V. Chr. LAZERGES, *Introduction à la politique criminelle, op. cit.*, p. 7.

²⁰⁵ Elle se distingue de ce fait dans le même temps de la philosophie pénale, qui peut être vue comme une « spéculation théorique sur les fondements de la justice pénale » et qui n'empreinte donc pas de caractère pratique. V. en ce sens les développements de R. GASSIN, « Politique criminelle », in G. LOPEZ et S. TZITZIS, *Dictionnaire des sciences criminelles*, Dalloz, 2007, p. 716.

²⁰⁶ M. ANCEL, « Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle », *Arch. pol. crim.*, 1975, p. 15.

²⁰⁷ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle, op. cit.*, p. 13.

²⁰⁸ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, n^o 17.

²⁰⁹ Pour une description détaillée de cette évolution, v. R. GASSIN, « Politique criminelle », *art. préc.*

²¹⁰ *Ibid.*, quatrième de couverture.

²¹¹ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle, op. cit.*, p. 3 : l'auteur décrit un sentiment de perplexité face aux contradictions d'ordre politique et juridique qui traversent le droit pénal.

sphère politique »²¹². Ce mouvement se caractérise par un effet général de retour au droit et de pénalisation de la société²¹³. La métamorphose actuelle du droit pénal ordonne alors une « politique criminelle à stratégie diversifiée »²¹⁴ adaptable aux différents types de criminalité contre lesquels elle a pour objectif de lutter et entendue comme « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel »²¹⁵.

La politique criminelle de la famille peut donc se rapporter à la criminologie de la famille appliquée, qui a pour objet d'étude les moyens de lutte les plus efficaces contre la délinquance familiale à l'aide de la mise en œuvre pratique des connaissances scientifiques sur ce type particulier de criminalité. Elle peut tout aussi bien concerner l'expression d'une politique publique considérée comme un « phénomène social et politique spécifique, empiriquement fondé et analytiquement construit »²¹⁶ ou comme « la capacité qu'ont les systèmes publics à gérer des demandes et des problèmes publics, et à fabriquer du politique : *policy matters* »²¹⁷. La politique criminelle peut par conséquent être rapprochée de la notion de régulation sociale familiale, entendue comme l'ensemble des procédés mis en œuvre par la société dans le dessein spécifique de lutter contre les infractions familiales. La politique criminelle de la famille s'apparente alors clairement à la notion de « contrôle social du crime »²¹⁸ familial. En marge d'être considéré comme problème public, le crime existe aussi comme phénomène social normal²¹⁹ pour l'appréhension duquel la mise en place d'une politique criminelle familiale apparaît comme une réponse logique. En tant que conséquence

²¹² D. SALAS, « L'éthique politique à l'épreuve du droit pénal », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, RSC, 2000, p. 163.

²¹³ V. en ce sens les propos de A. GARAPON et D. SALAS, *La République pénalisée*, Hachette, coll. « Questions de société », 1996, pp. 11-12.

²¹⁴ V. à ce titre les développements de M. ANCEL, *La défense sociale*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1985, pp. 35 et 112 : un « examen pluridisciplinaire et pluridimensionnel du phénomène criminel » est en ce sens nécessaire à l'établissement d'une « stratégie diversifiée à l'égard des différents comportements contre lesquels elle entend réagir ».

²¹⁵ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, *op. cit.*, p. 13.

²¹⁶ J.-Cl. THOENIG, *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, coll. « Références – Gouvernances », 4^e éd., 2014, p. 420 : « Le concept désigne les interventions d'une autorité investie de puissance publique et de légitimité gouvernementale sur un domaine spécifique de la société ou du territoire. ». À cet effet, « les politiques publiques véhiculent des contenus, se traduisent par des prestations et génèrent des effets. Elles mobilisent des activités et des processus de travail. Elles se déploient à travers des relations avec d'autres acteurs sociaux collectifs ou individuels ».

²¹⁷ *Ibid.*, p. 333.

²¹⁸ V. en ce sens M. CUSSON, *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983.

²¹⁹ Voir en ce sens les propos de É. DURKHEIM, « Le crime, phénomène normal », *art. préc.* : le sociologue décrit le crime comme un fait pathologique mais normal car universel et intemporel. Il n'existe donc pas de société sans criminalité et le crime, inévitable, constituerait à ce titre un facteur de santé publique et une résultante du caractère sain de la société. Une société ne peut donc être exempte de criminalité et l'existence de l'une suppose celle de l'autre : « Le crime est donc nécessaire : il est lié aux conditions fondamentales de toute vie sociale, mais, par cela même, il est utile ; car ces conditions dont il est solidaire sont elles-mêmes indispensables à l'évolution normale de la morale et du droit. ». Le criminel existe alors comme « agent régulier de la vie sociale » et la peine ne doit plus être considérée comme le remède à apporter à une supposée maladie.

de la présence du crime comme phénomène social normal et inévitable, la politique criminelle familiale apparaît non seulement nécessaire mais surtout obligatoire. Puisqu'elle intervient dans le domaine sensible de la sphère familiale, elle devra en outre revêtir une dimension thérapeutique, en plus de sa dimension punitive classique²²⁰. En définitive, cette régulation de la famille par le droit pénal peut se concevoir comme une analyse théorique des phénomènes de criminalité familiale, couplée à une réaction étatique pratique destinée à prévenir et à réprimer de façon spécifique les infractions considérées comme familiales. La politique pénale familiale existerait donc comme moyen de mise en œuvre pratique des idéologies poursuivies par la politique criminelle de la famille. Si la perspective est renversée, la famille intéresse le droit pénal « dans la mesure où elle constitue un révélateur privilégié du politique et de ses mutations »²²¹. La préservation du lien familial doit donc, tant que possible, être au centre de l'application de la politique criminelle familiale, et doit être considérée comme son enjeu majeur afin que la préservation de l'ordre social puisse encore passer par une structure familiale en mutation. Afin de ne pas tomber dans une idéologie excessive du maintien du lien, il sera parfois nécessaire de regarder sa rupture comme bénéfique et de mettre le droit en adéquation avec le fait lorsque le lien est purement fictif. La politique pénale familiale actuelle se révèle cependant inefficace, voire nocive, et il est nécessaire et urgent de restaurer le lien familial comme objet primordial de politique tant pénale que criminelle, en ce qu'il s'assimile au lien social, et participe de la prévention des infractions. Il convient de restaurer, à travers lui, la famille comme un ensemble digne d'une protection pénale spécifique, effective et cohérente. La stabilité familiale appelle en effet la stabilité sociale. La politique pénale familiale existe comme politique publique criminelle originale ayant pour dessein principal le maintien des liens familiaux et un traitement adapté à la particularité des infractions familiales²²². Elle a pour objet la lutte contre la criminalité familiale et peut en ce sens être considérée par la négative comme « politique anti-criminelle »²²³. Dans cette perspective, les modalités d'intervention du juge répressif au sein de la famille, ainsi que les sanctions qu'il prononce, doivent être repensées à la lumière de la spécificité du lien familial,

²²⁰ V. spécifiquement ici la typologie traditionnelle de HULSMAN qui repose sur le critère de la nature et du contenu de la réaction sociale contre la délinquance et qui distingue en outre le modèle punitif du modèle thérapeutique.

²²¹ J. COMMAILLE et Cl. MARTIN, *Les enjeux politiques de la famille*, op. cit., p. 9 : les sociologues développent l'hypothèse selon laquelle la crise de la démocratie s'observe également dans les façons dont s'établit et fonctionne la vie privée des individus et dans les problèmes qu'ils rencontrent. La famille est donc vue comme une forme d'organisation de la vie privée qui est « susceptible de porter en même temps une certaine conception de l'ordre social et de ce que devrait être l'ordre politique ».

²²² *Ibid.*, p. 11. La famille et ses liens sont en effet trop souvent considérés comme un simple moyen : « Il est vrai que le politique lui-même se trouve souvent écartelé entre des référentiels d'action publique contradictoires ; victime de ses vieux démons, il en vient à faire de la question de la vie privée des citoyens moins une fin qu'un moyen au service de ses intérêts propres ».

²²³ L'expression est empruntée à M.-L. RASSAT, *Pour une politique anti-criminelle du bon sens*, La Table Ronde, coll. « Les idées de la liberté », 1983.

par le développement d'une approche critique aboutissant à la restauration d'une politique pénale familiale prenant en compte la réalité des nouvelles formes familiales, et les nouveaux enjeux sociaux et sociétaux auxquels le droit pénal doit s'adapter. Il est donc nécessaire de rendre la justice pénale familiale à la lumière de critères renouvelés. La confrontation des facteurs répressifs et familiaux est une chose complexe et délicate. Cette extrême difficulté due à l'imbrication de désirs opposés ne doit cependant pas être source de conflits. Une politique pénale cohérente et autonome doit surgir de leur confluence. L'idée d'une politique criminelle respectueuse du lien familial n'est pas antithétique et il est possible, à partir de questionnements sociologiques contestataires sur la légitimité du droit pénal actuel et de son application, de créer un système de justice pénale familiale stable dans l'ordre politique et économique présent. L'efficacité d'une politique criminelle ne se résume cependant pas toujours à l'intervention positive du droit pénal, et peut se concrétiser en son absence d'application dans certains cas spécifiques, à l'image de la situation familiale. Le membre de la famille doit donc être à la fois protégé par et contre le droit répressif. Avant d'identifier les infractions familiales, il convient alors de se demander si le lien de famille peut constituer une valeur sociale à part entière ou s'il est toujours lié à une valeur accessoire.

26. - Le Lien familial comme valeur sociale²²⁴ ? La valeur sociale est entendue comme un concept définissant les convictions majoritaires d'une société à un moment donné. Les valeurs sont constituées en système et engendrent des règles de comportement social dont la transgression peut être sanctionnée. Le droit répressif matérialise la réaction sociale contre le phénomène criminel, et a pour objectif d'asseoir les valeurs sociales considérées comme fondamentales par la société dans laquelle il existe²²⁵. Ces dernières seraient à ce titre primordiales lorsqu'elles constituent des « bienfaits reconnus comme principe de la vie en société » et sont considérées comme « communes par ceux qui, ensemble, s'en réclament, comme bases de leurs relations »²²⁶. Un certain nombre de valeurs, au titre desquelles figure

²²⁴ Au titre de l'axiologie, entendue comme la théorie ou la science des valeurs, le terme de valeur revêt plusieurs acceptions. Il peut tout d'abord recouvrir l'estimation objective et quantitative d'une chose. Il peut ensuite se rapporter à ce qui est subjectivement et qualitativement estimable et considéré comme bon. Les valeurs morales n'ont donc pas de prix et n'existent que « pour et par le désir ». V. en ce sens les développements de A. COMTE-SPONVILLE, *Dictionnaire philosophique, op. cit.*, V^o « Valeur », pp. 1034 et s. Le philosophe propose de distinguer « ce qui a une valeur » de « ce qui est une valeur » et ne peut être ni quantifié ni échangé car possédant une dignité. La valeur morale n'est pas absolue et revêt par essence un caractère subjectif et relatif. S'il peut être personnel ou individuel, le désir conduisant à la valeur peut aussi être partagé. La valeur qui n'est pas absolue en elle-même peut alors aller vers ce caractère et devenir commune quand elle est désirée et recherchée par l'ensemble du corps social. La valeur serait donc ici un idéal à atteindre, représentant les convictions partagées par une majorité d'individus dans un système donné. De personnelle, elle peut donc devenir culturelle.

²²⁵ V. B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n^o 17 et s., pp. 13 et s.

²²⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V^o « Valeur », 1^{re} acception, p. 1060.

notamment la famille, ont par ailleurs pu être qualifiées d'universelles²²⁷. La famille pourrait alors en ce sens être aisément reconnue comme une valeur sociale susceptible d'être protégée par le droit pénal²²⁸. L'affirmation est cependant plus délicate en ce qui concerne le lien familial juridique qui en découle. Il n'est en effet pas certain que ce dernier puisse constituer une valeur sociale à part entière, pouvant à ce titre exclusivement fonder la création d'infractions et la mise en œuvre de la répression. L'objet de cette étude consistera donc en partie à déterminer en quoi le lien issu de la famille peut constituer une valeur sociale à part entière, pénalement appréhendée par des infractions familiales qui ont pour objet spécifique sa protection. Quoi qu'il en soit, la valeur sociale familiale protégée par le droit pénal ne saurait se confondre avec la morale familiale²²⁹. Le droit répressif, qui ne recouvre plus de rôles pédagogique ou moralisateur, s'est en effet totalement émancipé de l'assise des mœurs²³⁰. Sa valeur originelle moralisatrice est donc en constante régression « au profit d'une conception plus utilitariste »²³¹. Si la morale familiale semble parfois transcrite par le droit répressif, cela résulte toujours d'un choix autonome du législateur pénal. Le lien familial mis en perspective avec le droit pénal par cette recherche se veut donc exclusif de la notion de mœurs, et la politique pénale familiale qui s'y rapporte ne prend pas de visage directeur. L'apposition du

²²⁷ Le sociologue S. SCHWARTZ inclut à ce titre la famille dans sa théorie des valeurs universelles qu'il considère comme les valeurs de base ou domaines motivationnels que les individus reconnaissent comme telles dans toutes les cultures de l'humanité. Dans un sens contraire, le sociologue L. BOLTANSKI considère qu'il n'existe pas de valeurs universelles, mais des systèmes de valeurs disjoints et indépendamment mobilisables les uns des autres selon les situations.

²²⁸ Sur la famille en tant que valeur sociale v. not. L. BROCARD, « Le rôle de la famille dans l'économie nationale », *art. préc.*, spéc. p. 294 : la valeur sociale de la famille résiderait dans un ensemble de sentiments supérieurs « d'attachement mutuel, d'abnégation et de dévouement à l'œuvre commune » qui nous transforment en « être sociaux » ; D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 14, p. 57 : « la famille constitue en elle-même, en tant que mode d'organisation sociale, une valeur sociale digne d'être protégée par le droit pénal ».

²²⁹ V. not. en ce sens les propos de H. MAZEAUD, « La règle morale et la règle de droit », *Cours de droit civil*, 1954-1955 : « La règle de morale a pour but de nous dire ce qui est juste, et aussi ce qui doit être fait par chacun de nous au-delà de la justice, sur le terrain de la charité. La règle de droit, elle, a pour but à la fois d'obliger à respecter ce qui est juste, sans pouvoir dépasser la justice, et de nous donner la sécurité. ».

²³⁰ L'intervention étatique jadis axée sur les mœurs et la répression des choix individuels s'est en effet déplacée sur les effets sociaux de ces choix et leurs conséquences en termes d'atteinte au lien de famille. Le propos est cependant à nuancer puisqu'il est possible d'observer un certain retour des mœurs au travers de la création de nouvelles peines à vocation responsabilisante, à l'image du stage de citoyenneté parentale. L'émancipation n'est en ce sens pas totale et certaines applications pratiques, par lesquelles le législateur illustre une conception majoritaire de la morale familiale, contreviennent à l'abandon théorique et généralisé des mœurs par le droit pénal.

²³¹ Le doyen MAISTRE DU CHAMBON développe ainsi de façon annonciatrice en 1980, dans sa thèse de doctorat portant sur « les aspects modernes de l'obligation de faire en droit pénal, civil et judiciaire », le passage d'un droit pénal moralisateur ayant pour préoccupation première la préservation de l'ordre social, à un droit pénal utilitaire et planificateur fondé sur une sanction pénale subissant « de profonds changements » et devenant « un moyen de pression à l'appui d'obligations dont les caractères sont étrangers au droit pénal ». Transposée aux temps présents, l'assertion revêt alors encore plus de légitimité dans la mesure où ce nouveau rôle du droit pénal n'est plus contesté mais reste contestable, en particulier quand il a pour objet la sanction d'obligations familiales purement privées. V. P. MAISTRE DU CHAMBON, *Les aspects modernes de l'obligation de faire en droit pénal, civil et judiciaire*, Thèse, Grenoble II, 1980.

lien familial comme l'unique valeur protégée par l'infraction familiale ne s'accorderait pas avec son existence en tant que circonstance aggravante d'infractions de droit commun. Ces dernières existent en effet dans le but de protéger une ou plusieurs valeurs spécifiques extérieures à la famille et au lien familial. L'érection du lien familial en valeur sociale spécifique constituant le critère de définition de l'infraction familiale reviendrait donc à retirer l'ensemble des infractions aggravées du domaine des infractions familiales. Les infractions familiales sont donc des infractions à valeur sociale plurale. Le lien familial doit alors la plupart du temps être considéré comme une valeur sociale accessoire qui constitue une cause d'aggravation de la valeur sociale principale protégée par l'infraction de droit commun. Bien qu'il soit toujours présent dans une infraction dite familiale, le lien familial ne semble donc pas pouvoir être considéré comme une valeur sociale sur laquelle il est possible de réfléchir indépendamment des autres valeurs.

27. - De l'usage pénal du lien. En pénalisant un comportement qui inclut une atteinte au lien familial, le législateur opère un choix issu d'une gradation entre plusieurs valeurs sociales. Que ce choix revienne à réprimer ou non, il doit cependant rester cohérent et fidèle aux principes fondamentaux du droit pénal. La relation entre la famille et le droit pénal doit rester pacifique pour garantir le bon fonctionnement de l'institution sociale. Cette interpénétration positive peut en effet rapidement devenir négative quand les valeurs et les principes fondamentaux défendus par l'application des politiques pénales sont transfigurés. Le droit pénal, mécanisme régulateur de l'institution sociale, peut vite devenir agent de dérégulation si, irrégulier et fondé sur le sentimentalisme, il n'intervient plus dans le respect de ses principes fondamentaux. Les effets délétères d'une sanction utilitaire et sentimentale sont de surcroît exacerbés quand ils concernent le champ délicat et particulier de la famille, lui-même imprégné de l'affect. Le domaine de l'affect est en effet très difficile à appréhender par une matière théoriquement fondée sur des objectifs d'égalité et de neutralité. Les états d'âme du droit de la famille sont en effet difficilement conciliables avec l'arme d'État que constitue le droit pénal. Si ce dernier doit néanmoins savoir s'adapter aux situations particulières pour rétablir l'égalité, la conduite des sentiments n'entre pas dans son rôle primitif. Le droit pénal, conscient de son incapacité à appréhender le domaine de l'affect, opte plus volontairement pour une vision utilitariste du lien de famille. Il n'hésite d'ailleurs pas à diversifier l'étendue de sa protection en fonction du type de lien auquel il est confronté. Le constat est en effet celui de l'affaiblissement de la protection pénale du lien de couple au profit de celle, encore insuffisante, de l'enfant qui transparaît derrière celle du lien de filiation. Plus que par sa qualité de membre d'une famille, l'enfant semble alors désormais protégé en tant qu'individu particulièrement vulnérable. Il est alors possible de se demander si, à l'image

du droit de la famille, le droit pénal n'est pas lui aussi devenu « pédocentrique »²³². Plus le lien est fragile et affectif, et moins il semble demeurer le fondement d'une protection. Dans l'esprit d'un protectionnisme étatique, parfois dénoncé comme outrancier, envers des individus paradoxalement eux-mêmes en demande de subordination²³³, le droit pénal semble intervenir de façon excessive. Dans un contexte de publicisation d'un droit privé désormais gouverné par l'individualisme, « certaines transformations du droit familial sont de ce point de vue exemplaires pour illustrer la constante immixtion des pouvoirs publics dans les rapports privés afin de faire coller le droit au fait »²³⁴. À noter que cet interventionnisme peut cependant être considéré comme promoteur d'individualisme en ce qu'il permet un certain relâchement des liens²³⁵. Le rôle de l'individualisme dans la crise de la famille passerait dans cet esprit du statut de cause à celui de remède. La politique pénale familiale pourrait alors œuvrer pour la promotion de l'individu et donner une dimension collective à l'individualisme, pour révéler à terme son statut d'acteur de la sortie de la crise. Au sein de cet ensemble baigné de contradictions, il devrait alors parfois rester subsidiaire²³⁶ et n'intervenir que suite au

²³² En référence à la formule utilisée par le doyen CARBONNIER pour caractériser le droit de la famille contemporain posant l'intérêt de l'enfant comme « formule magique ». V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, T. 1, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 409, p. 833.

²³³ V. en ce sens le parallèle avec É. DE LA BOÉTIE, *Discours de la servitude volontaire* (1549), Flammarion, 1993 : le poète, qui se pose comme un des premiers théoriciens de la désobéissance civile, s'interroge sur le rapport « domination-servitude » existant entre une population et une autorité. Il pose donc la question de la légitimité de cette dernière et des raisons menant le peuple à s'y soumettre. La principale cause de servitude évoquée par l'écrivain tient en l'habitude consentie des individus à la domination. Il faut donc connaître la liberté pour sortir de l'habitude et de la domination. Si la condamnation de la tyrannie et le réquisitoire contre l'absolutisme de l'époque sont clairement anachroniques, la thèse revêt toujours un grand intérêt dans la réflexion libertaire sur le principe d'autorité ; V. aussi les développements de P. MAISTRE DU CHAMBON, *Les aspects modernes de l'obligation de faire en droit pénal, civil et judiciaire*, *op. cit.*, p. 8 : « [c]'est en effet, un fait incontestable que de constater que la demande constante des particuliers se tournant sans cesse vers l'État-providence, trouve sa contrepartie dans une subordination croissante des individus envers l'État ». Le contexte contemporain appelle alors à confirmer la proposition avec ferveur dans la mesure où l'excès de détresse économique et sociale exacerbe la demande de domination. L'auteur dénonce par la suite la « rationalisation des comportements individuels par les pouvoirs publics » lorsque l'obligation imposée et sanctionnée a pour dessein de « conditionner l'individu pour le fondre dans un moule homogène rassurant, le tout prenant pour alibi une notion d'intérêt social mal défini qui, porté par quelques idées se voulant novatrices, entraîne le droit dans le domaine de l'incertitude et de l'arbitraire ». La régulation des comportements familiaux par un droit criminel « érigé en instrument d'utilité collective » peut en ce sens apparaître dangereuse pour les libertés individuelles.

²³⁴ P. MAISTRE DU CHAMBON, *Les aspects modernes de l'obligation de faire en droit pénal, civil et judiciaire*, *op. cit.*, p. 15 : l'auteur précise au surplus que « les principes dégagés sont d'ailleurs souvent contradictoires » à l'image du « renforcement des obligations découlant du lien matrimonial au moment même où l'on remet en cause l'institution elle-même ». L'assertion revêt encore plus d'intérêt à l'heure de l'essor des libertés individuelles et de la contractualisation de l'institution matrimoniale.

²³⁵ Le sociologue Fr. DE SINGLY, *Le lien familial en crise*, *op. cit.*, p. 50 considère à ce titre que « l'État-providence, c'est la possibilité pour un plus grand nombre d'individus de relâcher un certain nombre de liens ». Des politiques de renfort de l'individu fragilisé sont donc nécessaires pour sortir de la crise.

²³⁶ Sur le caractère subsidiaire du droit en général, v. la philosophie politique et juridique kantienne qui soutient le principe de l'intervention minimale de l'État dans la vie des individus et celui de la recherche d'une paix universelle et durable. Une des principales fonctions de l'État est donc négative et il doit donc « intervenir le moins possible dans la vie sociale afin de préserver le maximum de liberté pour chaque individu, qui soit également compatible avec la liberté des autres ». V. Ch. DEBUYST, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*,

constat de l'échec de la protection familiale, civile ou sociale. Il est donc nécessaire de trouver le juste milieu entre « l'individualisme matérialiste » et « l'étatisme dictatorial qui désire user et abuser de la famille comme simple moyen d'atteindre ses fins »²³⁷. Le rapport entre le droit pénal et le droit de la famille, peut donc tout autant relever de « liaisons fructueuses »²³⁸ que se manifester par des « liaisons dangereuses »²³⁹.

28. - L'appréhension pénale de la notion de lien familial. Le principe et la nécessité de la rencontre entre le droit pénal et la famille ayant été démontrés, il convient désormais de s'interroger sur la façon dont le droit pénal réagit à la présence du lien familial et sur les implications de cette réaction en matière de conception du lien familial appréhendé par le droit pénal. L'existence d'un lien de famille va-t-elle conduire les règles traditionnelles du droit pénal à s'adapter, ou afficher leur indifférence ? Si une adaptation existe, peut-elle alors être révélatrice d'une conception autonome du lien familial en droit pénal ? Cette conception spécifique peut-elle en dernier lieu constituer l'assise d'une théorie du lien familial pénal englobant une classification précise et cohérente des infractions familiales et induisant un traitement procédural particulier ? Si une définition pénale spécifique du lien familial existe, elle sera à déduire de la façon dont il est pris en compte par ce droit et ne préexiste pas à son application. Étant donné l'importance de la dimension procédurale que revêt la protection pénale du lien familial, se cantonner à la stricte analyse du droit pénal de fond serait par ailleurs trop réducteur et inapte à rendre compte de la réalité de la problématique contemporaine de l'insertion du droit pénal dans le lien familial.

29. - Le lien familial pénal comme concept autonome. L'affirmation de la fonction répressive du droit pénal l'a conduit à s'émanciper des concepts extrapénaux qui constituaient une entrave à la satisfaction de ses finalités. Dans sa perspective créatrice et normative, le droit pénal est hermétique au concept de lien familial utilisé par le droit civil de la famille. Ce dernier délimite en effet classiquement le lien de famille, fondé sur la différence de génération et de sexe, en lien électif de couple et en lien contraint de filiation ou de parenté, et a une vision claire et unitaire de son contenu personnel et obligationnel. À l'inverse, le droit pénal

op. cit., pp. 153-154. Ce principe revêt donc une dimension critique en matière pénale où l'intervention étatique revient à distribuer un « bien négatif » (selon une expression empruntée à F. SACK) comprenant la peine et un statut social stigmatisé. Nous retrouvons ici le principe de la « dernière instance » ou de l'*ultima ratio*.

²³⁷ A. BERISTAIN, « Protection pénale de la famille – Motifs et limites de l'incrimination d'abandon de famille », *RDPC*, 1967, n° 8, p. 770.

²³⁸ L'expression est empruntée à D. MAZEAUD, « Droit pénal et droit des contrats (les liaisons fructueuses) », in *Droit pénal et autres branches du droit (...)*, *op. cit.*, p. 101.

²³⁹ C. POMART-NOMDÉDÉO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. fam.*, 2010, n° 9, chron. 20, p. 9 : la pénalisation à outrance de la famille est dénoncée comme pouvant mener à la création d'infractions au mieux inutiles et au pire dangereuses pour le justiciable et pour la crédibilité et la cohérence du système juridique pénal dans son ensemble.

considère le lien familial comme un concept autonome et protéiforme, modelable au gré des nécessités de la répression. La conception du lien familial pénal relève donc de la casuistique et de la pluralité, et le droit pénal fait le choix assumé d'une conception utilitariste et opportuniste du lien familial. Le caractère protéiforme du lien en droit pénal peut d'ailleurs être considéré comme la résultante de la nature de ce lien²⁴⁰. Tout essai de systématisation de la prise en compte juridique du lien familial est donc décourageant puisque le lien sera chaque fois interprété en fonction de l'esprit de la matière qui l'utilise. Afin d'inscrire le lien familial dans sa logique répressive, le droit pénal a dû lui octroyer une fin pénale et travestir son acception civiliste. L'utilité répressive est le principe premier de la prise en compte du lien familial par le droit pénal. Cette autonomie conceptuelle est parfaitement décrite par le professeur GOUTAL : « le même vocable recouvre deux concepts complètement différents, et c'est bien l'originalité de la norme pénale que de rechercher, à travers son propre concept, la protection d'un intérêt propre »²⁴¹. Il est donc fait état d'une norme pénale originale qui détermine l'étendue du concept selon ses considérations propres. Cette liberté, met alors en évidence le « réalisme et [le] subjectivisme du droit pénal, qui répugne au formalisme du droit civil et doit garder à l'égard de celui-ci autonomie et indépendance »²⁴². « Droit de répression et de défense sociale »²⁴³, le droit pénal, naturellement réaliste, s'attache à prendre en compte des situations factuelles. Le lien familial pénal s'apparente alors davantage à un lien de fait à géométrie variable qu'à un lien de droit strictement défini. Le lien familial pénal n'est donc pas à mettre en parallèle avec le lien familial civil, du fait qu'il ne s'agit tout simplement pas du même objet. Il existe donc de façon autonome et n'est pas un lien familial civil adapté ou transfiguré. Toujours identique, mais chaque fois différent, le lien familial pénal existe donc comme un concept qui se transforme à la mesure du but de la répression. En adoptant une conception autonome et variable du lien familial face à sa conception civile, le droit pénal assoit son autonomie. Lorsqu'il s'attache à la fois aux dimensions juridiques et factuelles du lien et fait cohabiter la famille charnelle à la « famille spirituelle »²⁴⁴, le droit pénal spécial de la famille prend en réalité le visage d'un droit pénal des proches. Le professeur STÉFANI écrivait à propos de l'autonomie que « la défense de la société contre le crime, qui en justifie

²⁴⁰ V. pour la nature multiforme du lien familial les développements de A. DONVAL, « Point de vue d'un psychosociologue », *art. préc.* : « Plus qu'un lien unique et homogène il est un entrecroisement de liaisons multiples qui marquent le sujet humain du dedans et du dehors, inséparablement : lien sexuel et affectif, lien matériel et génétique, lien juridique et spirituel, lien psychique et lien social ».

²⁴¹ J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *art. préc.*

²⁴² R. VOUIN, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 22.

²⁴³ M. ANCEL, « Commentaires sur G. STÉFANI, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* », *RIDC*, 1956, vol. 8, n° 3, p. 502 : le droit pénal exprime à ce titre « la réaction de la société en présence d'un fait criminel ».

²⁴⁴ R. LINDON, « La famille accordéon », *JCP G*, 1965, I, n° 1965, p. 57 : l'auteur expose la variété des contours pouvant être donnés à la famille dans diverses institutions et oppose notamment la famille spirituelle fondée sur l'affection et le dévouement à une famille fondée sur la parenté ou l'alliance.

légalement l'existence, en détermine aussi l'étendue et en trace les limites»²⁴⁵. Loin de constituer un mythe, l'autonomie du droit pénal, confrontée au lien familial, transparaît alors comme une réalité²⁴⁶ et semble embrasser le domaine du flux ou de la métamorphose²⁴⁷. L'autonomie répressive du droit pénal s'affirme alors pleinement à travers la façon dont il appréhende le concept de lien familial. Tel que défini précédemment, le lien familial en droit pénal est considéré comme un concept autonome et protéiforme qui évolue au gré des nécessités répressives. Le lien familial existe à ce titre comme un objet du droit pénal, à partir duquel il est possible d'envisager une théorie du lien familial pénal.

30. - Lien familial en droit pénal, dimension prospective. Si, traditionnellement en droit pénal, « les objets qui s'offrent aux constructions théoriques sont peu nombreux »²⁴⁸, le lien familial semble faire figure d'exception. Il peut de ce fait être affirmé que « le propre des disciplines hybrides, précisément parce qu'elles échappent aux classifications préétablies, est d'assurer une fonction d'ouverture, en montrant les limites des classifications préexistantes, tenues pour définitives, et une fonction dynamique d'appel à l'innovation, car leur situation, au carrefour de plusieurs disciplines, révèle les contradictions, moins visibles si l'on se tient d'un côté seulement »²⁴⁹. Le processus de conceptualisation n'est donc pas forcément incompatible avec la matière criminelle et s'avère même nécessaire à sa compréhension et à son évolution. L'abstraction nécessaire à la conceptualisation ne s'oppose en outre pas au caractère concret du droit et peut relever du réel²⁵⁰. Elle se montre du reste indispensable, tant l'application concrète du droit répressif nécessite au préalable la rationalisation des grands

²⁴⁵ G. STÉFANI, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, op. cit., p. 12.

²⁴⁶ V. en ce sens les développements de Fr. ALT-MAES, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? », *RSC*, 1987, p. 347 : la nouvelle détermination des frontières d'un droit pénal davantage orienté vers la réparation et la protection des victimes engendrerait un recul de son autonomie en ce qui concerne la victime. L'autonomie serait à l'inverse toujours présente quant au délinquant et à sa sanction.

²⁴⁷ J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *art. préc.* : le reflux de certains cas d'autonomie du droit pénal est décrit comme un paradoxe à une époque où le droit pénal intervient de plus en plus dans les relations individuelles privées. L'autonomie, qui ne doit pas être confondue avec les notions d'originalité ou de suprématie du droit pénal, paraît alors être l'objet d'une métamorphose la faisant passer du statut de l'absurde à celui du raisonnable. *Contra*, v. G. STÉFANI, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, op. cit., 1956. L'autonomie apparaît en tout état de cause comme une nécessité répressive et relève de l'unité issue du pouvoir normatif original du droit pénal qui en fait une règle de droit. L'autonomie qui a donc été découverte comme un fait jurisprudentiel a été transformée en droit. La relation entre le droit pénal et le lien familial apparaît alors actuellement en ce sens comme un rapport fondé sur une autonomie conceptuelle de droit.

²⁴⁸ J.-H. ROBERT, « Discours sur l'état du droit pénal », *art. préc.*

²⁴⁹ M. DELMAS-MARTY, « Les contradictions du droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 3.

²⁵⁰ J. HÉRON rappelait très justement à propos du processus d'abstraction que « l'abstrait n'est pas l'irréel : l'opération d'abstraire s'effectue à partir d'un objet réel, de sorte que son résultat n'appartient pas moins à la réalité que l'objet concret qui est à son origine ». Il tempère cependant son affirmation en précisant qu'« au fur et à mesure que le raisonnement se développe, le risque d'erreur (donc d'irréalités) apparaît, qu'augmente l'éloignement de l'objet concret ». V. J. HÉRON, « Existe-t-il des règles de non-imputation ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à G. CORNU*, PUF, 1994, n° 1, p. 217.

principes qui la commandent²⁵¹. Partant du constat de l'absence de prise en compte du lien familial par la politique pénale actuelle, il est possible de dresser une critique de la protection pénale actuelle de la famille qui tend en effet à l'indifférence réciproque entre les protagonistes constitués par la famille et par le droit pénal. L'étude des facteurs de l'affaiblissement de la protection pénale de la famille est à ce titre susceptible de participer à la construction d'une politique pénale familiale cohérente et essentielle pour le fonctionnement de la société. Le législateur pénal doit donc non seulement trouver dans le lien familial un moyen privilégié pour mettre en œuvre une politique pénale spécifique, mais surtout adopter une conception finaliste, au sein de laquelle le maintien du lien familial est pensé comme une fin. La consécration d'une théorie du lien familial pénal, fondée sur un droit pénal spécial de la famille incluant une nouvelle classification des infractions familiales, ainsi que leur procédure spécifique de traitement et résultant d'une politique pénale familiale pertinente fondée sur des valeurs adaptées aux réalités sociales, apparaît alors comme un remède approprié.

31. - Théorie du lien familial pénal. La théorie du lien familial pénal doit être le fruit d'un travail de conceptualisation de la notion de lien familial telle qu'appréhendue par le droit pénal dans son application. Si l'étude de la spécificité pénale du concept de lien familial induit une volonté d'autonomisation par rapport à la notion de lien familial civil, elle ne saurait être réalisée en niant l'objet que constitue la famille. La famille peut parfois devenir déstabilisante pour la société quand elle évolue de façon imprévisible ou quand elle devient nocive, mais constitue globalement un agent précieux de stabilité sociale et doit en ce sens être protégée et justement considérée. Afin de pouvoir comprendre le lien familial dans ses mutations contemporaines et de se prononcer sur l'existence éventuelle d'un droit pénal spécial de la famille répondant à une conception spécifique du lien familial, qui pourra être confrontée à celle du droit civil de la famille, il convient alors d'étudier l'impact spécifique de la présence du lien familial sur les règles traditionnelles du droit pénal. L'objectif de cette recherche est donc de faire passer le lien familial du statut de notion pratique communément reconnue à l'état de concept théorique construit pouvant constituer le fondement de la théorie pénale du lien familial. Cette dernière serait donc le résultat d'un véritable travail de conceptualisation de la notion primaire de lien familial, qui ne semble pas avoir déjà été réellement effectué. La théorie du lien familial pénal se matérialise notamment par un exercice préalable de classification.

²⁵¹ Le philosophe Gaston BACHELARD le rappelait très justement : « bien penser le réel c'est profiter de ses ambiguïtés pour modifier et alerter la pensée », G. BACHELARD, *La philosophie du non : essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique*, PUF, 8^e éd., 1981, p. 17

32. - L'exercice de classification²⁵². Afin d'établir une classification inédite des infractions familiales, il est dans un premier temps nécessaire de rechercher les éléments qui caractérisent spécifiquement l'infraction familiale. Il convient d'élaborer une alternative au système classique, en fondant la réflexion sur les éléments constitutifs de l'infraction et en recherchant la tournure spécifique qu'ils adoptent en matière familiale. L'idée est donc de partir des classifications existantes pour consacrer une partie de cette recherche à la réalisation d'une typologie fonctionnelle de l'infraction familiale en droit pénal national, afin de pouvoir lui adjoindre un régime particulier et d'aboutir à l'existence d'une politique pénale familiale spécifique. Identifié de la sorte, le sujet exclut l'examen spécifique et approfondi de la protection pénale européenne de la famille²⁵³. La perspective comparatiste ne sera pas totalement éludée et pourra être utilisée pour mettre en lumière les nécessités d'inclusion ou d'exclusion d'un comportement infractionnel précis dans la classification mise en place par cette recherche. Le regard sera ainsi parfois porté sur les classifications étrangères des infractions familiales et sur le traitement de certaines infractions spécifiquement ou différemment pénalisées à l'étranger. Par un délicat processus de repositionnement, il conviendra donc de procéder à un décloisonnement théorique des classifications existantes afin de déterminer les fondements de cette nouvelle classification, et de pouvoir parvenir à un ajustement des différentes infractions. Qu'il existe comme élément constitutif de l'infraction, comme cause d'aggravation ou comme facteur de neutralisation, il est dans tous les cas certain que le lien de famille peut constituer la source d'une criminalité spécifique. Avant de s'interroger sur les différentes facettes du prisme composé par la catégorie générale des infractions familiales, il est donc nécessaire de définir les critères permettant la qualification de l'infraction familiale.

33. - Le concept d'infraction familiale retenu par cette étude. Abordée juridiquement, l'infraction peut être envisagée sous plusieurs angles et approchée à travers ses conséquences, à travers sa source ou à travers sa substance²⁵⁴. L'infraction est communément considérée

²⁵² La classification peut être entendue comme celle qui consiste à « regrouper systématiquement les éléments homogènes ou hétérogènes d'un ensemble en un tableau rationnel comportant une division majeure fondée sur un critère dominant et des sous-distinctions fondées sur divers critères combinés, afin de proposer à l'analyse dans l'abstrait, une référence élaborée ». V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V^o « Classification », p. 179. Elle se rapporte donc au processus lui-même, mais peut aussi être comprise comme le résultat de l'action de classification.

²⁵³ Bien qu'investi d'une autorité seulement relative de la chose jugée, par les libertés qu'il protège et les droits qu'il proclame, le droit européen des droits de l'homme a une portée symbolique et une influence désormais considérable sur la protection pénale interne de la famille. Si son analyse détaillée ne constitue pas l'objet de la présente étude, la réalité de son impact sera fréquemment mise en lumière. L'existence d'un droit pénal familial de l'Union européenne engendre cependant davantage de polémiques. Dans la mesure où il ne s'agit que d'un pouvoir incitatif qui n'a pas pour objet la création directe d'infractions ou de peines, les références y seront plus rares.

²⁵⁴ V. en ce sens le raisonnement tenu par A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, L.G.D.J, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », T. 23, 1982, n^o 12, p. 10.

comme un comportement actif ou passif en tant qu'acte ou omission prohibé par la loi et assorti de la sanction particulière que constitue la peine. Elle est l'une des pierres angulaires de la matière répressive qui a pour objet d'étude la théorie pénale générale ainsi que ses hypothèses d'application spéciale²⁵⁵, et est traditionnellement caractérisée par sa sanction. Dans son acception familiale, l'infraction peut tout d'abord être celle qui induit une peine spécifique. La sanction est cependant la conséquence de l'infraction. Or, c'est « une maladresse logique que de vouloir examiner la cause à travers l'effet »²⁵⁶. Aborder l'infraction par sa source légale formelle ne paraît pas non plus à même de rendre compte de la réalité de la notion dans le sens où la loi « trace le cadre de l'infraction, elle en assure même l'unité juridique, mais elle ne participe pas du tout à sa substance »²⁵⁷. Il est donc difficilement envisageable d'aborder l'infraction familiale tant à travers sa sanction qu'à travers sa terminologie normative. L'étude de l'infraction semble prendre toute sa légitimité à travers la notion de responsabilité pénale qui oblige à subir la sanction et « c'est donc en tant qu'objet de la responsabilité pénale qu'il faut aborder l'infraction »²⁵⁸. Il convient en ce sens de s'intéresser à la substance de l'infraction et à la situation factuelle qui cause le trouble social. L'infraction familiale est donc tout d'abord et indéniablement celle qui se déroule dans le milieu familial et lui porte atteinte. Ce critère essentiel est cependant loin d'être suffisant. Tout individu est en effet par essence membre d'une famille et toute infraction portant atteinte à un individu peut par extension porter atteinte à sa famille. L'atteinte qui se produit dans le milieu familial peut donc exister simultanément à plusieurs échelons. Elle sera directe quand elle touche le membre de la famille mais sera indirecte pour la famille en tant qu'institution. Chaque infraction classique peut donc revêtir un aspect familial à partir du moment où un individu membre de la société en est l'objet. Partant, il convient alors obligatoirement de réduire l'ampleur du caractère familial de l'infraction et de ne pas tomber dans la démesure, en excluant de cette étude la catégorie générale des infractions contre les personnes et contre les biens. L'infraction familiale ne peut donc à ce titre se concevoir uniquement comme celle touchant un individu membre d'une famille. Si l'atteinte générale à la famille ne peut constituer un critère opérant de la définition de l'infraction familiale, il est alors envisageable

²⁵⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, op. cit., n° 4, p. 11 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2014, n° 1, p. 1.

²⁵⁶ A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 12, p. 12 : l'auteur poursuit en précisant qu'« essayer de le faire aboutirait à déplacer le problème plutôt qu'à le résoudre ».

²⁵⁷ *Ibid.*, n° 13, p. 12 : il paraît en effet absurde qu'« une norme puisse s'intégrer à un fait, au surplus illicite ». La loi est donc « une condition essentielle de l'infraction, "un préalable à l'infraction", et non une composante de celle-ci ». L'auteur conclut donc à « l'autonomie du concept infractionnel par rapport à la norme répressive ».

²⁵⁸ *Ibid.*, n° 15, p. 16 : la « construction matérialiste » du concept infractionnel a donc été bouleversée pour accorder une place prépondérante à l'individu auteur de l'infraction et à sa responsabilité personnelle. Le criminel participe en ce sens pleinement à la définition de l'infraction à côté de celle donnée par la société de laquelle il se « désolidarise » lorsqu'il la commet. La notion d'infraction apparaît en ce sens pour l'auteur comme une rupture dans l'équilibre existant entre l'individu et la société dans laquelle il existe et se révèle alors à la fois comme une action imputable à l'individu et coupable du point de vue de la société.

de se tourner vers l'atteinte au lien de droit spécifique issu de la famille. L'infraction familiale serait donc en premier lieu celle qui porte atteinte au lien de famille. Il est alors possible d'envisager deux catégories distinctes d'infractions familiales constituées par les « infractions parentales »²⁵⁹ d'une part, et par les infractions conjugales d'autre part. Les premières porteraient atteinte au lien de filiation, quand les secondes porteraient atteinte au lien de couple. Ces catégories semblent en outre exister au sein de deux ensembles plus généraux constitués par les infractions portant atteinte au lien familial structurel ou relationnel, qu'il est possible de dénommer « infractions familiales structurelles » et « infractions familiales relationnelles ». À côté de l'objet de l'atteinte, il est en second lieu nécessaire d'en connaître les origines. Le lien de famille se veut doublement menacé et peut tant constituer le lieu d'une infraction perpétrée par un membre de la famille, que celui d'une infraction commise par un tiers extérieur à la famille. Il apparaît de ce fait nécessaire de distinguer, au sein de la catégorie générale des infractions familiales, deux autres sous-ensembles constitués par les infractions intrafamiliales, d'une part, et par les infractions extrafamiliales portant atteinte au lien de famille, d'autre part. Les premières constitueront l'objet de cette étude quand les secondes en seront naturellement exclues.

34. - L'exclusion des infractions extrafamiliales. L'infraction extrafamiliale peut se concevoir comme celle qui a pour effet l'atteinte au lien de famille, mais qui a une origine externe au cercle familial. Elle est donc le fait d'un auteur extérieur qui prend la place de tiers par rapport au lien de famille. La catégorie qui les regroupe est donc théoriquement plus restreinte que celle de l'ensemble général des infractions, mais tend à s'y juxtaposer, puisque la grande majorité des infractions peut avoir vocation à toucher indirectement le lien de famille qui est une donnée commune à tout individu. Si l'atteinte indirecte qu'elles sont susceptibles de porter au lien familial constitue une réalité, leur analyse approfondie sera cependant délibérément exclue de cette étude, au regard de l'ampleur du domaine englobé dans cette catégorie, lorsqu'elles portent parallèlement atteinte à une autre valeur sociale. Il existe cependant une catégorie résiduelle d'infractions extrafamiliales commises par des tiers au cercle familial, mais qui ont pour résultat principal, voire exclusif, une atteinte au lien de famille. L'objet de cette recherche sera donc par principe restreint aux infractions se produisant uniquement dans le cercle familial. Afin d'ancrer l'analyse dans une perspective réaliste et de ne pas altérer la pertinence du propos, les infractions extrafamiliales portant essentiellement atteinte au lien familial pourront cependant exceptionnellement être évoquées et mises en parallèle avec les infractions intrafamiliales.

²⁵⁹ L'expression est empruntée à C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les infractions parentales », *art. préc.*

35. - L'inclusion des infractions intrafamiliales. Eu égard au caractère spécifique et à la dimension que les infractions intrafamiliales occupent dans la problématique de cette recherche, la présente étude se concentrera uniquement sur ces dernières, entendues comme celles qui se commettent au sein de la famille, par un membre de la famille, sur un autre membre de la famille. Seules les infractions dans lesquelles les deux protagonistes sont unis par le même lien seront donc étudiées. Les infractions externes ou extrafamiliales qui portent atteinte à un lien familial spécifique resteront minoritaires et seront principalement évoquées dans un souci de cohérence et de mise en perspective, pour mettre davantage en lumière le désintéret dont la protection contre les atteintes internes au cercle familial fait l'objet. En définitive, l'infraction intrafamiliale peut être entendue comme celle qui se commet au sein du milieu familial et dont l'auteur et la victime sont deux membres d'une même famille, unis par un lien spécifique auquel il est porté atteinte. Dans un souci de simplification sémantique, l'infraction intrafamiliale sera évoquée sous le terme général d'infraction familiale tout au long de cette recherche. Ainsi précisée, la notion d'infraction familiale peut logiquement fonder une classification juridique opérationnelle.

36. - Une classification opérationnelle des infractions familiales. La distinction entre les infractions familiales fondée sur la différence de rôle occupé par le lien familial dans la constitution de l'infraction peut tout d'abord sembler pertinente. Le lien familial peut en effet prendre tour à tour le visage d'un élément constitutif d'une infraction familiale spécifique ou celui d'une simple circonstance aggravant une infraction de droit commun. L'infraction peut être qualifiée de purement familiale lorsque le lien familial joue comme un élément constitutif. L'infraction peut à l'inverse devenir accessoirement familiale quand le lien de famille opère seulement comme une circonstance aggravante. Le caractère irrégulier de cette répartition invite cependant à exclure cette qualification. Les infractions spécifiques pour lesquelles le lien familial est un élément constitutif, cause fondamentale de la répression, sont en effet minoritaires, sinon marginales. Cette dialectique disproportionnée ne sera donc pas retenue comme le balancement fondateur de la typologie. Elle constitue cependant une réalité non négligeable et pourra être utilisée pour fonder des divisions internes au classement. Une classification fondée sur la nature constitutive ou aggravante du lien familial semble désuète et disproportionnée, tant le nombre d'aggravations dépasse désormais le nombre d'infractions dans lequel le lien familial est constituant²⁶⁰. Il convient donc de sortir de cette équation équivoque et disproportionnée pour adopter une classification pertinente fondée sur des

²⁶⁰ Seules les infractions de harcèlement entre conjoints, partenaires ou concubins et de violation de l'ordonnance de protection prise par le juge aux affaires familiales, créées par les articles 222-33-2-1 et 227-4-2 CP issus de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762 et l'infraction d'atteinte sexuelle commise sur mineur de plus de 15 ans réprimée à l'article 227-27 CP, entrent encore dans cette catégorie.

critères généraux et propres au lien familial. Une seconde classification fondée sur le sujet de l'atteinte peut par la suite être envisagée. Il conviendrait ici de distinguer selon que l'infraction porte atteinte à l'institution familiale ou à l'individu membre de la famille. Il est cependant rapidement apparu difficile de dissocier ces deux catégories, tant les atteintes sont liées entre elles. L'atteinte directement portée à un individu a en effet des répercussions certaines sur sa famille, quand l'atteinte portée à l'institution familiale elle-même contient toujours une part d'atteinte à ses composantes individuelles. L'institution peut donc être distinguée des individus qui la composent, mais les frontières sont trop poreuses et l'ensemble trop déséquilibré pour fonder cette classification. L'infraction familiale se veut donc à nocuité plurale et il s'avère très délicat, voire impossible, de choisir entre l'institution et ses composantes pour fonder une classification. Partant de ces constats, il est primordial de rationaliser l'ensemble général des infractions familiales et d'envisager une classification inédite. Si toute classification contient une part d'arbitraire²⁶¹ et des chevauchements inévitables, il convient néanmoins de les restreindre tant que possible et d'opérer le choix du critère de classement le plus pertinent. La nouvelle classification ne peut par conséquent rester fondée ni sur le rôle du lien dans la constitution interne de l'infraction ni sur le sujet de l'atteinte. Une classification basée sur l'atteinte à la valeur sociale en cause a de même été exclue, car trop incertaine. Il est en effet souvent difficile d'identifier une valeur sociale unique dans la protection de comportements qui portent souvent atteinte à l'individu ou à son patrimoine, en marge de l'atteinte portée à sa famille. Si la valeur sociale protégée par les infractions familiales inclut par définition la famille, elle s'y rapporte rarement uniquement. L'infraction qui protège exclusivement ou prioritairement la valeur sociale familiale peut prendre le qualificatif d'infraction familiale par nature. L'infraction qui protège la valeur sociale familiale de façon annexe et subsidiaire peut à l'inverse être qualifiée d'infraction familiale par destination. L'aspect du lien familial qui fait l'objet de la protection du droit pénal est alors apparu comme la donnée la plus à même de rendre compte de la réalité des infractions familiales. En érigeant le caractère du lien comme base de la classification, il est possible de recentrer la répartition des infractions familiales sur le lien familial lui-même, et non sur l'infraction dans sa constitution ou dans son sujet. Il est en conséquence nécessaire de transcender les classifications existantes et de changer d'angle de vision. Cette étude opère le

²⁶¹ V. en ce sens les propos de J. HAUSER, « L'individu, la famille et le droit », *art. préc.* : le juriste est un « entomologiste » qui manipule un matériau varié à l'infini et doit poser des dispositions générales et abstraire pour éviter l'arbitraire. Il ressent le besoin impératif de procéder par classifications. Or, ces dernières procèdent nécessairement d'un jugement de valeur car « l'idée même de neutralité du droit ne se réalise pleinement que dans son abstention complète. ». Aussi bien qu'« il n'y a pas de familles sans qualification et exclusion », il n'y a pas non plus de droit pénal sans qualification et exclusion. Le droit pénal ne peut donc se permettre d'être neutre, à défaut de quoi il ne serait tout simplement pas.

choix assumé de se fonder sur la dialectique du lien familial structurel et du lien familial relationnel²⁶² pour construire une classification inédite et opérante des infractions familiales.

Le choix d'une classification fondée sur la nature structurelle ou relationnelle du lien de famille atteint par l'infraction paraît ici le plus cohérent, en ce qu'il permet une répartition plus égalitaire des différentes infractions familiales et opère une division conforme au double visage du lien. Lorsqu'il constituera le fondement de la répression, le lien familial sera étudié en ce qu'il se rapporte à la structure de la famille d'une part, puis aux relations de famille d'autre part. Il apparaît en ce sens nécessaire de revoir en premier lieu la mise en œuvre des incriminations au sein desquelles le droit pénal est inadapté, car insuffisant ou surabondant, en en tirant les conséquences logiques en termes de pénalisation, ou de dépénalisation et de mettre ensuite en lumière les comportements qui portent réellement atteinte au lien familial. En d'autres termes, il convient de gommer les incohérences actuelles en pénalisant des comportements impunis, en pénalisant autrement des comportements réprimés de façon incohérente, ou en dépénalisant des comportements injustement réprimés. Le rétablissement de l'égalité qui a été rompue par la commission de l'infraction ne pourra exister qu'à ce prix. La justice criminelle doit en effet « être juste et s'interdire d'être injuste »²⁶³ puisque « le caractère répressif du droit pénal exacerbe la problématique égalitaire »²⁶⁴. Si elle doit la plupart du temps remédier aux inégalités, il est des cas dans lesquels l'injustice résulterait au contraire du traitement égalitaire de protagonistes se trouvant dans une situation différente. En effet, « l'égalité ne consiste pas à traiter toute chose également, mais à traiter également toutes choses égales »²⁶⁵. Dans une optique de « discrimination criminelle positive »²⁶⁶, le lien

²⁶² La notion de « lien relationnel » peut sembler tautologique. Elle se rapporte en réalité au lien appréhendé à travers sa dimension relationnelle.

²⁶³ Y. JEANCLOS, *Injuste justice ? La dynamique pénale au XXI^e siècle*, Litec, coll. « Essais », 2013, pp. 36 et s. : l'auteur poursuit en précisant que si « la justice s'efforce d'être sinon parfaite, du moins juste », « elle dispose cependant de plus de mécanismes et de techniques susceptibles de la conduire sur les chemins de l'injustice, que sur ceux de la reconnaissance de la vérité ». Le caractère injuste de la justice criminelle et pénale serait en effet à déduire de son caractère inégalitaire. « À force de vouloir protéger toujours plus et toujours mieux, elle crée des catégories privilégiées à côté de celles des personnes ordinaires et normales ». La justice criminelle, personnalisée et personnalisante, subit une mutation conceptuelle et obéit ainsi « de plus en plus à une logique horizontale de négociation et de contractualisation des peines, plutôt qu'à une logique verticale d'imposition des peines. La justice criminelle actuelle serait en outre injuste vis-à-vis de l'État et de la victime quand elle œuvre davantage pour la réinsertion et la guérison du condamné que pour la répression.

²⁶⁴ D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, *op. cit.*, n° 6, p. 6 : le droit criminel est décrit comme entretenant un rapport unique avec l'égalité puisque le respect des droits fondamentaux y est une nécessité « particulièrement impérieuse ».

²⁶⁵ *Ibid.*, n° 14, p. 12 : l'auteur met en opposition les deux visages de l'égalité que sont « l'égalité par l'assimilation » et « l'égalité par la différenciation ». L'idée de discrimination est alors exempte de la première acception qui revient à traiter tout individu de façon absolument égalitaire. Or, cet égalitarisme « conduit à l'intolérance, puisqu'elle nie l'individualité de chaque citoyen ». L'égalité doit donc exister dans et par la différence.

²⁶⁶ Y. JEANCLOS, *Injuste justice ? (...)*, *op. cit.*, p. 42 : « À force de vouloir protéger toujours plus et toujours mieux, elle crée des catégories privilégiées à côté de celles des personnes ordinaires et normales ».

familial existe comme un double facteur d'inégalité : lorsqu'il est rompu au sein de la famille et quand il justifie le traitement différencié des infractions familiales. Sa prise en compte œuvre alors pour le rétablissement direct de l'égalité entre les membres de la famille²⁶⁷. Bien qu'il soit différent pour chacun dans ses spécificités, le lien de famille dans sa généralité est néanmoins un objet commun à chaque individu. Dans cette mesure, chacun est donc susceptible de recevoir un traitement identique. Cet alignement aurait alors le mérite de rétablir l'égalité. Le traitement différencié des personnes en fonction de leur situation de famille constituerait même une discrimination²⁶⁸. L'égalité par le processus de différenciation ne doit donc pas exister en ce qui concerne le rôle joué par le lien familial au sein d'une infraction, puisque le lien de famille est logiquement un attribut commun à tout individu. S'il ne crée pas forcément de lien de couple ou de lien de filiation descendant, chaque membre de la société se trouve en revanche placé dans une situation identique par rapport à l'existence du lien de filiation ascendant. À partir du moment où un individu dispose de l'un de ces liens, il sera donc traité, dans une dynamique d'assimilation, de façon identique aux autres individus disposant de la même nature de lien. Les règles de protection spécifiques au lien familial, consistant notamment en l'érection du lien familial en circonstance aggravante, élément constitutif d'une infraction ou source d'immunité, se verront donc appliquées également à tout individu inscrit dans un lien de famille, tant lorsqu'il se place en victime d'une infraction familiale que quand il en est auteur. La perception de la différenciation induite par la présence du lien familial sera cependant distincte selon le protagoniste de l'infraction concerné. Le « lien familial aggravant » sera en effet perçu par la victime comme le mode d'expression d'une justice juste, alors qu'il traduira une justice injuste pour l'auteur de l'infraction familiale. À l'inverse, le « lien familial immunisant » sera enduré comme l'expression d'une justice injuste par la victime quand il sera ressenti comme celle d'une justice juste, voire clémente, par son auteur. Si l'inégalité n'existe donc pas entre individus inscrits dans un lien familial identique, les infractions familiales justifient tout de même un traitement particulier. Ce traitement différencié de celui des autres infractions est justifié par la divergence de nature qui existe entre elles, et participe en réalité de l'égalité. L'instauration d'un régime dérogatoire à leur égard n'est par conséquent envisageable que s'il repose sur un fondement objectif. Les infractions familiales sont en effet spécifiquement fondées sur le lien de famille qui est par définition une composante négative des autres infractions. Si l'inégalité par le lien familial ne doit donc pas exister entre individus, elle justifie au contraire le traitement spécialisé des infractions familiales. Ces dernières revêtent en effet la particularité d'intervenir dans le milieu clos que constitue la cellule familiale, et portent directement atteinte au lien de famille qui unit les protagonistes du crime. Les comportements qu'elles

²⁶⁷ V. en ce sens D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, op. cit., n° 13, p. 11, pour une description du double processus d'assimilation ou de différenciation qui peut mener à l'égalité.

²⁶⁸ C. pén., art. 225-1, al. 1.

répriment font donc état d'une gravité particulière et atteignent des valeurs sociales spécifiques. Elles présentent en outre un certain particularisme en raison de la dangerosité que présente l'atteinte au lien familial pour la société. Le lien constitue donc un critère de différenciation puisque cette relation spécifique, essentielle à l'infraction familiale, est par définition inexistante dans les infractions classiques. Les infractions familiales se trouvent alors placées dans une situation différente de celle des autres infractions. Le lien de famille se révèle de ce fait comme outil de traitement différencié des infractions. Le droit pénal spécial de la famille existe par conséquent comme un droit pénal d'exception puisqu'il répond à une criminalité familiale spécifique et appréhende les infractions familiales dans leur singularité. La délinquance familiale nécessite de ce fait une appréhension pénale distincte et originale au sein duquel la *familialité* relative à l'infraction constitue un critère justifiant la mise en place d'un traitement particulier.

37. - Vers un droit pénal spécial de la famille ? Eu égard aux développements qui précèdent, il apparaît possible de conclure à l'existence d'un statut pénal des infractions familiales comme ensemble de règles spécifiques réservé aux infractions familiales et fondé sur le lien familial en tant que critère de différenciation. Cette recherche conduit donc à inclure ces dernières dans la catégorie existante des infractions de droit spéciales parmi lesquelles elles ne sont classiquement pas mentionnées²⁶⁹. La législation spéciale alors mise en place pour leur traitement devra en tous les cas nécessairement entretenir un rapport de proportionnalité et de pertinence avec le particularisme auquel elle se trouve confrontée²⁷⁰. La sanction pénale doit en effet être à la mesure du trouble causé par l'infraction et « il doit donc y avoir adéquation entre la règle particulière et la singularité prise en compte »²⁷¹. La singularité du lien familial devrait en toute logique inclure un traitement pénal spécifique et unique à l'égard de toutes les infractions familiales, et une adaptation équilibrée des règles classiques de la matière pénale à la spécificité du lien. Ce dernier revêt cependant plusieurs facettes et peut tout à la fois prendre l'aspect d'élément créateur, aggravateur ou neutralisateur de répression pénale. Le lien familial est en ce sens un critère de différenciation original en ce qu'il constitue à la fois un facteur d'application ou de retrait du droit pénal²⁷². Cet

²⁶⁹ Ces dernières concernent en effet traditionnellement les infractions politiques, militaires, fiscales, douanières ou économiques mais font rarement état des infractions familiales.

²⁷⁰ V. en ce sens les développements de D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, op. cit., n° 21, p. 20 : une situation n'est en effet décrite par l'auteur comme ne pouvant être « singulière que par référence au but poursuivi par la loi ». « Il doit donc y avoir adéquation entre la règle particulière et la singularité prise en compte ».

²⁷¹ *Ibid.*, n° 26, p. 25 : l'absence de cette proportion aurait alors l'effet néfaste de mener au « singularisme », excès qui peut être opposé à celui de « l'égalitarisme ».

²⁷² Pour reprendre les termes utilisés par le professeur DECHENAUD pour classifier sa réflexion sur l'égalité, le lien familial constitue donc à la fois « une particularité à l'origine d'un renforcement de la réponse pénale » et « une particularité à l'origine d'une neutralisation du droit pénal ». Concernant le lien familial en particulier, il est en outre possible de pousser la réflexion encore plus loin et de déclarer qu'il constitue aussi une particularité à l'origine de la création du droit pénal.

attachement est en définitive le ou l'un des fondements d'une différenciation à géométrie variable, allant de la création à la neutralisation, en passant par l'aggravation. Sa présence englobe par conséquent le spectre de la réponse pénale dans son intégralité. Par l'expression de son « polymorphisme »²⁷³, le droit répressif serait donc plus juste puisque davantage adapté aux demandes sociales. En ce sens, « elle impose le règne de la Justice juste non seulement dans la société civile mais également à l'intérieur des familles »²⁷⁴. Le droit pénal spécial de la famille pourrait alors trouver sa cohérence et une place de choix dans l'ensemble plus général du droit pénal. Ce dernier n'est cependant pas seulement constitué des infractions identifiées comme familiales au regard de la nouvelle classification. Le lien familial peut en effet aussi exister en tant qu'obstacle à la répression. Dans cette signification, sa prise en compte pourra parfois constituer un frein légitime à l'effectivité de la répression, quand sa négation le révélera au contraire comme un obstacle à l'efficacité de la répression. Il conviendra alors dans ce dernier volet de redonner la place qu'il mérite au lien familial dans le traitement procédural des infractions familiales précédemment identifiées. Le droit pénal spécial de la famille peut finalement être défini tant par son volet positif, quand le lien familial est au fondement de la répression, que par son volet négatif, quand le même lien en constitue délibérément un obstacle. L'étude des cas dans lesquels cet obstacle est dû à une absence volontaire de prise en compte du lien dans le traitement des infractions familiales constituera alors le volet procédural de cette matière, pouvant prendre le nom de procédure pénale spéciale de la famille. Le lien familial obstacle trouve alors toute sa place dans la partie de la recherche consacrée au traitement des infractions familiales, en ce qu'il empêche justement cette procédure de s'appliquer. Si la tendance actuelle à la sectorisation des domaines au sein d'un droit donné peut être vue comme un risque d'atteinte à la cohérence d'ensemble et au principe de légalité²⁷⁵, le risque semble cependant limité par la constitutionnalisation et par l'eupéanisation de la matière. En ce qui concerne particulièrement le droit pénal spécial de la famille, il n'est pas certain que l'autonomie soit synonyme de danger, dans la mesure où ce droit intervient dans le domaine spécifique et délicat de la famille, au sein duquel la garantie des libertés individuelles et le respect des exigences fondamentales du droit pénal se posent en exigences accrues. Le droit pénal, qui n'est donc pas conçu comme instrument au service de l'autre spécialité juridique qu'est le droit de la famille, fait de la famille un de ses objets d'application. Il sera donc possible en

²⁷³ M. DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, Cujas, coll. « Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers », T. 6, 1987, spéc. n° 105.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 298 : la justice criminelle ne doit donc « plus être injuste pour les femmes et les enfants qui, même au sein du milieu familial, doivent bénéficier de sa protection ».

²⁷⁵ V. en ce sens les développements de S. ROYANT, *L'autonomie du droit pénal en question*, *op. cit.*, p. 26 : l'auteur dénonce le risque pour ces droits pénaux spéciaux de s'émanciper des règles essentielles du droit pénal général et de la procédure pénale. Ces droits répressifs spéciaux seraient substantiellement et fonctionnellement indépendants et risquent d'acquiescer de ce fait une autonomie propre constitutive d'un danger pour les libertés individuelles.

cette matière de retrouver la nature intrinsèque du droit pénal et ses principes particuliers. La protection du lien de famille existe alors dorénavant comme une des multiples missions du droit pénal²⁷⁶.

38. - Problématique. Si le constat du désintérêt général du droit pénal pour la famille peut être effectué²⁷⁷, aucune étude approfondie ne semble jusqu'alors avoir dépassé le stade de l'observation du phénomène et de l'explication de ses causes, pour aller vers celui de la substitution d'un système novateur global présidant la protection pénale de la famille et du lien juridique qui en découle. À la lumière des développements qui précèdent, il ne paraît donc pas superflu d'envisager à nouveau les rapports qu'entretiennent les règles du droit pénal avec le lien familial. À travers une double perspective d'observation et de prospection, cette étude propose d'analyser le phénomène actuel de mutation de la protection pénale de la famille et de découvrir les principes qui lui sont propres afin de mieux le saisir et de pouvoir en réorienter les applications futures. L'analyse se fondera avant tout sur le phénomène social qui tend à remettre en cause la protection actuelle du lien familial et reviendra sur les postulats de la protection pénale consacrée. Il convient de réagir au mal constitué par le désintérêt qu'éprouve le droit pénal à l'égard du lien familial en recherchant son étiologie, puis en proposant un remède adapté à l'issue d'une réflexion prospective. La présente étude se donne de surcroît pour but d'envisager, dans une démarche scientifique, les rapports qu'entretiennent le droit pénal et la procédure pénale avec le lien familial. Dans une perspective systémique, il est donc nécessaire d'établir un système doctrinal d'ensemble pour adopter une nouvelle grille de lecture des infractions familiales et de la protection pénale du lien de famille. La recherche se donne pour dessein de redéfinir les attributs de la protection pénale de la famille en décloisonnant les classifications existantes et en repensant les rapports entre la famille et le droit pénal dans le contexte social actuel. Poussée jusqu'à son terme, cette analyse permet d'abord d'envisager une classification inédite des infractions familiales pour donner un réel objet d'application au droit pénal de la famille. Elle suppose ensuite d'attribuer à cette classification un outil de traitement procédural particulier. Elle propose enfin d'aboutir à l'existence d'une politique pénale familiale cohérente, intégrant le lien familial comme composante de son intervention et la sauvegarde de ce lien comme but de son intervention. À cette fin, il est plus largement essentiel de s'interroger sur l'existence ou la création d'un droit pénal spécial de la famille constitué par l'ensemble des infractions définies comme familiales, répondant à des principes fondamentaux et généraux propres, et pouvant

²⁷⁶ Sur la diversité des tâches et des branches du droit criminel, v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, op. cit., n° 11 et s., pp. 17 et s.

²⁷⁷ V. not. P. COUVRAT, « La famille, parent pauvre du droit pénal », *art. préc.*, et D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc. Contra*, v. not. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les infractions parentales », *art. préc.*, : « Le droit pénal s'intéresse chaque jour davantage à la famille, et surtout aux parents ».

être utilisé comme outil juridique propre à la sauvegarde du lien familial. L'appréhension inédite de la famille et de son lien en tant qu'éléments constituant la source d'une criminalité spécifique répond à une réalité palpable, mais obscure car innommée²⁷⁸. La qualité de membre d'une famille et de protagoniste du lien familial se pose donc désormais comme fondement de l'application du droit pénal²⁷⁹. La *familialité* peut dans le même temps parfois constituer une « protection juridique de nature pénale »²⁸⁰ quand elle neutralise l'application du droit pénal. La famille semble donc être devenue un véritable champ de réflexion de la matière pénale qui suit l'évolution sociale et appose, de façon presque systématique, sa sanction répressive lors de l'inexécution d'obligations civiles. L'observation est donc inévitable : « le législateur ne sait pas [ou ne sait plus] résister à la tentation du droit pénal »²⁸¹. À force d'être partout, il pourrait cependant ne plus se trouver nulle part. La réalité est en effet celle d'un droit pénal qui manque de cohérence, de force et de légitimité. En d'autres termes, il est nécessaire de réinsérer le lien familial au centre de la définition des infractions familiales et de leur traitement procédural, et de redonner toute sa cohérence au concept de lien familial pénal. À cette fin, il convient, d'une part, d'instaurer une protection pénale adaptée à la dimension familiale de l'infraction et, d'autre part, d'intégrer le lien familial dans le droit pénal au stade du traitement procédural des infractions familiales. Le constat est en définitive celui d'une mutation dans le paradigme de protection classique qui révèle désormais un désintérêt croissant du droit pénal pour le lien familial. Dans quelle mesure une classification inédite des infractions familiales, accompagnée d'un mécanisme de traitement procédural spécifique, peut-elle alors être envisagée comme remède pour donner un réel objet d'application à la politique pénale familiale, et aboutir à l'existence d'un droit pénal spécial de la famille offrant au lien familial une protection efficace et cohérente ?

²⁷⁸ V. en ce sens les développements de C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les infractions parentales », *art. préc.* : la question des « infractions parentales » peut ainsi paraître à première vue provocatrice mais mérite d'être posée car le phénomène « en quelque sorte innommé, n'en est pas moins visible » et recouvre pourtant « une réalité palpable ».

²⁷⁹ *Ibid.* : si « la parenté comme source de criminalité n'est pas une idée neuve », les infractions parentales sont aujourd'hui plus nombreuses et référencées de manière autonome dans le Code pénal. La parenté comme « cause de neutralisation du droit pénal » ne doit pas non plus être éludée.

²⁸⁰ *Ibid.* : la parenté comme « cause de neutralisation du droit pénal » ne doit pas non plus être oubliée. La notion de parent, creuset du droit de la famille, est ainsi devenue « un axe de réflexion du droit pénal, de plus en plus riche, la matière répressive accompagnant l'évolution de la société et des mœurs ». Le droit pénal est donc présent partout et englobe tant les interdits initiaux et anciens que les nouvelles obligations parentales. La réforme du mariage pour tous et la future réforme de la filiation conduiront alors « probablement le législateur à doubler son droit civil nouveau de dispositions répressives supplémentaires ». L'histoire des « infractions parentales » – et des infractions familiales qui les englobent – reste donc encore à écrire.

²⁸¹ *Ibid.* : la parenté – et plus généralement la *familialité* – se situe « au cœur de la société, de son évolution, des bouleversements actuels et à venir du droit de la famille ». Il est donc possible d'observer « la pénétration croissante de la matière pénale » au sein de la famille. « En France, il n'y a, pour ainsi dire, pas de droit sans droit pénal. Partout où le législateur passe, le droit pénal suit... ou presque. ». La matière pénale est donc dotée d'une richesse et d'un potentiel exceptionnels.

39. - Plan de l'étude. Afin de pouvoir aboutir à la construction du système proposé, il est primordial de s'interroger sur la place que détient actuellement et qu'est susceptible d'occuper le lien familial au sein du droit pénal. L'analyse juridique démontre que, dans son rapport au droit pénal, le lien familial a un double visage. Les règles répressives subissent une double transformation antagoniste lorsqu'elles sont confrontées à un lien de famille. Le lien familial se veut donc tantôt source de répression, tantôt frein à l'application du droit pénal. Il vient donc ébranler l'application classique des règles du droit pénal en annihilant des actions normalement acceptées ou en rendant acceptables des procédés logiquement proscrits. Ceci traduit un rapport ambivalent, voire schizophrénique, entre les deux entités, car le lien familial existe à la fois comme cause de répression plus sévère et comme objet de non-application du droit pénal. Cette réaction contradictoire semble en outre révéler une conception spécifique et autonome du lien familial en droit pénal, fondée sur un calcul d'opportunité et mettant en balance la protection du lien familial par rapport à la valeur sociale à laquelle il a été porté atteinte. Le droit pénal est indéniablement affecté par la présence d'un lien familial, qui a pour conséquence une transformation dichotomique des règles pénales traditionnelles. Le droit pénal s'est en effet fortement adapté aux situations familiales en posant la famille comme sujet de règles spécifiques, aboutissant alternativement à son renforcement ou à son retrait. Afin d'adopter une vision globale et précise des évolutions et des enjeux de la mutation de la protection pénale de la famille, cette recherche se doit donc d'analyser ces deux tendances contradictoires, mais complémentaires, que sont l'application et le retrait du droit pénal au sein de la famille. La dialectique de l'application et du retrait demeure en effet la plus pertinente pour traduire les effets de la prise en compte du lien familial par le droit pénal. Dans un premier temps, l'observateur est donc amené à constater que le lien familial existe comme élément producteur de répression quand il en constitue un fondement. Néanmoins, l'existence d'un lien familial paralysant la répression se manifeste dans un second temps quand il en constitue un obstacle. Le lien familial existe donc comme source d'adaptation contradictoire des règles répressives, et peut alternativement embrasser le rôle de cause d'adaptation positive ou négative des règles du droit pénal. À l'effet créateur du lien familial en droit pénal, correspond donc un effet neutralisateur du lien familial en droit pénal. Dès lors, il convient d'envisager successivement le lien familial comme fondement de la répression (*Première partie*) puis le lien familial comme obstacle à la répression (*Seconde partie*).

**PREMIÈRE PARTIE –
LE LIEN FAMILIAL,
FONDEMENT DE LA
RÉPRESSION**

« La discipline est une catégorie organisationnelle au sein de la connaissance scientifique ; elle y institue la division et la spécialisation du travail et elle répond à la diversité des domaines que recouvrent les sciences. Bien qu'englobée dans un ensemble scientifique plus vaste, une discipline tend naturellement à l'autonomie, par la délimitation de ses frontières, le langage qu'elle se constitue, les techniques qu'elle est amenée à élaborer ou à utiliser, et éventuellement par les théories qui lui sont propres.

[...] l'histoire des sciences n'est pas seulement celle de la constitution et de la prolifération des disciplines, mais en même temps celle de ruptures des frontières disciplinaires, d'empiétements d'un problème d'une discipline sur une autre, de circulation de concepts, de formation de disciplines hybrides qui vont finir par s'autonomiser ; enfin c'est aussi l'histoire de la formation de complexes où différentes disciplines vont s'agréger et s'agglutiner. Autrement dit, si l'histoire officielle de la science est celle de la disciplinarité, une autre histoire liée et inséparable, est celle des inter-trans-poly-disciplinarités » (E. MORIN, *Sur l'interdisciplinarité, Carrefour des sciences*, Actes du colloque du Comité National de la Recherche Scientifique « Interdisciplinarité », Éd. du CNRS, 1990, p. 21).

40. - La discipline aspire intrinsèquement à l'autonomie. La rencontre entre deux champs disciplinaires peut toutefois s'avérer riche d'enseignements réciproques. Dans ce cas, chaque science conserve son indépendance tout en bénéficiant des forces de l'autre. La collaboration peut cependant être complexe. Cette rencontre s'apparente parfois à une confrontation lorsque les objets concernés ne fonctionnent pas selon des référentiels de valeurs identiques. Les disciplines entrent dans ce cas en conflit. La conjonction des matières sociales que constituent le droit de la famille et le droit pénal au sein de l'ensemble juridique traduit parfaitement cette situation. L'ambivalence qui résulte de cette rencontre peut précisément être perçue à travers l'étude du lien familial. Contrairement à l'idée que pourrait véhiculer son intitulé, cette recherche n'a pas vocation à une analyse comparée des notions de lien familial et de droit pénal. Elle consiste à l'inverse en une étude pénale de la notion de lien familial, qui est à la fois appréhendée par le droit pénal et par le droit de la famille. Il s'agit d'adopter une vision pénaliste d'une notion générale.

41. - Afin de parvenir à cerner le contenu de la nouvelle classification des infractions familiales, il est préalablement nécessaire d'en délimiter les contours. À cette fin, il convient d'analyser les modalités et l'étendue de la protection pénale de la famille pour proposer par la suite des modifications opportunes des catégories d'infractions à dimension familiale. La présence du lien familial peut fonder la répression. Le droit pénal modifie alors positivement

l'application de ses règles pour asseoir davantage de protection. Le rayonnement de la protection pénale s'étend dans ce cas sur la totalité de la sphère familiale et considère la famille à la fois dans son acception institutionnelle et relationnelle. Il s'avère alors cohérent de « procéder en deux temps en distinguant selon que le soutien du droit pénal est apporté aux structures familiales – c'est-à-dire aux liens sur lesquels le droit civil construit la famille – ou aux relations familiales – c'est-à-dire les conséquences que le droit civil attache aux liens qu'il organise »²⁸². La dialectique de l'institution et des relations semble la plus à même de traduire l'impact de l'appréhension pénale du lien familial. Elle constituera le premier sous-ensemble du système général de classement proposé par cette recherche. La protection pénale du lien de famille va s'établir sur deux niveaux, qui sont le miroir de son visage dualiste. À la structure familiale externe engendrant un lien familial structurel correspond une organisation familiale interne qui donne naissance au lien familial relationnel.

42. - L'action du droit pénal peut tout d'abord protéger la structure familiale externe²⁸³. Cette dernière se rapporte à la famille en tant qu'organisation d'ensemble, autonome et indépendante de ses composantes. La valeur sociale représentée par l'institution familiale peut être protégée pour elle-même, par l'érection d'infractions purement familiales qui révèlent le caractère exclusif de la *famialité* et au sein desquelles le lien familial existe par définition comme élément constitutif. Ces infractions ne peuvent par conséquent exister en dehors de la famille et le lien familial se pose comme élément nécessaire à la répression. Le lien familial prend alors le rôle d'élément constitutif négatif de l'infraction purement familiale et entraîne l'absence de répression. Cette réponse du droit pénal témoigne de son caractère normatif. L'observation de l'encadrement répressif du lien familial structurel fait émerger une protection pénale qui « se révèle le plus souvent limitée, parfois dépassée voire instrumentalisée, les infractions en cause n'ayant guère suivi l'évolution sociale et juridique de la famille, ou visant à une politique d'affichage »²⁸⁴. L'examen appelle le constat de

²⁸² D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », in *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Actes du XX^e colloque de l'Association Française de Droit Pénal, Cujas, 2012, n° 10, p. 57. Il est intéressant de préciser que les auteurs assimilent le volet institutionnel de cette dialectique au caractère accessoire du droit pénal qui assoit les règles de l'institution familiale, pour relier la partie relationnelle à son caractère autonome. Cette recherche adhérerait uniquement à la seconde partie de cette analyse pour nuancer la première. Elle se donne pour objet de démontrer que le caractère suiveur du droit pénal, qui semble à première vue émaner de la protection pénale du lien de famille structurel, relève en réalité de l'apparat et que le droit répressif assoit aussi une autonomie certaine mais dissimulée.

²⁸³ V., pour cette distinction, qui peut aussi s'entendre de celle qui concerne les atteintes au cadre juridique de la famille ou à sa cohésion, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2014, n° 717, pp. 765-766 : la première catégorie concerne soit le rattachement familial, soit les droits que l'institution familiale confère à ses membres quand la seconde inclut les « infractions qui portent atteinte à la cohésion de la famille et qui concernent la violation par ses membres, des obligations qu'elle leur crée ». V. également A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. « Thémis », 2015, n° 607, p. 427, pour une distinction entre la répression des atteintes à la structure familiale et de la méconnaissance des devoirs familiaux.

²⁸⁴ *Ibid.*

plusieurs insuffisances, qu'il est essentiel de corriger chaque fois que la mise en œuvre du droit pénal engendre une application illogique. Le cœur de cette volonté réformatrice ne s'ancre pas dans un principe critique à l'égard de choix politiques, mais se situe du côté des déficiences que révèle leur mise en œuvre. À cette fin, il est d'abord indispensable de détailler l'insuffisance de la protection pénale du lien familial structurel (*Titre I*).

43. - Le droit pénal peut également toucher la famille dans son organisation interne lorsqu'il protège l'existence et la permanence des relations familiales. La famille est alors regardée à travers l'ensemble des relations qui existent entre ses membres. La protection pénale concerne alors le lien familial relationnel. La protection des relations familiales traduit celle des droits et intérêts individuels des membres qui composent la famille. Le lien familial prend ici alternativement le visage d'élément constitutif ou de circonstance aggravant la répression. Ce phénomène peut faire émerger la question du caractère accessoire du droit pénal. Si cette protection n'est pas insuffisante, contrairement à celle qui caractérise le lien structurel, elle est tout de même empreinte d'une variabilité néfaste. Cette inconstance se pose finalement comme un moindre mal, auquel il convient toutefois de remédier en se tournant, en second lieu, vers l'étude de la protection pénale variable des relations familiales (*Titre II*).

TITRE I - LA PROTECTION PÉNALE INSUFFISANTE DU LIEN FAMILIAL STRUCTUREL

« La notion de structure ne relève pas d'une définition inductive, fondée sur la comparaison et l'abstraction des éléments communs à toutes les acceptions du terme tel qu'il est généralement employé. Ou le terme de structure sociale n'a pas de sens, ou ce sens même a déjà une structure » (Cl. LÉVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, Plon, 1958, vol. 1, p. 305).

« Une structure est essentiellement déterminée par la manière dont la création d'un lien interdit un nombre considérable d'autres éventualités » (A. FERRAND, « La structure des systèmes de relations », *L'Année Sociologique*, 1997, vol. 47, n° 1, p. 54).

44. - Aborder la famille sous l'angle de sa structure revient à la considérer comme une entité indépendante de ses composantes. L'approche structurale²⁸⁵ de la famille consiste à prendre en compte son armature externe et met en exergue son autonomie. La structure de la famille peut être définie comme « l'ensemble des principes qui gouvernent son déploiement et sa reproduction »²⁸⁶. Afin d'assurer sa permanence, elle oscille entre des cycles d'équilibre et de déséquilibre²⁸⁷. Ce mécanisme révèle l'existence d'une *famille caméléon* qui accorde ses

²⁸⁵ La famille est ici abordée sous l'aspect structural au sens « intentionnel » dans lequel le sociologue R. BOUDON entend le terme : cette approche permet de « souligner qu'une méthode a pour effet de décrire un objet comme un système » et le terme de structure désigne l'intention « de construire ou de présenter une théorie analysant l'interdépendance d'un objet-système ». V. R. BOUDON, *À quoi sert la notion de « structure » ? Essai sur la signification de la notion de structure dans les sciences humaines*, Gallimard, 1968, p. 35. Pour le sociologue, le terme de structure reste néanmoins polysémique et varie selon le contexte qui lui est associé. La notion de structure peut en ce sens être « insérée dans une théorie destinée à rendre compte du caractère systématique d'un objet » et être à la base d'une définition constructive.

²⁸⁶ A. FERRAND, « La structure des systèmes de relations », *L'Année sociologique*, 1997, vol. 47, n° 1, p. 37. V. aussi M. ANDOLFI, P. MENGHI, A.-M. NICOLO et C. SACCU, « L'interaction dans les systèmes rigides », *Réseaux, Systèmes, Agencements*, 1979, n° 1, p. 25. Les auteurs considèrent que le groupe familial se caractérise comme « un système relationnel ouvert et adaptable en interaction dialectique avec d'autres systèmes ».

²⁸⁷ Le maintien du système familial résulte d'une alternance renouvelée entre des phases de permanence et des phases de changements, dans lesquelles il manifeste sa capacité à se transformer. Les fondateurs de l'école de thérapie familiale de Rome décrivent ce double mouvement et affirment que « le double processus de continuité et de croissance est assuré par l'équilibre dynamique entre deux fonctions particulières à chaque système : la tendance homéostatique et la capacité de transformation ». V. *ibid.*, p. 25. Le nouvel équilibre du système qui a évolué passera alors toujours par une phase de déséquilibre qui sera plus ou moins aisée à mettre en œuvre selon le type de famille concerné. Les « systèmes familiaux flexibles » s'adapteront facilement quand il sera difficile d'évoluer pour les « systèmes familiaux rigides ». Les psychiatres insistent enfin sur le fait que le caractère flexible ou rigide d'un système n'est pas « intrinsèque à sa structure » mais dépend de son développement tangible. Ses caractéristiques sont par conséquent « liées à la dynamique et aux variations d'état du système en un espace et un temps définis ». V. *ibid.*, p. 25. La capacité d'adaptabilité de la famille à la société dans laquelle elle évolue sera en ce sens la résultante directe de l'état de ses liens structurel et relationnel. Cette analyse fait ici encore apparaître la préservation des liens familiaux comme impératif nécessaire au bon équilibre social.

couleurs à la forme sociale dans laquelle elle évolue. L'existence propre de la famille peut être représentée à travers celle du lien familial structurel. En ce qu'il est une entité différente de ses membres, l'ensemble familial se distingue de la somme des individus qui le composent²⁸⁸. La famille émerge comme « une institution sociale, certes formée de personnes, mais qui doit, elle aussi, être considérée en tant que telle et éventuellement défendue contre les actes que ses membres ou d'autres personnes pourraient commettre à son encontre »²⁸⁹. Le lien familial structurel manifeste un paradoxe : il apparaît tantôt comme celui qui résulte de l'existence préalable de la famille, tantôt comme celui sur lequel la famille fonde son existence.

45. - La famille existe alternativement comme cause ou comme conséquence de la création du lien familial structurel. Cette contradiction découle en réalité de la double nature du lien structurel. Les familles se distinguent les unes des autres en fonction de leur mode de constitution et de leur système de filiation²⁹⁰. L'examen de la structure familiale générale mène au constat de la présence de sous-systèmes familiaux, qui se rapportent au système familial de couple et au système familial parental. Le mode de fonctionnement général de l'unité familiale comme macrostructure inclut alors nécessairement l'organisation du couple et de la filiation, qui composent le lien familial structurel.

46. - Entendue largement, la structure de la famille peut se rapporter aux « règles relatives à la constitution des liens de famille tels qu'ils sont reconnus par le droit civil »²⁹¹. Le lien structurel de couple englobe alors plusieurs formes d'organisations et peut se référer aussi bien à un lien de droit institutionnel, dans le cadre du mariage ou du pacte civil de solidarité, qu'à un lien de fait purement privé, dans le cadre du concubinage. La famille est initialement la résultante d'un état de fait²⁹². Ce dernier peut néanmoins évoluer et se juridiciser par le passage du lien de couple factuel, libre et informel, au lien de couple juridique et institutionnel. Quelle que soit sa forme, le lien structurel de couple est une condition

²⁸⁸ Lorsqu'il expose *Les règles de la méthode sociologique*, É. DURKHEIM insiste ainsi sur le fait qu'une théorie qui rend uniquement compte de l'humain dans sa singularité ne peut être utilisée pour traduire le fonctionnement d'un groupe social puisque le fait social exerce une contrainte externe sur l'individu et a une existence propre et indépendante de ses manifestations individuelles. Il est en ce sens primordial pour cette recherche qui analyse la famille au regard d'une logique holiste, de ne pas confondre le contenant et son contenu.

²⁸⁹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, *op. cit.*, n° 717, pp. 765-766.

²⁹⁰ Si la famille est regardée comme un système inter-organisationnel, il est alors possible de s'inspirer de l'analyse sociologique pour affirmer qu'il existe un lien entre la structure d'ensemble et ses composantes : « une structure globale hypothétique n'est cohérente qu'avec une variété limitée de distributions de micro-structures ». E. O. LAUMANN et P. V. MARSDEN, « Microstructural analysis in interorganizational systems », *Social Networks*, 1982, n° 4, p. 343.

²⁹¹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 14, p. 57.

²⁹² Le lien de couple factuel pourra parfois se créer dans le même temps ou postérieurement au lien de couple institutionnel dans le cas des mariages blancs ou des mariages forcés. Sur cette infraction, v. *infra*, n° 57.

nécessaire à l'existence de l'institution familiale. Son examen peut néanmoins mettre au jour certaines contradictions puisqu'il n'est pas toujours suffisant pour contribuer à la survie de la famille. Son caractère temporaire constitue en effet une de ses principales caractéristiques et il n'est pas suffisant pour contribuer à la permanence de l'institution familiale. Le lien structurel de couple présente dès lors un caractère original : il est toujours nécessaire à la création de la famille, mais jamais suffisant à assurer sa pérennité. Le lien structurel de couple est donc fragile et parfois temporaire. Lorsqu'elle se matérialise, cette défectibilité a pour conséquence inéluctable la disparition de la famille, sauf si un lien structurel de filiation a été engendré pendant cet intervalle de temps.

47. - Le lien structurel de filiation se pose en complète contradiction avec le lien structurel de couple. Il est un paramètre facultatif à la création de l'institution familiale²⁹³, mais présente presque toujours un aspect permanent et indéfectible²⁹⁴. Ainsi, en présence d'un lien de filiation, l'extinction de l'institution familiale devient impossible. Le lien structurel de filiation peut survivre au lien structurel de couple qui le fonde généralement²⁹⁵ et assurer à lui seul la pérennité de la famille. Les deux types de lien interagissent finalement dans un rapport surprenant à plusieurs égards.

48. - La diversité du lien familial structurel révèle les multiples facettes de l'institution familiale, qui traduisent désormais la coexistence d'une variété de modèles familiaux. Il ne s'agit plus pour la société d'œuvrer pour l'imposition d'un modèle unique, mais de s'adapter aux trajectoires familiales multiples. Par conséquent, il est plus cohérent de penser les structures familiales au pluriel. Chaque famille dispose d'une « culture familiale »²⁹⁶ propre et

²⁹³ Si cette configuration est plus rare, l'institution familiale peut néanmoins émaner uniquement du lien de filiation qui provient d'un parent ne vivant pas en couple.

²⁹⁴ Ce caractère inaltérable n'est cependant pas absolu puisqu'un lien de filiation existant peut être remis en cause lorsqu'il ne correspond pas à une certaine réalité. L'action en contestation de paternité peut fonder sa destruction si elle aboutit à révéler la fausseté de la filiation. En ce sens, c'est davantage la réalité biologique ou volontaire du lien structurel de filiation qui présente un caractère immuable et non l'existence même de ce lien.

²⁹⁵ Le lien biologique de filiation peut cependant exister en l'absence de lien de couple, notamment quand il est appréhendé dans sa dimension affective et répond à l'expression d'une volonté individuelle. Lorsqu'il combine les dimensions biologique, éducative et juridique, le lien structurel de filiation sera néanmoins nécessairement fondé sur un lien structurel de couple charnel, factuel ou institutionnalisé.

²⁹⁶ Dans ses recherches consacrées au concept de culture familiale, l'anthropologue C. G. HELMAN met notamment en exergue l'existence de la famille comme milieu culturel disposant d'une organisation propre et de finalités particulières : « [e]ach family can be regarded as a unique small-scale society, with its own internal organization and view of the world or family culture. A crucial aspect of each family culture are those beliefs, behaviors, habits, and life-styles that are either protective of health or pathogenic, depending on the context ». V. C. G. HELMAN, « The Family Culture: a useful concept for family practice », *Family Medicine*, 1991, n° 23, p. 376. La culture intrafamiliale traduit donc une personnalité et une identité familiale spécifiques, ainsi que des valeurs et références, en vertu desquelles chaque famille élabore ses modes de fonctionnement. Cette culture, qui fait partie du patrimoine familial, a donc vocation à devenir un objet de transmission et peut être vue comme un vecteur de structuration familiale. Son étude permet cependant dans le même temps de révéler les pathologies et dysfonctionnements des structures familiales.

l'aspect structurel de la famille ne peut se réduire à un modèle singulier. La notion de lien familial structurel utilisée dans cette recherche traduit la diversité des typologies existantes et revêt plusieurs significations.

49. - Pour être cohérente, la protection pénale de l'institution familiale doit porter sur l'intégralité de sa structure et embrasser tant le lien structurel de couple que le lien de filiation. Dans une perspective égalitaire, l'intensité de la protection ne peut se permettre de varier en fonction de la nature du lien structurel protégé. Pourtant, l'appréhension pénale actuelle du lien de famille structurel est différenciée et révèle de nombreuses incohérences. La protection pénale du lien de couple témoigne d'un certain nombre de faiblesses. Elle reste partielle et n'englobe pas toujours le couple dans son intégralité. Si la protection existe, elle n'atteint pas le seuil auquel elle devrait parvenir pour être optimale. La protection pénale du lien structurel de couple semble en ce sens souffrir d'un problème d'étendue quantitative. L'examen de la protection du lien de filiation témoigne de différentes lacunes. À cet endroit, l'imperfection se porte davantage du côté de la cohérence qualitative. Les incohérences divergent alors dans leur nature puisqu'au caractère partiel de la protection pénale du lien structurel de couple répond dès lors le caractère irrégulier de celle du lien de filiation. À cette fin, l'étude de la protection pénale partielle du lien structurel de couple (*Chapitre 1*) précédera nécessairement celle de la protection pénale irrégulière du lien structurel de filiation (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 1 - LA PROTECTION PÉNALE PARTIELLE DU LIEN STRUCTUREL DE COUPLE

50. - Le lien structurel de couple concerne une union entre deux personnes. Le terme est polysémique et le couple peut revêtir des formes plurales. Son examen reflète le polymorphisme de la famille contemporaine. Le couple traditionnel est fondé sur l'alliance. Bien qu'en diminution, l'institution du mariage concrétise encore majoritairement la permanence de la famille²⁹⁷. Avec les transformations de la conjugalité, le couple contemporain peut tout aussi bien reposer sur la convention juridique du pacte civil de solidarité²⁹⁸ que sur la situation factuelle de concubinage²⁹⁹. S'il est la résultante d'aspirations communes, le couple s'avère distinct des individus le composant. Le couple n'est donc pas un objet naturel du droit pénal, qui appréhende ses sujets dans leur singularité. Le droit pénal ne saurait cependant totalement ignorer les rapports de couple qui constituent le socle de la famille et participent au fonctionnement social dont il a la charge. Le lien spécifique de couple recouvre finalement plusieurs dimensions et occupe alternativement la place de lien de droit ou de fait. Puisque la stabilité et la cohésion de la cellule familiale engendrent celle de la société, il est finalement primordial de protéger le lien structurel de couple dans toutes ses manifestations.

51. - L'incomplétude de la protection pénale du lien structurel de couple constitue une réalité pour le lien matrimonial, mais s'accroît à l'égard des liens extraconjugaux. Afin d'aboutir à l'existence d'une protection complète et identique des différents liens de couple, il apparaît nécessaire de remédier à cette déficience en s'interrogeant sur ses causes et en gommant les inégalités qui en résultent. La protection pénale du lien matrimonial est plutôt sommaire, quand celle des liens extramatrimoniaux n'est que très rarement présente ou effective. La première est relative et limitée dans son étendue matérielle. La seconde se manifeste quant à elle par une absence de mise en œuvre pratique. À la protection pénale

²⁹⁷ En 2012, trois mariages ont été célébrés pour deux pactes civils de solidarité conclus. Le nombre total de mariages s'élève à 241 000 en 2014, dont 231 000 entre personnes de sexe différent et 10 000 entre personnes de même sexe. Le taux de nuptialité de 0,35 % est en baisse faible mais constante puisqu'il s'élevait à 0,45 % en 2004. Le taux de divortialité augmente à l'inverse puisqu'il est passé de 39,2 % en 2004 à 46,2 % en 2014. V. les chiffres de l'INSEE, *Statistiques de l'État civil*, « Évolution du nombre de mariages et de pactes civils de solidarité conclus jusqu'en 2014 ».

²⁹⁸ 168 126 pactes civils de solidarité ont été conclus en 2013, dont 162 072 entre personnes de sexe différent et 6 054 entre personnes de même sexe. Le taux de conclusion du pacte civil de solidarité est en constante augmentation puisque le chiffre s'accroît de 25 à 30 % en moyenne par an depuis sa création. V. S. DAUPHIN, *Actes du colloque « Les transformations de la conjugalité : configurations et parcours »*, CNAF, Dossiers d'études, n° 127, 2010, p. 6.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 6. L'auteur constate qu'« un couple sur cinq vit en cohabitation hors mariage » et que l'union libre est désormais un mode de vie indépendant qui n'est plus forcément considéré comme un préalable au mariage.

relative du lien de couple conjugal (*Section 1*) correspond alors une protection pénale effectivement absente des liens de couple extraconjugaux (*Section 2*).

SECTION 1. LA PROTECTION PÉNALE RELATIVE DU LIEN DE COUPLE MATRIMONIAL

52. - L'évolution du lien familial structurel de couple peut être décrite par un cheminement linéaire, allant de sa création jusqu'à son extinction en passant par sa consécration effective. Ce lien peut donc être appréhendé à différents degrés qui sont le reflet de l'avancement de son processus de formation. L'assertion est comprise avec davantage de facilité en ce qui concerne le lien de couple conjugal, dont les étapes de vie sont juridiquement encadrées. En raison de son statut institutionnel, le mariage ne bénéficie d'aucune définition juridique précise³⁰⁰. Les atteintes qui peuvent lui être portées semblent cependant bénéficier d'un encadrement juridique. Lorsqu'elle porte atteinte au lien conjugal de couple, l'infraction supposée familiale peut potentiellement se rencontrer tout au long de cet itinéraire et son examen prend alors la tournure d'une invitation au voyage. L'infraction familiale peut tout d'abord concerner le lien conjugal de couple en devenir. Elle intervient lorsque ce dernier se trouve à l'état embryonnaire et ne constitue qu'une ébauche de lien. L'atteinte ne sera pas portée directement au lien mais concernera la possibilité de sa formation. Elle touchera donc indirectement le lien en rendant impossible le principe même de sa création. L'infraction peut ensuite se produire une fois le lien conjugal de couple abouti et définitivement formé, auquel cas l'atteinte concernera sa continuité ou sa permanence. Lorsqu'elle se produit, l'atteinte au lien de structure que constitue le lien conjugal de couple a enfin pour cause la volonté d'aller à l'encontre de sa création ou de sa perpétuation et a pour résultat l'impossibilité de son existence ou l'engendrement de son extinction. Le lien conjugal de couple, d'ores et déjà fragilisé par les transformations de la famille contemporaine³⁰¹, s'expose comme victime

³⁰⁰ V. pour une proposition en sens contraire la définition proposée par A. SERIAUX, « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », *D.*, 2005, chron. p. 1966 : « le mariage est une union de droit entre un homme et une femme, en vue d'établir entre eux une communauté de toute la vie. La famille fondée sur le mariage jouit de la faveur de la loi ». Si le juriste peut être tenté par l'appel de la définition, celle qui est ici proposée se veut doublement obsolète. La consécration du mariage entre personnes de sexe identique rend en effet la référence à l'homme et à la femme totalement désuète. La seconde partie de cette définition ne semble en outre pas correspondre aux aspirations de la société contemporaine au sein de laquelle les formes de conjugalités extramatrimoniales sont de plus en plus encadrées par la loi. Puisque ses modalités de formation ainsi que les droits et obligations qui en découlent sont strictement définis, la sagesse appelle alors certainement à rester dans le silence en ce qui concerne la définition juridique du mariage en tant qu'institution.

³⁰¹ V. en ce sens les réflexions de J. MARQUET, « Couple parental – couple conjugal, multiparenté – multiparentalité, Réflexions sur la nomination des transformations de la famille contemporaine », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, « Penser la pluriparentalité et la pluriparenté », 2010, vol. 41, n° 2, p. 51 : l'auteur explique ainsi que « tant la centration sur l'épanouissement affectif que l'autonomisation des individus fragilisent les liens conjugaux et rendent le couple conjugal extrêmement instable ».

potentielle d'une attaque supplémentaire. La protection pénale de la structure familiale d'ensemble passe en outre nécessairement par celle de ce lien et devra être opérante à tous les stades de sa vie. La relativité du phénomène de protection existe néanmoins à tous les échelons de son existence et se voit plus ou moins accentuée selon le degré concerné. La logique voudrait certainement que la protection pénale soit la plus intense là où le lien est le plus vulnérable. Elle devrait donc atteindre son paroxysme au moment de sa création pour s'infléchir au moment de sa perpétuation, puisque le lien est logiquement plus fort une fois constitué. L'examen démontre pourtant qu'il n'en est rien et laisse paradoxalement transparaître le constat inverse. La protection pénale de sa création s'avère totalement marginale quand celle de sa perpétuation reste simplement limitée. L'examen de la protection pénale marginale de la formation du lien de couple matrimonial (§1) se distingue alors opportunément de celui d'une protection pénale plus intense mais néanmoins limitée du maintien de ce lien (§2).

§1. La protection pénale marginale de la formation du lien de couple matrimonial

53. - Le moment de la création du lien de couple matrimonial repose sur l'échange des consentements de deux protagonistes quant à la volonté mutuelle d'institutionnaliser leur relation. L'origine du lien conjugal se rapporte donc directement à l'existence et à l'échange des volontés individuelles qui s'accordent pour adopter un nouveau statut légal. L'expression de volontés concordantes œuvre pour la création factuelle du lien et aboutit à sa formation juridique. Cette dernière dépend de l'expression de volontés et se veut soumise à des conditions matérielles et formelles spécifiques. Lorsque deux volontés concordent dans le même sens, le lien conjugal de couple, qui ne relève originellement que du domaine de la pensée subjective, est susceptible de se matérialiser et d'aboutir à la formation effective et consensuelle d'un lien objectivé, appelé à se maintenir. Cette concrétisation n'est cependant pas toujours chose aisée puisqu'elle peut être empêchée par la survenue d'une infraction présumée familiale. L'apparition de cette dernière aura pour conséquence de faire avorter le projet d'institutionnalisation du lien et pour corollaire l'impossible transformation du lien conjugal subjectif et désiré en lien conjugal objectif et réalisé. La préservation de l'atteinte à la formation du lien conjugal de couple inclut donc nécessairement la protection pénale du lien matrimonial volontaire ou décisionnel, qui relève du psychisme de l'individu et témoigne de la dimension morale ou spirituelle de l'union conjugale. Le lien familial matrimonial qui est l'objet d'une protection pénale est non seulement celui qui se traduit à terme par une composante physique ou matérielle mais avant tout celui qui émane d'une expression authentique de volontés qui tendent vers l'existence d'un consentement mutuel. Si le critère volontariste peut en ce sens être implicitement contenu dans la définition du lien matrimonial

familial et lui était donc intrinsèque en ce qu'il n'existe normalement pas de lien matrimonial institué en l'absence de volontés concordantes³⁰², il n'en constitue cependant pas l'unique caractéristique. Cette précision sémantique ne permet donc pas de déduire qu'il existe un lien familial involontaire protégé par le droit pénal mais n'est pas pour autant redondante en ce qu'elle permet d'insister sur la particularité que revêt la protection pénale de sa dimension consensuelle au regard de celle accordée à sa dimension matérielle.

54. - La protection pénale du lien matrimonial consensuel reste cependant très marginale et inadaptée. Elle ne revêt pas l'importance qui devrait être la sienne dans le système général de la protection pénale de la famille. La politique de lutte contre les infractions familiales est en effet pratiquement inexistante en ce domaine. Afin de pouvoir correctement mesurer les enjeux de la protection du lien matrimonial volontaire, il semble nécessaire de s'interroger essentiellement sur les atteintes susceptibles d'y être portées au sein du milieu interne de la famille. S'il est « évident que le plus grand nombre des délinquants contre l'institution familiale sont les membres de cette famille elle-même »³⁰³, il sera cependant très délicat en ce domaine d'évoquer ces dernières sans les mettre en parallèle avec les potentielles atteintes extérieures. L'analyse cohérente d'un système ayant pour ambition son amélioration, suppose l'adoption d'une perspective globale et réaliste. La mise en lumière des lacunes de la protection actuelle du lien matrimonial volontaire nécessite de ce fait une double observation portant essentiellement sur les atteintes internes mais incluant exceptionnellement les atteintes externes qui peuvent actuellement être considérées comme des infractions familiales partielles. L'étude de ces dernières présente en outre une utilité non négligeable puisqu'elle peut éventuellement constituer à terme le fondement de leur exclusion de la classification des infractions familiales. Cet éclaircissement sert en réalité à mieux les repousser dans l'ombre. Il apparaît nécessaire de remédier à l'inexistence des premières pour constater l'obsolescence des secondes et procéder à leur suppression. Si la protection pénale des atteintes internes au lien matrimonial consensuel s'avère pratiquement inexistante (*A*), celle des atteintes externes qui peuvent lui être portées se révèle obsolète (*B*).

³⁰² Dans le cas où un tel lien parviendrait à se former, le droit pénal interviendrait dans le sens de sa destruction pour protéger l'expression libre du consentement individuel. Dans cette acception, il est possible de considérer que le lien familial matrimonial non consensuel est indirectement pris en compte par le droit pénal et que son anéantissement sert directement la promotion du lien familial consensuel issu de volontés réelles.

³⁰³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, op. cit., n° 696, p. 761.

A. La protection pénale inexistante des atteintes internes au lien matrimonial consensuel

55. - L'intention créatrice du lien de couple matrimonial se manifeste à partir de l'union de deux volontés qui concordent en ce sens. Si « le droit civil ne cesse d'accroître la part des volontés individuelles en matière familiale »³⁰⁴, la création effective du lien de couple n'est cependant pas chose aisée et souffre de nombreux obstacles. Les volontés individuelles apparaissent primordiales à sa formation mais doivent se conformer à des règles spécifiques pour pouvoir se concrétiser. Si elles sont nécessaires, elles ne sont donc pas suffisantes en ce domaine. L'encadrement répressif des fondements volontaires des structures familiales manifeste bien cette restriction et semble « confirmer la fonction accessoire du droit pénal en droit de la famille »³⁰⁵. En apportant son soutien aux limites familiales apportées à l'expression des désirs individuels, le droit pénal renoncerait à son autonomie et se contenterait de son rôle auxiliaire. Malgré les apparences, l'encadrement pénal des volontés individuelles éprouve de multiples restrictions (1). Eu égard au rôle prépondérant qui leur est accordé au sein de la société, il est possible d'affirmer que « le renforcement du droit pénal semble en revanche plus net en faveur des libertés individuelles »³⁰⁶. Cette affirmation n'est cependant qu'illusion puisque la protection pénale de la liberté matrimoniale relève en réalité de la fiction (2).

1. La limitation des volontés individuelles de couple

56. - Les atteintes à l'expression des volontés individuelles de couple peuvent provenir de l'intérieur lorsque l'une d'entre elles n'est pas librement exprimée. Le consentement au mariage s'analyse en une condition de fond indisponible qui exprime la volonté de s'engager dans une vie de couple affective et durable³⁰⁷. La convergence vers la création de l'union ne sera dès lors qu'illusoire lorsqu'elle lui fait défaut. Quand le désir de parvenir à sa création relève davantage de la contrainte que de la liberté qui doit logiquement l'entourer, le droit se permet alors d'intervenir en limitant objectivement l'expression de ces volontés falsifiées, impropres à fonder l'existence d'un consentement réel. Si par l'intermédiaire de la sanction de nullité de l'union, le droit civil semble légitime à protéger l'institution matrimoniale qui constitue son objet d'action principal, « il est toutefois douteux que le droit pénal soit, en la matière, une arme convaincante »³⁰⁸. Dans sa dimension matérielle, la protection pénale du

³⁰⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 36, p. 72.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ L'article 16-2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose en ce sens que « le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux ».

³⁰⁸ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 38, p. 73.

lien matrimonial volontaire s'avère en effet instrumentalisée (a) et révèle une protection apparente de l'ordre public familial (b).

a. Une protection pénale instrumentale du lien matrimonial consensuel

57. - Afin de s'assurer de la libre expression du consentement à l'union matrimoniale, le droit répressif encadre cette liberté en incriminant le fait de contracter un mariage « aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française »³⁰⁹. Le droit répressif sanctionne ce comportement par cinq ans d'emprisonnement et quinze mille euros d'amende. Le texte réprime en outre la « tentative d'organisation d'un mariage aux mêmes fins » et prévoit que « ces peines sont également encourues lorsque l'étranger qui a contracté mariage a dissimulé ses intentions à son conjoint ». Les peines complémentaires d'interdiction de séjour ou du territoire français peuvent également être ajoutées à la sanction de ce comportement³¹⁰. Cette disposition permet d'appréhender pénalement le fait social constitué par l'existence de mariages de complaisance. Cette catégorie regroupe plusieurs réalités qui divergent en fonction du nombre de protagonistes agissant de mauvaise foi. L'union sera qualifiée de « mariage blanc » si les deux époux s'accordent mutuellement pour contracter une union matrimoniale à des fins étrangères à celles qui sont normalement les siennes. Elle sera à l'inverse qualifiée de « mariage gris » dans le cas où l'un des époux seulement contracte une union dans un tel but et laisse l'autre époux de bonne foi dans l'ignorance de ses réelles aspirations. Si cette infraction paraît à première vue se poser dans la droite ligne de la protection de l'institution matrimoniale, son examen approfondi révèle cependant de nombreuses incohérences puisqu'elle s'avère inopérante à plusieurs égards. Lorsqu'il intervient pour encadrer l'existence d'un mariage blanc, le droit pénal ne sanctionne pas l'absence de concordance des volontés mais insiste sur le caractère illégitime de l'objectif poursuivi par ces dernières³¹¹. Le consentement existe mais n'est pas tourné vers une fin socialement acceptable. Il n'est donc pas orienté vers le bon objet et entraîne en ce sens l'intervention du législateur pénal. La chose sera différente à propos du mariage gris qui révèle une volonté unilatérale impropre à former un consentement et à l'égard duquel l'intervention répressive manifeste davantage un intérêt favorable à la promotion de la liberté

³⁰⁹ CESEDA, art. L. 623-1. Le texte contient parallèlement des dispositions similaires concernant la reconnaissance frauduleuse d'enfant qui seront étudiées sous le prisme du lien structurel de filiation volontaire. V. *infra*, n° 226.

³¹⁰ CESEDA, art. L. 623-2.

³¹¹ La lutte contre le détournement de l'institution matrimoniale qui touche directement le droit des étrangers s'avère en outre délicate en ce qu'elle doit impérativement composer avec les libertés individuelles et familiales garanties par ce droit.

individuelle qu'une considération pour la finalité de l'union. En résumé, dès lors que le consentement existe, la recherche de sa finalité prend le relais face à la finalité de sa recherche.

58. - L'incrimination textuelle de la dissimulation de ses intentions au conjoint de bonne foi est, en premier lieu, « pratiquement inutile »³¹². La répression de cette duperie sentimentale entre en effet d'ores et déjà dans le domaine d'application du mariage de complaisance. Contrairement à ce qui pourrait être pensé, sa nouvelle rédaction³¹³ est simplement venue expliciter le dispositif en vigueur mais ne l'a nullement créé. Partant, il apparaît légitime de s'interroger sur la nécessité et sur les conséquences de l'instauration d'une telle disposition. Dans la mesure où elle n'influe pas directement sur la répression, cette précision a pour unique vertu « le souci symbolique de renforcer la portée du droit pénal en la matière »³¹⁴. La consécration textuelle du mariage gris en fait une infraction terminologique viciée par la surabondance. Il pourrait alors être tentant de penser que la cohérence aurait commandé la mise en place d'une infraction autonome, réprimant spécifiquement le cas de cette fraude aux sentiments³¹⁵. Inclure un dispositif dans l'arsenal répressif ne prend en effet sens que si un outil de traitement particulier lui est attribué en conséquence. Sanctionner les mariages gris de façon autonome et supérieure aux peines attribuées aux mariages blancs peut paraître à première vue séduisant, tant les comportements diffèrent dans leur nature : ces derniers mettent en scène deux individus complices qui utilisent frauduleusement l'institution du mariage quand les premiers incluent un auteur qui utilise frauduleusement les sentiments de sa victime. La fraude partagée mériterait à ce titre d'être distinguée de la fraude unilatérale.

59. - L'attrait pour le morcellement répressif des mariages de complaisance n'est toutefois que de courte durée. Non seulement impossible à mettre en œuvre en pratique, cette pénalisation spécifique s'avérerait surtout discriminatoire à l'encontre de l'époux étranger, qui serait le seul à qui la fraude sentimentale pourrait être reprochée. La disjonction des peines porterait, en premier lieu, non seulement atteinte au principe d'égalité qui doit exister entre citoyens devant la loi pénale mais attenterait, dans le même temps, à la liberté fondamentale et démocratique d'accession à la vie familiale. La disposition serait, en second lieu, totalement inapplicable. Elle supposerait en effet de pouvoir statuer avec certitude sur l'intention

³¹² D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 39, p. 73.

³¹³ Issue de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, *JORF* n° 0139 du 17 juin 2011, p. 10290.

³¹⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 39, p. 73.

³¹⁵ V., pour cette possibilité, É. BESSON, *Projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, AN n° 2400, 31 mars 2010. Le projet distinguait spécifiquement la répression de l'étranger qui profitait de la bonne foi de son conjoint et prévoyait à ce titre de faire encourir sept ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende à l'étranger qui « a contracté mariage, contrairement à son époux, sans intention matrimoniale ». Cette proposition a cependant été rejetée à deux reprises par les sénateurs au regard de son caractère discriminatoire.

matrimoniale du conjoint trompeur. Or, cette dernière est susceptible de varier dans le temps et l'espace,³¹⁶ et le jugement porté sur la nature et l'intensité sentimentale ne peut par essence être objectif. Une appréciation fondée sur l'évaluation de la sincérité et de la duperie, pour lesquelles il n'existe aucun instrument scientifique de mesure, relèverait incontestablement de l'arbitraire et doit être de ce fait exclue du dispositif répressif³¹⁷. Le choix a été fait d'instaurer cette différenciation dans le dispositif textuel, sans pour autant lui attribuer de conséquences répressives matérielles. La précision peut devenir surabondante dans la mesure où l'époux étranger, auteur de la tromperie institutionnelle et sentimentale, est parfois susceptible de se retrouver victime de sa propre fraude et d'être sanctionné sur d'autres terrains³¹⁸. La chose est néanmoins regrettable quand elle ne permet pas à la victime du mariage gris d'être précisément reconnue comme telle et quand les deux infractions diffèrent dans leurs conditions de mise en œuvre. L'infraction de mariage blanc a en réalité la lutte contre la fraude au droit des étrangers comme objectif prioritaire, la pénalisation du mariage gris cherchant avant tout à protéger l'expression libre du consentement personnel à l'union. Si la liberté de consentement et le respect des finalités de l'institution matrimoniale s'inscrivent dans les deux cas en fondements de l'action répressive, elles semblent néanmoins se voir accorder une importance opposée en fonction du comportement réprimé. En ce qu'elle porte directement atteinte au droit des étrangers et frappe seulement la victime étatique, l'infraction de mariage blanc peut en outre être considérée comme une infraction portant prioritairement atteinte à l'intérêt général. Si elle trouve légitimement sa place au sein du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, il serait certainement plus cohérent que la répression des mariages gris qui œuvre avant tout pour le respect de l'intégrité psychologique de la personne existe au sein de la partie du deuxième livre du code pénal. L'option choisie, qui repose sur une répression unitaire de ces deux types de comportements, consiste en un pur effet d'affichage. Elle correspond dès lors au moindre mal et fait primer la grisaille sur la clarté.

60.- Parallèlement aux incohérences qui résultent de sa formulation, il convient de remarquer que les peines attribuées aux mariages de complaisance sont élevées et deviennent

³¹⁶ V., pour les difficultés posées par la variabilité spacio-temporelle de la notion d'intention matrimoniale, P. CHEVALIER, « Mariage mixte, loi applicable au consentement et contrôle de l'intention matrimoniale », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 102, p. 9, à propos de cinq décisions rendues par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 1^{er} juin 2001, qui considèrent que « pour apprécier la validité d'un mariage mixte, en particulier du consentement et de l'éventuelle intention matrimoniale, les juges du fond doivent appliquer la loi nationale de chaque époux ».

³¹⁷ Ce processus doit être exclu du dispositif civiliste puisque l'assertion n'est pas sans rappeler la célèbre formule d'A. LOYSEL qui fonde le droit de la famille : « en mariage trompe qui peut ». Lorsqu'elle émane seulement de l'un des époux, la duperie entre donc dans le jeu de l'institution matrimoniale.

³¹⁸ Dans certaines circonstances particulières, l'infraction peut en effet se poser en doublon avec celles d'abus de faiblesse sur personne vulnérable (C. pén., art. 223-15-2), d'escroquerie ou de sa tentative (C. pén., art. 313-1) ou du délit d'obtention induite de documents administratifs (C. pén., art. 441-6).

même considérables lorsque l'infraction est commise en bande organisée³¹⁹. L'importance des sanctions peut cependant paraître paradoxale au regard de la fréquence du comportement. Les mariages simulés ne représentent qu'une part infime des annulations civiles³²⁰. Si la rareté d'un comportement ne doit pas automatiquement commander son absence de répression, cette dernière doit savoir s'écarter quand le dispositif civil de contrôle préventif de l'intention matrimoniale paraît suffisamment propice à l'endiguer et quand il n'est pas certain que la valeur sociale protégée entre réellement dans le rôle du droit répressif. L'étendue des sanctions n'est cependant pas due au hasard et cache certainement une autre réalité. La protection de l'ordre public familial, qui est réalisée à travers celle de l'institution matrimoniale, semble totalement illusoire et relève uniquement de la politique de l'apparat.

b. Une protection apparente de l'ordre public familial

61. - L'insertion terminologique du fait social minoritaire constitué par les mariages gris et la pénalisation excessive des mariages de complaisance ne traduit pas l'intérêt du droit répressif pour l'ordre public familial. Loin de se préoccuper de l'institution que représente le mariage, le droit pénal a davantage pour ambition la sanction du droit des étrangers³²¹. Aucun effort de dissimulation n'est fait pour cacher le véritable but poursuivi par ce texte. Il n'est pas anodin que la sanction des mariages de complaisance trouve sa place dans la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers et au droit d'asile. Le législateur pénal se désintéresse totalement de l'institution familiale qu'il utilise à son gré pour parvenir à d'autres fins : « loin de sanctionner, en soi, le détournement de l'institution matrimoniale, le texte se borne en effet à sanctionner la fraude au droit des étrangers »³²². Loin de traduire le caractère accessoire du droit pénal, cette pénalisation se pose à l'inverse en complète expression de son autonomie et révèle une conception purement utilitariste du lien de famille. Ce dernier est

³¹⁹ L'article 132-71 du Code pénal précise que « constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions ». Lorsque l'infraction de mariage de complaisance est commise dans cette configuration, les peines encourues sont alors portées à dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende.

³²⁰ Les débats relatifs au projet de loi précité relèvent seulement « une quarantaine de condamnations par an en moyenne » et estiment en effet qu'« en 2004, sur 88 123 mariages mixtes célébrés, seuls 395 mariages ont été considérés comme blancs et annulés par la justice, soit 0,45 % », ce qui équivaut à « 71 conjoints de complaisance en 2009 ».

³²¹ Une remarque identique pourrait être faite chaque fois que la finalité originelle du mariage est détournée par des individus désireux de profiter de l'un de ses effets. La fraude à l'institution matrimoniale qui heurte dans le même temps le droit des étrangers semble cependant empreinte d'une dangerosité sociale supplémentaire à celle qui se contente d'en détourner les effets de façon isolée. Les pratiques consistant au rapprochement de fonctionnaires par la conclusion de faux pactes civils de solidarité sont par exemple moins sévèrement appréhendées et exemptes d'intervention répressive. La pluralité de valeurs sociales protégées légitimerait en ce sens l'intervention répressive qui mesure son action en fonction du poids qu'elle leur accorde respectivement.

³²² D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 39, p. 73.

employé comme un moyen destiné à atteindre une fin distincte de celle qui transparaît à première vue. Partant, c'est en réalité bien moins le lien lui-même que le consentement en tant que source du lien qui bénéficie de l'intérêt du législateur répressif. Si la protection du lien existe, elle a lieu de façon indirecte à travers celle de l'expression fondatrice des volontés qui conduisent au consentement qui le forme.

62. - Les interrogations que suscite la limite apportée par le droit pénal à l'expression objective des volontés individuelles ont mené à penser qu'elle tenait « aux difficultés qu'il y aurait à instituer une incrimination générale de détournement d'institution familiale »³²³. Une telle répression serait fondée sur les volontés, qui sont par nature subjectives, et se heurterait au problème épineux de la preuve impossible de l'intention matrimoniale, ainsi qu'à l'absence d'identification d'une valeur sociale suffisamment fondamentale³²⁴. Cette affirmation peut cependant être relativisée, voire inversée. L'absence de répression généralisée de la fraude à l'institution familiale ne procède en réalité non pas de l'impossibilité matérielle de réprimer ce comportement de façon effective mais est la résultante d'une volonté propre du droit répressif. Ce dernier n'opère pas un renoncement forcé à la création de cette infraction mais fait en ce domaine le choix tout à fait conscient de l'absence de répression. Le droit répressif agit par l'intermédiaire d'un moyen qu'il détourne intentionnellement pour atteindre son but. L'infraction serait certes impossible à mettre en œuvre, mais telle ne semble pas être l'ambition de la répression. Le débat est au surplus assez stérile puisque l'atteinte apportée à l'institution familiale ne constitue pas une valeur sociale suffisamment importante pour justifier l'intervention pénale.

63. - Les dispositions répressives touchant aux mariages de complaisance tendent en définitive davantage à protéger l'ordre public général que l'ordre public familial, alors que ce dernier est utilisé au bénéfice du premier. Il est de ce fait possible d'affirmer que le droit pénal se désintéresse de la protection du couple marié considéré en tant que fondateur du lien matrimonial structurel. Le pouvoir de disposer des structures familiales doit rester le privilège du droit de la famille et l'utilisation qui en est faite par le droit répressif est critiquable quand elle donne lieu à des infractions incohérentes, voire injustifiées. Loin d'être protégée, l'institution familiale est détournée dans le but d'atteindre d'autres valeurs sociales auxquelles le droit pénal accorde une importance réelle. En ce qu'elle ne participe pas réellement de la

³²³ *Ibid.*

³²⁴ Sur les difficultés qu'engendrerait la création d'une telle infraction, v. les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 40, p. 74 qui considèrent que la distinction précise et préalable des finalités essentielles et accessoires des institutions familiales serait « abstraitement très complexe » et que la preuve de la finalité poursuivie par l'auteur de l'infraction ne serait pas chose aisée. Les auteurs ajoutent que « la création d'une telle infraction générale supposerait qu'une valeur sociale suffisamment importante soit identifiée pour justifier la compétence du droit pénal. Or, les troubles causés par un détournement d'institution sont trop abstraits et trop variés pour fonder une infraction générale unique ».

protection du lien matrimonial volontaire de couple, l'infraction de mariage de complaisance, telle qu'elle est actuellement mise en œuvre, ne trouve pas sa place dans la catégorie des infractions familiales qui doivent poser la protection de l'institution familiale comme fondement principal de leur répression. Si le droit pénal semble finalement attribuer un poids dérisoire aux atteintes au lien issu de l'expression des volontés individuelles de couple, dont la gestion relève originellement du droit de la famille, il serait légitime qu'il s'applique davantage à protéger celle de la liberté matrimoniale. La protection pénale de cette dernière ne satisfait pas à cette attente et prendra elle aussi les traits de la fiction.

2. L'expression fictive de la liberté matrimoniale

64. - Si le soutien pénal à l'expression des désirs individuels est plus que limité, son renforcement « semble en revanche plus net en faveur des libertés individuelles »³²⁵. Le droit répressif paraît en effet éluder la problématique de la structuration du lien familial pour se concentrer davantage sur l'individu acteur de ce lien et se tourne vers le « soutien qu'il peut apporter à la liberté de constituer une famille »³²⁶. En ce qu'elle constitue pour lui un droit primordial, la liberté à laquelle un individu peut légitimement aspirer arbore le statut de valeur sociale fondamentale. La liberté individuelle entre de ce fait logiquement dans le champ d'action du droit répressif. Sous le prisme de l'individualité, la liberté s'entend donc de la possibilité d'agir sans obstacle pour satisfaire ses aspirations, dans la mesure de ce qui est autorisé par le droit. Elle se rapporte à une « situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il veut toutes ses facultés »³²⁷. Au sein de l'institution familiale, la liberté qui se rapporte au lien structurel de couple est celle de pouvoir librement constituer un couple³²⁸. Rapportée aux trois formes de conjugalité, cette liberté s'avère complète en ce qui concerne le concubinage³²⁹, soumise aux règles de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté pour le pacte civil de solidarité et encadrée par celles du droit de la famille en ce qui concerne l'institution du mariage. Concernant cette dernière, la liberté matrimoniale s'affirme comme l'une des composantes de la liberté

³²⁵ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 36, p. 72.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2014, V° « Liberté », 1^{re} acception, p. 610.

³²⁸ La liberté de devenir parent sera appréhendée sous l'angle de la protection du lien structurel de filiation. V. *infra*, n° 234 et s.

³²⁹ Ce caractère complet est cependant à nuancer puisque la liberté existe mais n'est pas absolue en ce que les concubins sont tout de même tenus de respecter des critères de forme, à l'instar de ceux qui sont liés à l'âge des protagonistes.

individuelle³³⁰ et prend le caractère d'une liberté publique, garantie par l'autorité étatique qui ne peut agir en vue de sa restriction que dans le respect des limites de cette liberté³³¹. S'il n'existe pas à proprement parler de droit absolu au mariage, la liberté de se marier, qui inclut à la fois le choix de recourir ou de se passer de l'institution matrimoniale, est fondamentalement garantie au niveau national comme au niveau international³³². La liberté de se marier a donc pour corollaire négatif celle de ne pas se marier, que le droit répressif semble notamment légitime à protéger³³³. L'examen démontre cependant que la protection actuelle du consentement à l'union matrimoniale relève une nouvelle fois davantage de l'apparence que de la réalité (a) et postule une réflexion prospective quant à l'opportunité du renforcement de l'expression de la liberté de couple par d'autres biais (b).

a. L'apparente protection du consentement à l'union matrimoniale

65. - Le consentement à l'union matrimoniale et la réalité de son existence ne sont pas appréhendés de façon autonome par le droit pénal. Il est cependant pris en compte de façon accessoire et intégré dans l'arsenal répressif au titre des circonstances susceptibles d'aggraver la répression de certains comportements de violences perpétrées contre les personnes. Sont concernées par la circonstance aggravante de violences commises « contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union », les tortures et actes de barbarie³³⁴, le meurtre³³⁵, les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner³³⁶, les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente³³⁷, les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours³³⁸, ainsi que celles qui ont entraîné une

³³⁰ V. not. pour la consécration de ce caractère, Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, §107, Rec. CC, p. 224.

³³¹ L'autorité étatique est notamment légitime à instaurer une limitation légale de l'âge des membres du couple. L'exigence de différence de sexe est de même longtemps entrée dans le cadre de ces limitations.

³³² L'article 16-1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme affirme dans le même sens qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

³³³ L'affirmation du mariage comme liberté peut cependant paradoxalement être vue comme le signe de l'affaiblissement du caractère d'institution sociale qui lui est traditionnellement attribué et justifier le retrait du droit répressif.

³³⁴ C. pén., art. 222-3, 6°.

³³⁵ C. pén., art. 221-4 10°.

³³⁶ C. pén., art. 222-8, 6° bis.

³³⁷ C. pén., art. 222-10, 6° bis.

³³⁸ C. pén., art. 222-12, 6° bis.

incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail³³⁹. Le droit répressif choisit ici de faire de l'atteinte à la liberté de constituer un couple, et de son corollaire négatif qui consiste à être libre de ne pas constituer un couple, une cause générale d'aggravation de la répression des violences contre les personnes. Il attribue en ce sens un effet aggravateur de répression à la liberté individuelle de couple. Partant, il est possible d'affirmer que le lien matrimonial volontaire semble bénéficier d'une protection pénale renforcée.

66. - L'effectivité de cette dernière est cependant à relativiser puisque le comportement de mariage forcé ne bénéficie pas d'une répression autonome. L'absence de consentement à l'union n'est pas appréhendée de façon spécifique mais est prise en compte à travers la répression d'infractions de droit commun qui peuvent se perpétrer en dehors du cercle familial. Le lien matrimonial volontaire n'a pas un rôle créateur de répression mais se contente d'un simple effet amplificateur. La référence à la conclusion d'une union pourrait cependant être saluée si elle incluait une prise en compte de la réalité sociale que constitue le pluralisme conjugal. Dans cet esprit, elle pourrait s'étendre au pacte civil de solidarité dont la constitution nécessite aussi le libre échange des consentements. Si la perspective peut séduire, elle semble toutefois naïve. Au sein de la rédaction du texte, la conclusion d'une union n'est en réalité opposée à la contraction d'un mariage que dans le but d'inclure dans le champ d'application de l'infraction les unions religieuses ou coutumières célébrées à l'étranger, qui ne peuvent être assimilées à notre conception matrimoniale³⁴⁰. L'exégèse appelle à exclure le pacte civil de solidarité du domaine recouvert par le terme d'union. Il est alors possible de constater que « le souci de renforcer symboliquement la liberté du mariage, grâce à la fonction expressive du droit pénal, s'efface à nouveau au profit d'une visée politicienne : afficher publiquement le rejet de pratiques étrangères »³⁴¹. La référence politicienne peut cependant empreindre d'un caractère péjoratif, en ce qu'elle se réfère souvent à l'utilisation instrumentale de la politique. Il serait en ce sens certainement plus juste de se rapporter à la visée culturelle qui révèle un choix de société.

67. - Si tant est qu'elle existe, la protection du consentement à l'union matrimoniale souffre parallèlement de difficultés de mise en œuvre matérielle incontestables. L'intention de

³³⁹ C. pén., art. 222-13, 6^o bis.

³⁴⁰ V. en ce sens les propos de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n^o 47, p. 81 qui font très justement remarquer que « l'article 222-16-3 du Code pénal, qui prévoit aujourd'hui que la loi pénale française s'applique à des violences commises à l'étranger à l'encontre d'une victime résidant habituellement sur le territoire français, porte à opter pour la seconde interprétation et suggère que cette législation est surtout destinée aux mariages forcés conclus, à l'étranger, par des français ou des étrangers vivant en France ».

³⁴¹ *Ibid.*

l'auteur des violences, nécessaire à l'aggravation de la sanction, se heurtera une nouvelle fois à la problématique de la preuve impossible³⁴². Il est en outre possible de noter une difficulté de fond « tenant au fait que les comportements incriminés pouvaient déjà être appréhendés pénalement autrefois, et même le cas échéant plus sévèrement punis »³⁴³. L'apposition de l'atteinte au consentement matrimonial en circonstance aggravant spécifiquement les violences faites aux personnes peut à la fois être vue comme redondante et partiellement inutile. Elle peut au surplus sembler irrationnelle lorsqu'elle aboutit à la répression moins forte d'un comportement pourtant affiché comme portant atteinte à une valeur sociale fondamentale. Le paradoxe n'est cependant qu'illusoire puisque, si la répression s'est amoindrie en ce qui concerne la forme de violence la moins grave, elle s'est au contraire étendue à tous les autres types de violences. Cette insertion a permis l'appréhension globalisée de toutes les formes de violences et a engendré l'émergence d'une sévérité étendue sur un champ d'application plus général. Cette rigueur insidieuse révèle certainement le fait que le consentement de l'individu n'est pas protégé en ce qu'il a trait à l'union matrimoniale considérée comme valeur sociale fondamentale mais en tant qu'expression d'une liberté individuelle générale³⁴⁴. L'inverse aurait voulu que le droit répressif réfléchisse à l'opportunité de la création d'une infraction spécifique de mariage forcé qui aurait eu pour objectif propre la protection du lien matrimonial volontaire. Dans le cas contraire et en l'état actuel des choses, « il est difficile de ne pas se demander si le législateur ne s'est pas livré, une fois de plus, à une simple politique d'affichage, de lutte contre les violences faites aux femmes, voire de stigmatisation des étrangers »³⁴⁵. Le consentement à l'union matrimoniale est en effet protégé de façon fictive puisqu'il s'agit en réalité de protéger avant tout l'intégrité physique et psychique de la personne considérée dans son individualité. Le lien de couple n'est en définitive que l'occasion de renforcer cette protection de manière ostensible lorsqu'il est utilisé à des fins qui doivent normalement rester étrangères au droit répressif. Si la liberté de constituer un couple souffre donc elle aussi de la désaffection du droit répressif, elle

³⁴² Si ces difficultés appellent généralement à avoir recours au système de la preuve indiciaire ou inductive, elles sont exacerbées par le caractère occulte des infractions intrafamiliales.

³⁴³ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 47, p. 80. Les auteurs constatent que le mariage forcé pouvait déjà être réprimé par l'intermédiaire des infractions de viol, d'extorsion ou d'abus de faiblesse qui conduisaient paradoxalement à des sanctions supérieures à celles que fait encourir la circonstance aggravante actuelle en ce qui concerne les violences qui ont entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail.

³⁴⁴ Le processus par lequel le droit pénal s'érige en promoteur de l'expression authentique des volontés et protège le consentement individuel n'est en outre pas cantonné au domaine du droit pénal de la famille. À ce titre, il est dès lors possible d'affirmer que l'intégrité du consentement devient une valeur sociale fondamentale digne d'une protection pénale qui se généralise. V. not. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », T. 36, 2002. Pour la protection pénale du domaine contractuel, v. A. VALOTEAU, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, PUAM, 2006.

³⁴⁵ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 47, pp. 80-81.

demeure pour autant légitime à bénéficier d'une protection effective et « pourrait cependant se voir renforcée différemment »³⁴⁶.

b. L'hypothétique protection de l'expression de la liberté de constitution de couple

68. - L'expression de la liberté de constitution du lien matrimonial de couple pourrait en premier lieu se voir réellement protégée par la création d'une incrimination spécifique de mariage forcé³⁴⁷. Une telle infraction aurait le mérite d'inscrire le consentement des époux à l'institution matrimoniale comme élément constitutif de l'infraction. Elle poserait la protection du lien matrimonial volontaire en principe premier de son action et pourrait entrer dans la catégorie des infractions familiales. L'atteinte aux libertés individuelles que constituerait le mariage forcé érigé en infraction spécifique se verrait cependant certainement réprimée moins sévèrement que lorsqu'elle est appliquée comme circonstance augmentant la répression des violences les plus graves. Lorsqu'elle a un effet amplificateur de répression, la sanction de l'absence de consentement à l'union matrimoniale se base en effet nécessairement sur la peine de l'infraction qu'elle aggrave. Or, les peines attribuées aux infractions de violences contre les personnes sont traditionnellement bien plus élevées que celles associées à la simple sanction du défaut de consentement. L'absence de répression autonome du mariage forcé traduit le choix de la sévérité de la répression et le caractère accessoire attribué par le droit répressif au consentement à l'union matrimoniale. L'effet exacerbant accordé à ce dernier correspond en outre à une réalité factuelle puisqu'il est très rare que le défaut de consentement existe sans violences, abstraction faite du cas dans lequel le consentement falsifié n'est qu'apparent et utile au détournement de l'institution³⁴⁸. Puisque l'une de ces atteintes ne va presque jamais sans l'autre, la protection du consentement de la personne se fera de fait simultanément à celle de son intégrité physique. Si tant est qu'elle soit opportune, l'autonomisation de la répression des mariages forcés paraît très délicate à mettre en œuvre puisqu'elle postulerait un abandon de l'aggravation des violences commises en ce sens et un

³⁴⁶ *Ibid.*, n° 47, p. 81.

³⁴⁷ Cette incrimination spécifique a été mise en place par la Norvège, la Belgique et l'Allemagne. L'article 391 sexies du Code pénal belge prévoit par exemple que « toute personne qui, par des violences ou des menaces, aura contraint quelqu'un à contracter un mariage sera punie d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de deux cent cinquante euros à cinq mille euros ». L'article 222, al. 2 du Code pénal norvégien dispose que « quiconque force quelqu'un à conclure un mariage, en ayant recours à la violence, à la privation de Liberté, à des pressions indues ou en ayant un autre comportement illicite ou en menaçant d'avoir un tel comportement est condamné pour mariage forcé » et que « le mariage forcé est puni d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à six ans ». Au sein de la section 240 (4) du Code pénal allemand, le droit répressif germanique considère enfin depuis 2005 le mariage forcé comme un « cas sérieux de contrainte » en présence duquel l'agresseur encourt de six mois à cinq ans d'emprisonnement si la victime a été illégalement forcée de se marier, avec violence ou menace.

³⁴⁸ La défectuosité se rapporterait dans ce cas à la légitimité du consentement et non au consentement lui-même.

abaissement généralisé de cette répression. Le lien matrimonial volontaire devrait être considéré comme une valeur sociale principale dont la violation pourrait constituer à elle seule un comportement infractionnel, ce qui semble bien loin des préoccupations actuelles du droit répressif. Tant que ces dernières n'auront pas évolué, la création de cette infraction autonome sera impossible et la pénalisation des mariages forcés ne pourra entrer dans la catégorie des infractions familiales. Dans la mesure où l'arsenal préventif du droit civil ne tarit pas d'efficacité, il n'est pas certain que cette pénalisation soit socialement utile. La seconde possibilité se conformerait en la protection du consentement des plus faibles et reposerait sur « la sanction pénale du comportement consistant à arracher à une personne dont les facultés mentales sont altérées son consentement au mariage »³⁴⁹. Une telle spécification retrouverait toutefois les vices de la redondance et de l'inutilité puisqu'elle reviendrait à réprimer un comportement déjà appréhendé par le droit répressif³⁵⁰ et pourrait même s'avérer dangereuse en ce qu'elle pourrait aboutir à une conséquence perverse qui aurait pour effet de priver l'incapable de toute possibilité d'exprimer sa liberté matrimoniale.

69. - La dernière solution envisagée passerait par l'extension de la contravention imputée à l'officier d'état civil qui célèbre le mariage d'un mineur ou d'un majeur protégé sans avoir reçu les autorisations nécessaires de la famille, du tuteur ou du curateur³⁵¹ à l'officier qui refuse la célébration du mariage de façon injustifiée. Ce refus peut notamment avoir lieu suite à la double saisine du procureur de la République pour cause de soupçons quant à l'existence d'un mariage forcé ou de complaisance et qui autorise néanmoins par deux fois la célébration en manifestant son absence d'opposition³⁵². Si ce comportement est d'ores et déjà appréhendé par le droit de la responsabilité civile, la création d'une incrimination pénale « rappellerait, dans l'ordre symbolique, que la liberté du mariage est essentielle et qu'elle doit être identiquement protégée au profit de tous ; elle rappellerait aussi à l'officier d'état civil qu'il est le garant de cette liberté et permettrait d'éviter d'éventuelles dérives pratiques ou de les réprimer si par malheur elles survenaient »³⁵³. Si l'ambition paraît louable, elle est assez hypocrite puisqu'il s'agirait en réalité non pas de protéger l'institution du mariage ou l'expression de la volonté matrimoniale, mais de contrôler l'immigration et de lutter, dans la majorité des cas, contre des pratiques discriminatoires, par l'intermédiaire de l'institution du

³⁴⁹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 48, p. 82.

³⁵⁰ *Ibid.* Les auteurs précisent à ce titre que ce comportement peut déjà être inclus dans les infractions d'extorsion ou d'abus de faiblesse.

³⁵¹ V. C. pén., art. R. 645-3, 2°, qui réprime ce comportement d'une contravention de 5^{ème} classe.

³⁵² Cette possibilité est évoquée par D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 48, p. 83. V. not. la note 168 dans laquelle les auteurs précisent que cette extension « permettrait de garantir la liberté du mariage, et se bornerait en somme à rééquilibrer les solutions actuelles, très rigoureuses à l'encontre du mariage des étrangers, et peu respectueuses de leur liberté matrimoniale ».

³⁵³ *Ibid.*

mariage. Un tel objectif pourrait être salué s'il n'était pas encore possible de sanctionner un tel comportement. Or, la sanction de la pratique discriminatoire, qui consiste pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi à une personne physique, est d'ores et déjà comprise dans l'arsenal répressif³⁵⁴. La nouvelle incrimination, qui gagnerait certes en précision, serait néanmoins redondante et inutile. Elle souffrirait dans le même temps de difficultés pratiques d'application, tenant au problème de la preuve du caractère injustifié de l'opposition. Il conviendrait de déterminer avec précision le champ recouvert par la notion d'injustice et d'être à même de sonder la conscience individuelle de l'officier d'état civil. Cette preuve éprouverait les mêmes obstacles que ceux qui entourent la preuve de l'intention discriminatoire. Loin de résoudre le problème, la création de cette infraction ne ferait que le déplacer. Il est cependant possible d'arguer que la redondance est acceptable quand elle a le mérite d'utiliser l'institution au bénéfice de la répression supplémentaire de la discrimination. Si cette recherche, qui dénonce l'utilisation négative dont le droit répressif fait preuve à l'égard de l'institution matrimoniale, veut rester cohérente, elle doit dans le même temps s'opposer à l'utilisation qui peut en être faite par la positive. Puisqu'elle a pour ambition de mettre au jour les méfaits de l'utilitarisme répressif, cette étude doit en embrasser toutes les illustrations. Il serait par conséquent malhonnête d'en décrier une manifestation pour se féliciter d'une autre. L'examen global des atteintes internes au lien matrimonial volontaire de couple révèle une protection pénale presque inexistante du lien structurel de couple et de l'institution qui lui correspond. La protection apparaît finalement limitée et instrumentalisée. Il est par conséquent nécessaire d'exclure du champ des infractions familiales celles qui n'en ont que l'apparence, et parfois opportun de pénaliser autrement celles qui protègent réellement le lien familial. Si les atteintes qui peuvent être portées de l'intérieur au lien matrimonial volontaire concernent uniquement les restrictions objectives aux volontés individuelles et s'avèrent très limitées, celles qui proviennent de l'extérieur se bornent au domaine des limites formelles que le droit impose à ces volontés et se révèlent complètement obsolètes.

B. La protection pénale obsolète des atteintes externes au lien matrimonial consensuel

70. - Lorsqu'il est issu de la rencontre de volontés individuelles intègres et orientées dans le même sens, le consensus peut se diriger vers la création du lien matrimonial de couple. Cette intention partagée ne peut normalement souffrir d'atteintes qui lui sont inhérentes. Néanmoins, elle peut parfois être entravée par l'intervention d'un tiers à l'union

³⁵⁴ V. C. pén., art. 432-7, 1^o.

matrimoniale. L'atteinte viendra directement de l'extérieur mais ne pourra être perpétrée par toute personne étrangère au lien familial. La possibilité de toucher à la création du lien conjugal suppose en effet que le protagoniste qui se situe à l'origine de l'atteinte ait une capacité préalable d'intervention au sein du processus de formation de ce lien. Si l'officier d'état civil est susceptible de porter atteinte à la perpétration du lien matrimonial matériel existant lorsqu'il ne se conforme pas au respect du principe monogamique³⁵⁵, il ne peut en aucun cas contrevenir à la formation du lien matrimonial volontaire quand ce dernier se caractérise par la création préalable d'une union de couple religieuse, à laquelle il est toujours étranger. Le ministre du culte se place à l'inverse dans cette position, puisqu'il n'est précisément pas en charge du caractère civil de l'union. Il est en ce sens susceptible de porter atteinte « aux formes requises lors de la constitution des liens de famille »³⁵⁶. Afin de ne pas faire obstacle à la création du lien conjugal juridique, qui ne peut émaner que de la célébration civile de l'union, le ministre du culte devra toujours procéder à la célébration religieuse postérieurement à la célébration civile. Le droit répressif prévoit à cet égard que « tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende »³⁵⁷. Par l'instauration de cette répression, le droit pénal semble asseoir la protection de l'institution familiale à travers la primauté de la forme civile du mariage (1). Cette dernière n'est cependant qu'apparente puisque cette incrimination provoque de nombreuses incohérences et se révèle en réalité totalement obsolète (2).

³⁵⁵ Sur cette infraction, v. *infra*, n° 149 et s.

³⁵⁶ V. en ce sens les propos de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 41, p. 74 qui considèrent cette infraction comme une limite formelle à l'expression des volontés individuelles qui participent des fondements volontaires des structures familiales.

³⁵⁷ C. pén., art. 433-21. Les peines complémentaires de l'article 433-22 du même code sont par ailleurs susceptibles de sanctionner ce comportement. Pour les difficultés suscitées par l'application de la deuxième peine complémentaire, v. les développements de A. VITU et M.-Fr. HOMASSEL, « Célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 433-21, Fasc. 20, 2011, n° 32 qui s'interrogent très justement : une juridiction correctionnelle peut-elle interdire au ministre d'un culte d'assurer ses fonctions sacerdotales, considérées comme une activité professionnelle, alors que, pour un prêtre catholique, cette mesure équivaldrait à une suspension *a divinis* qui est du seul ressort des supérieurs ecclésiastiques, pour des motifs relevant exclusivement du droit canonique ? V. dans le même sens les questionnements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 42, p. 75, note 116 qui relèvent que cette peine constituerait « une intervention de l'État dans l'organisation interne de l'Église », si tant est que la célébration d'un mariage religieux puisse être considérée comme une activité professionnelle.

1. La primauté apparente de la forme civile du mariage

71. - Puisque le champ de l'infraction est limité au ministre du culte, les époux ne pourront pas être sanctionnés personnellement, sauf à être incriminés au titre de la complicité³⁵⁸. Par l'encadrement de ce comportement, la loi pénale instaure un ordre chronologique inéluctable et hiérarchise les unions en fonction de leur nature. Partant, l'union civile s'impose comme préalable indispensable à la pérennité légale de l'union religieuse et le ministre du culte qui contrevient à cet ordre de manière habituelle peut être le sujet de sanctions pénales. L'absence de mariage civil antérieur pourrait être considérée comme une condition préalable à la réalisation de l'infraction, qui ne peut exister dans le cas inverse, même si ce critère semble cependant analysé comme un des éléments qui la constituent. La répétition du défaut de justification du mariage civil antérieur entraînera la répression, peu important le caractère falsifié du document ou l'invalidité postérieure du mariage civil. L'examen global du champ d'application de ce délit s'avère nécessaire à la réflexion qui porte sur la cohérence de sa pénalisation.

72. - Au titre de l'élément moral de l'infraction, l'application du droit répressif exige la présence d'une intention coupable de la part du ministre du culte, puisque son caractère correctionnel et positif présume la nécessité de l'intention. Le caractère falsifié de l'attestation, la connaissance personnelle de l'union civile préalable ou la nullité de cette dernière incluront nécessairement l'impunité du ministre du culte, qui sera dépourvu d'intention. La preuve de la connaissance personnelle de l'inexistence de la précédente union sera cependant délicate à rapporter. La matérialité de l'infraction engendre quant à elle davantage de troubles. L'examen de l'incrimination révèle un champ d'application très limité, tant du point de vue de sa sanction que de celui de la prescription. Si la sanction englobe à la fois une peine pécuniaire et une peine privative de liberté, cette dernière semble dérisoire. Les condamnations sont en outre d'une rareté extrême³⁵⁹, ce qui est susceptible de révéler l'inutilité sociale de la répression de ce comportement. Puisqu'il s'agit d'une infraction d'habitude, la prescription triennale court à compter du dernier acte de célébration illicite commis. Si le point de départ du délai favorise la répression, sa relative brièveté mène cependant fréquemment au constat de l'extinction de la prescription. L'étude des éléments constituant le comportement est loin d'emporter l'adhésion quant à son incrimination. Cette dernière se trouve en effet restreinte puisque seulement cantonnée aux mariages religieux. La

³⁵⁸ V. not. A. VITU et M.-Fr. HOMASSEL, « Célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable », *préc.*, n° 34 et 35. Le caractère correctionnel de l'infraction rend en effet possible l'application du régime de droit commun de la complicité aux époux ou aux tiers qui auraient sciemment participé à l'infraction principale.

³⁵⁹ *Ibid.* V. aussi dans le même sens D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 42, p. 75 et Chr. EOCHÉ-DUVAL, « Faut-il dépénaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil ? », *D.*, 2012, p. 2615.

référence religieuse inclut nécessairement celle du culte qui se conçoit comme un hommage religieux. Les notions sont intimement liées et celle de ministre du culte peut s'entendre de « toute personne établie par la religion considérée pour célébrer les cérémonies et conférer les sacrements admis par cette religion »³⁶⁰. Toutes les religions, institutionnalisées ou non, sont susceptibles d'entrer dans le champ d'incrimination du comportement. Pour être réprimée, l'union doit avoir un caractère religieux et être issue d'une pratique cultuelle au sens large du terme. L'analyse pourrait faire penser à une sphère d'application étendue qui justifierait l'existence de la répression. Ce critère pose toutefois doublement problème puisqu'il existe des religions dans lesquelles le mariage prend la forme d'un contrat privé, qui existe sans célébration proprement entendue³⁶¹, et au sein desquelles le ministre du culte ne joue pas de rôle direct³⁶². Ces obstacles engendreront nécessairement des difficultés de preuves quant à l'existence de l'union³⁶³. L'incrimination ne réprime en effet que les actes « qui constituent proprement la cérémonie du mariage, au sens que la religion considérée attache à ce terme »³⁶⁴, peu important que le mariage soit religieusement valable³⁶⁵. La répression implique que le rôle du prévenu ainsi que le déroulement et le sens des cérémonies soient strictement déterminés³⁶⁶ et il ne suffit pas que la cérémonie ait l'apparence d'une union matrimoniale. Il est possible d'affirmer que « la difficulté est sérieuse car le texte paraît imposer aux juges de connaître les rites des différentes religions afin de pouvoir déterminer quels sont ceux qui correspondent à un mariage au sens du culte concerné »³⁶⁷. Sauf à considérer que le but matrimonial de la célébration suffise à la constituer³⁶⁸, indépendamment de l'effectivité du rite religieux, l'infraction s'avère en ce sens malaisée à caractériser. Le critère téléologique, qui semble ici se mêler à la connaissance théologique, paraît néanmoins critiquable puisqu'il sonde les consciences individuelles et se veut nécessairement plus subjectif et obscur que celui de l'union effective. Le caractère habituel qui constitue

³⁶⁰ A. VITU et M.-F. HOMMASEL, « Célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable », *préc.*, n° 10.

³⁶¹ V. les précisions apportées par D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 42, p. 75, note 117.

³⁶² V. not. CA Paris, pôle 2, ch. 7, 17 janvier 2013, inédit, RG n° 11/08385 : les juges considèrent que « le droit musulman ne confère d'ailleurs pas de rôle particulier à l'imam dans la célébration du mariage religieux », qu'« aucun registre des mariages religieux n'est tenu dans la mosquée dans laquelle les cérémonies ont eu lieu » et écartent le délit puisqu'il « existe un doute quant à la nature des cérémonies ».

³⁶³ V. en ce sens J.-Y. MARÉCHAL, « La difficile preuve du délit de célébration de mariages religieux avant le mariage civil », *JCP G*, 2013, n° 15, p. 427.

³⁶⁴ A. VITU et M.-F. HOMMASEL, « Célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable », *préc.*, n° 14.

³⁶⁵ *Ibid.*, n° 15.

³⁶⁶ *Ibid.*

³⁶⁷ J.-Y. MARÉCHAL, « La difficile preuve (...) », *art. préc.*

³⁶⁸ Comme le suggère M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2014, n° 722, p. 771.

parallèlement cette infraction ne fait en outre qu'augmenter les incohérences de sa pénalisation.

73. - Suite à la réforme de l'ancien code pénal, l'infraction a perdu son caractère instantané pour devenir un délit d'habitude. Le ministre du culte qui se contente de commettre ce comportement une seule fois ne sera pas incriminé. Ses agissements prendront un caractère pénalement répréhensible lorsqu'ils se perpétrent une seconde fois. C'est davantage la répétition de l'acte que sa perpétration qui s'avère socialement dangereuse. Pris isolément, le non-respect de la primauté de la forme civile du mariage ne constitue pas un délit. Puisque l'habitude en droit pénal est traditionnellement constituée à partir de la commission du second acte, le comportement ne deviendra délictuel que lors de la célébration de la seconde union. Le passage de la répression de l'instantané à celle de la répétition témoigne d'un abaissement certain de la valeur attribuée par le droit répressif à la primauté de l'union civile. L'exigence de la réitération du comportement révèle en effet son absence de dangerosité sociale intrinsèque. Cette dernière, qui justifie l'intervention du droit répressif, n'émerge qu'au jour du renouvellement de la célébration d'un type d'union identique. Lorsqu'elle n'existe qu'une fois, cette dernière n'est pas suffisante pour porter atteinte au lien matrimonial volontaire, dont l'irrespect implique une récurrence du comportement. Si le véritable motif était la protection de l'institution familiale en tant que telle, la cohérence appellerait à la répression immédiate du comportement. Or, c'est davantage la lutte contre les dérives de l'institution religieuse qui se pose comme fondement de cette incrimination. Reflet d'un archaïsme manifeste, cette dernière, en réalité justifiée par des considérations plus politiques que juridiques, se manifeste uniquement comme une survivance historique qui appelle à prendre la mesure de son obsolescence.

2. L'obsolescence évidente de l'incrimination

74. - Le principe de primauté du mariage civil se trouve directement enraciné dans le temps. La répression de la célébration religieuse perpétrée de manière antérieure par le ministre du culte tire son origine d'un autoritarisme pénal désormais dépassé. Si les deux unions ont été considérées comme « indépendantes dans leur objet et distinctes dans leurs effets »³⁶⁹, cette incrimination résulte de l'héritage de périodes historiques caractérisées par la volonté d'asservir le mariage confessionnel au mariage civil, afin de faire prévaloir « l'idée nouvelle que le mariage est une institution laïque, et que sa valeur légale ne peut pas résulter du seul

³⁶⁹ Chr. EOCHE-DUVAL, « Faut-il dépénaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil ? », *art. préc.*

sacrement religieux »³⁷⁰. Dans une perspective de mise en adéquation des ordres juridiques et sociaux, la protection de l'état civil récemment laïcisé rendait nécessaire la pénalisation du protagoniste se trouvant à l'origine de la célébration d'une union religieuse indépendante, contrevenant à l'ordre social nouvellement établi. Cette incrimination, qui participe aux débats relatifs à la production normative, avait aussi l'intérêt de favoriser le statut matrimonial et d'éviter la multiplication des unions libres susceptibles d'engendrer des filiations non légitimes. Elle garantissait l'ordre public en assurant « au mariage civil la plénitude de sa valeur d'institution du droit de la famille »³⁷¹. L'infraction permettait en dernier lieu d'éviter que « des personnes mariées de façon seulement religieuse et abusées sur la portée du mariage religieux se retrouvent à leur insu dans la situation de personnes non mariées »³⁷².

75. - Eu égard à l'évolution sociale et à la libéralisation des modèles familiaux, il n'est cependant pas certain que cette soumission ait encore un sens, d'autant que le dispositif français « demeure le seul, parmi les pays de droit, à la prévoir dans son arsenal répressif »³⁷³. L'anachronisme³⁷⁴ qui caractérise cette infraction appelle sérieusement à s'interroger sur sa dépénalisation. Il est possible de considérer que « la suppression de l'incrimination pénale ouvrirait la porte à tous les mariages non civils : mariages religieux, mariages coutumiers, mais aussi mariages privés ». La répression serait en ce lieu un moyen de montrer l'attachement culturel de la société au caractère laïc de l'institution matrimoniale. Le symbolisme qu'elle sous-tend rendrait sa suppression assez délicate. Cette dernière engendrerait en outre la montée d'aspirations minoritaires et alimenterait les velléités de dissociations sociales. À cet effet, « on pourra considérer que, loin d'être désuète, l'infraction matrimoniale fait obstacle au communautarisme, en empêchant les ministres des cultes de

³⁷⁰ A. VITU et M.-F. HOMMASEL, « Célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable », *préc.*, n° 5. Les auteurs précisent qu'il paraissait socialement nécessaire d'« empêcher que les ministres du culte fassent croire que la célébration religieuse pouvait suffire à créer, entre les futurs époux, un lien valable ». V. dans le même sens J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, T. 1, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 533, p. 1181 ; Th. REVET, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », *JCP G*, 1987, I, p. 3309.

³⁷¹ A. VITU et M.-F. HOMMASEL, « Célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable », *préc.*, n° 8.

³⁷² A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. « Thémis », 2015, n° 632, p. 444.

³⁷³ Chr. EOCHÉ-DUVAL, « Faut-il dépénaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil ? », *art. préc.* L'auteur pointe l'isolement de la France au sein de l'Europe et du monde libéral. Les autres États ont fait le choix de l'absence de pénalisation et ont rendu libre le mariage religieux en lui reconnaissant parfois des effets civils. *Contra*, v. D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 42, p. 76 : « les enjeux symboliques et pratiques de la nature civile du mariage rendent toutefois la suggestion inopportune : l'intervention de l'officier d'état civil permet de veiller sur l'échange des consentements et de garantir le respect des conditions civiles du mariage ; surtout, et avant tout, elle confère au mariage le caractère d'une union publique, définie par un État laïc, et unitaire ; or l'unité de statut matrimonial participe de l'unité sociale et ce, même à une époque de pluralisme des couples ».

³⁷⁴ L'infraction pourrait regagner en intérêt dans le sens où la reconnaissance du mariage pour tous pourrait aboutir à l'effet pervers de la recrudescence des mariages religieux de la part d'individus manifestant par ce biais leur désaccord avec la nouvelle conception civile du mariage. Le manque de recul temporel rend néanmoins impossible l'étude de la praticité de cette affirmation et l'infraction semble rester caractérisée par la désuétude.

laisser les fidèles opter pour un mariage strictement religieux et qu'elle mérite d'être maintenue »³⁷⁵. Cette vision privilégie néanmoins un aspect très péjoratif du communautarisme social, qui consiste à l'assimiler au contrôle des opinions et des comportements des membres de la communauté qui abandonneraient leur individualisme et s'opposeraient de ce fait à l'organisation nationale. Mené à son paroxysme, ce repli identitaire favoriserait l'émergence d'attitudes criminelles s'opposant aux valeurs sociales fondamentales. La représentation véhiculée par cette idée semble cependant relever de la caricature, puisqu'elle s'attache aux versants extrêmes de l'assise de désirs minoritaires. Ces derniers peuvent à l'inverse être considérés sous l'aspect opposé de la liberté d'opinion et ne constituent pas forcément un danger pour la société. L'argument communautaire semble une fois de plus utilisé pour justifier la répression d'un comportement qui lui est en réalité extérieur et pour lutter de fait contre des valeurs sociales étrangères à celles qui sont affichées. Dans le contexte actuel, il est très peu certain que le législateur répressif puisse longtemps continuer à faire l'économie de la dépénalisation, « faute de pouvoir continuer à donner un sens à cette exception et lui trouver une légitimité constitutionnelle »³⁷⁶. Le maintien de cette incrimination trouve désormais son fondement dans le respect de valeurs traditionnelles dont la conservation n'est guère en adéquation avec les principes qui gouvernent la société contemporaine. À l'heure de la diversification et de l'égalité des modèles familiaux, sa persistance n'apparaît plus légitime. L'égalitarisme qui caractérise dorénavant les différentes formes de vie de couple amènerait à sortir le mariage laïc du rang des institutions civiles pour l'inclure dans une dimension plus personnelle. Il serait potentiellement envisageable de considérer que la vie de couple dans sa globalité relève davantage des consciences individuelles que d'un choix de société. Le rayonnement des libertés individuelles, notamment relatives à la vie familiale et à l'affirmation de la conscience et des opinions religieuses, devrait plus encore commander l'abandon de ce carcan répressif, qui impose la forme matrimoniale du lien de famille à un couple désireux de consacrer religieusement son union. Appréhendée sous cet angle, cette incrimination constitue pour ces derniers une rupture d'égalité dans la liberté de choix qui s'offre désormais aux personnes inscrites dans un lien de couple, si bien qu'il peut être permis de se demander si son maintien en vigueur risquerait « de ne plus avoir d'autre sens que la marque d'une brimade : contraindre par l'amende un couple croyant, pour s'unir selon sa foi, à se marier selon une nouvelle loi civile qui heurte sa liberté de conscience »³⁷⁷. L'argument qui consiste à lier cet interdit au respect du principe

³⁷⁵ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 42, p. 76. V. dans le même sens J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, n° 533, p. 1181 ; Th. REVET, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », *art. préc.*

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.* L'auteur précise en effet que « la liberté du mariage revêt deux visages, le droit de se marier civilement, et, en cause, la liberté de se marier selon ses convictions ».

monogamique est au surplus inopérant, puisqu'il ne concerne pas réellement l'institution familiale et ne correspond pas davantage aux valeurs sociales contemporaines.

76. - Pour toutes ces raisons et si elle est considérée comme telle, l'immixtion étatique dans la pratique des cultes, à l'égard desquels le libre exercice est pourtant reconnu³⁷⁸, s'avère paradoxale et surprenante. L'analyse de cet interdit, « né de l'autoritarisme, pouvant apparaître désuet, liberticide, inégalitaire, isolé dans le monde libéral »³⁷⁹, appelle alors sérieusement à se demander si la pénalisation des célébrations religieuses effectuées sans mariage civil a encore un sens³⁸⁰. Les champs d'application personnels et matériels de l'infraction s'avèrent très limités quand ses sanctions sont théoriquement restrictives et pratiquement inappliquées. L'observation d'une incrimination obsolète, infondée et inégalitaire oriente en outre clairement la réponse vers la négative. Cette infraction, qui reflète la désuétude qui entoure parfois le droit pénal, est en définitive une résurgence du passé appelée à tomber dans l'oubli. Les incohérences générées par sa survie commandent inéluctablement sa mort et il est de ce fait non seulement nécessaire de l'exclure du champ des infractions familiales, mais surtout primordial de la sortir du domaine répressif. Si la protection de la création du lien de couple matrimonial se révèle définitivement marginale, voire inutile, le constat est à relativiser en ce qui concerne celle de la permanence de ce lien. L'examen n'est toutefois guère plus rassurant, puisqu'il est révélateur d'une protection sinon marginale, toutefois limitée.

§2. La protection pénale limitée du maintien du lien de couple matrimonial

77. - Contrairement à l'instant de sa création, la continuation du lien conjugal de couple ne repose pas sur un moment précis mais existe sur un intervalle étendu dans le temps. Ce maintien dans la durée est la suite logique de la réussite de sa formation. La persistance du lien conjugal de couple est le résultat d'une absence d'atteinte à sa création et témoigne du succès de son objectivation. Si la pérennisation du lien peut exister indépendamment de l'application du droit répressif, le souhait de son maintien est souvent exaucé, soit qu'aucune infraction familiale n'y ait porté originellement atteinte, soit qu'une politique de prévention efficace ait été mise en œuvre. La pérennisation du lien conjugal de couple repose

³⁷⁸ V. art. 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

³⁷⁹ Chr. EOCHE-DUVAL, « Faut-il dépénaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil ? », *art. préc.*

³⁸⁰ V. Chr. EOCHE-DUVAL, « Mariage et droit pénal. La pénalisation des célébrations religieuses effectuées sans mariage civil a-t-elle encore un sens ? », *Rev. pénit.*, 2013, n° 1, p. 109. L'auteur remarque que l'interrogation n'est pas nouvelle puisque le problème du maintien de cette incrimination a constamment été mis en exergue dans les dernières décennies.

généralement sur l'assise des liens spécifiques qui en sont issus, au premier rang desquels se situe l'union physique et matérielle du couple conjugal. L'institutionnalisation de l'union engendre en ce sens l'avènement d'un lien charnel concret entre les protagonistes du couple, qui se traduit par la mise en commun des patrimoines intellectuels, financiers et parfois génétiques. La préservation de l'atteinte à la perpétuation du lien conjugal de couple passe donc nécessairement par la protection pénale du lien matrimonial matériel. Il peut à ce stade être très intéressant de noter que ce dernier a en outre potentiellement pour vocation la création du lien structurel de filiation, s'il débouche sur l'établissement d'une filiation. Aller à l'encontre des atteintes à la perpétuation du lien conjugal de couple peut rayonner bien au-delà de sa propre protection, en englobant celle de la structure familiale générale. Ce constat ne donne que davantage de légitimité à la nécessité de sa protection.

78. - À l'instar du raisonnement opéré en ce qui concerne la création du lien conjugal de couple, il conviendra ici de mettre en perspective les atteintes au lien matrimonial matériel perpétrées au sein du milieu familial avec les atteintes provenant de l'extérieur et qui peuvent laisser penser à la manifestation d'infractions familiales. Ce parallèle suivra le même esprit et servira une logique d'analyse identique. Cette dernière permettra de mettre en exergue les imperfections de la protection générale actuelle et révélera des incohérences similaires. Dans une perspective d'ensemble, l'identification des imperfections qui existent dans la protection présente du lien matrimonial matériel commande l'adoption d'une vision dualiste, au sein de laquelle les atteintes internes occuperont une place prépondérante. L'examen des atteintes venant de l'extérieur servira en ce sens à mettre en exergue la prédominance de celles qui se produisent de l'intérieur, ainsi qu'à légitimer leur exclusion du domaine des infractions familiales. Il convient donc finalement de mieux les discerner pour mieux les rejeter et pouvoir aboutir de ce fait à leur inclusion dans une autre classification. Si la protection pénale des atteintes internes au lien matrimonial matériel apparaît d'ores et déjà restreinte (*A*), celle des atteintes externes qui peuvent lui être portées se révèle encore plus amoindrie (*B*).

A. La protection pénale restreinte contre les atteintes internes à la perpétuation du lien matrimonial matériel

79. - Le lien matrimonial matériel existe comme résultante de tous les rapports tangibles qui existent entre les membres de l'union et se rapporte tant aux devoirs de secours et d'assistance qu'aux relations charnelles qu'ils entretiennent. S'il ne se limite pas à cette dernière acception, la présente étude fait le choix de l'appréhender prioritairement sous cet angle qui traduit la protection pénale restreinte contre les atteintes internes à la perpétuation du lien matrimonial matériel de manière significative. En marge de ses dimensions économiques et financières, le lien matrimonial matériel peut dès lors se définir comme la relation physique

existant entre les deux membres du couple conjugal et se caractériser comme tel lorsqu'il se matérialise. Ce rapport charnel se traduit traditionnellement par l'existence de relations sexuelles entre les protagonistes de l'union. Dans une acception plus large, le lien matériel issu de l'union matrimoniale peut toutefois correspondre à un rapport d'interdépendance plus global. Ce dernier se traduit tout d'abord par une interaction économique, mais intéresse principalement un lien physique plus global. Il inclut l'idée d'exclusivité ou de monopole et trouve sa traduction dans le devoir plus général de fidélité. Si l'adultère n'est plus pénalement incriminé³⁸¹, le devoir civil de fidélité perdure entre les époux³⁸² et le comportement adultérin constitue à ce titre une faute civile conjugale. Le non-respect de ce devoir ne peut donc plus être directement appréhendé pénalement, mais son existence inclut cependant celle d'autres principes³⁸³ qui pourront avoir des conséquences en termes d'incriminations pénales familiales, au premier rang desquels figure le principe monogamique. La matière répressive a effectivement fait le choix d'abandonner la protection de la « foi conjugale »³⁸⁴ au profit de celle de l'union monogame. La protection du devoir de fidélité et de la légitimité de la filiation est sortie de la sphère pénale quand celle du principe monogamique et de l'unicité de l'institution matrimoniale y demeure. Bien que diminuée, la protection pénale du lien matrimonial matériel semble donc à première vue exister. La monogamie, qui correspond au caractère unique du mariage, peut être conçue comme un « système juridique dans lequel un homme ou une femme ne peut avoir plusieurs conjoints en même temps »³⁸⁵. Partant de cette définition, il est intéressant de remarquer qu'elle se cantonne à l'union matrimoniale et que le vocable exclut de ce fait la référence à toute autre forme de couple. Si le caractère monogame de l'union peut théoriquement se retrouver dans chaque vie de couple, le qualificatif qui lui est juridiquement attribué se détache alors volontairement du pacte civil de solidarité et du concubinage³⁸⁶. Par conséquent, la monogamie, qui s'oppose dans son principe à la conclusion d'unions multiples, ne renvoie pas à toute forme de couple instituée mais reste réservée au mariage dans son utilisation terminologique. Le principe monogamique prend de ce fait la figure de corollaire nécessaire du rapport d'équilibre qui doit exister entre les époux. Sa protection a en ce sens pour objectif d'assurer la perpétuation pacifique du lien conjugal

³⁸¹ L. n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* n° 0161 du 12 juillet 1975 : cette réforme, portée par l'évolution des mœurs et notamment animée par le rétablissement de l'égalité entre époux qui était rompue par cette infraction, a dépénalisé l'adultère abrogeant les articles 336 à 339 de l'ancien Code pénal. Le caractère de cause péremptoire de divorce associé au comportement adultérin a été supprimé dans le même temps.

³⁸² C. civ., art. 212 : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance. ».

³⁸³ Si la répression des comportements d'adultère et de bigamie peut être liée, il n'est pas évident qu'elle soit fondée sur des valeurs absolument identiques.

³⁸⁴ L'expression est empruntée à B. BOULOC, « Mariage et droit pénal », *Rev. pénit.*, 1964, p. 285.

³⁸⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « Monogamie », p. 663.

³⁸⁶ La conclusion de plusieurs pactes civils de solidarité peut être qualifiée de *polypacsie* quand la multiplication des unions libres et non juridiquement instituées peut factuellement être qualifiée de *polyconcubinage*.

existant. La philosophie kantienne considère à ce titre que « le rapport des époux est un rapport d'égalité de possession »³⁸⁷ qui ne peut exister réellement que dans la monogamie. Afin de garantir le maintien effectif de cette harmonie, une personne matériellement engagée dans un lien conjugal ne doit pas pouvoir être à l'origine de la création d'un second lien identique avant la disparition du premier. Partant, la conception monogamique du mariage interdit absolument à chaque époux de contracter un second mariage avant la dissolution du premier. L'interdit général d'accumulation des unions prohibe dans le même temps le fait de contracter un pacte civil de solidarité avant la dissolution du mariage ou du premier pacte civil de solidarité. La *monopacsie* existe aux côtés de la monogamie et le droit refuse tout cumul entre les formes de vie de couple qu'il institutionnalise. En ce sens, il est possible d'affirmer que toute forme de *polyunion* est prohibée dès lors que cette dernière est juridiquement encadrée. Le comportement qui consiste pour l'un des protagonistes du lien conjugal matériel à contracter un second lien analogue contrevient directement au principe monogamique et se pose en contradicteur d'un fondement qui relève à la fois du domaine des mœurs et de celui du droit. Il est possible de dire que « si ce fait se produit, non seulement il appartient à la loi sociale de dénier tout effet juridique au second mariage, mais encore de l'incriminer comme antithèse même du principe organique de la société domestique »³⁸⁸. Appréhendé comme élément constitutif de la société et de la famille, le principe monogamique traduit en conséquence une valeur sociale fondamentale, que les matières civile³⁸⁹ et répressive ont pour prérogative théorique de préserver. Il est finalement possible d'affirmer que « l'interdiction de la polygamie – avec son corollaire positif, l'institution du mariage monogamique – est une clef de voûte de la civilisation juridique européenne »³⁹⁰, qu'il est indispensable de protéger. La sauvegarde du principe monogamique passe nécessairement par l'institution de son corollaire négatif, qui se manifeste dans les comportements infractionnels de bigamie et, à plus forte raison, de plurigamie.

80. - Si l'interdiction de la bigamie peut présenter un lien avec l'état des personnes, dans la mesure où ce dernier a vocation à l'individualisation familiale et sociale et comprend en outre

³⁸⁷ E. KANT, *Métaphysique de mœurs - Première partie - Doctrine du droit*, Librairie philosophique J. Vrin, 1971, p. 157 : le philosophe décrit ce rapport tant du point de vue des biens que des personnes, à l'égard de qui il existe un rapport de possession réciproque qui ne peut effectivement « avoir de sens qu'en la monogamie, car dans la polygamie la personne qui se donne ne conquiert qu'une partie de celle à laquelle elle se livre toute entière, faisant ainsi d'elle-même une simple chose ».

³⁸⁸ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. 2, Sirey, 3^e éd., 1913.

³⁸⁹ Le principe monogamique est affirmé par le Code civil qui dispose à ce titre en son article 147 que l'« on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier » et sanctionne ce comportement attentatoire à l'état civil des personnes par la nullité du second mariage.

³⁹⁰ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », in R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS (dir.), *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges RIPERT*, vol. 1, « Droit de la famille », L.G.D.J., 1950, p. 325, spéc. p. 341 et J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, T. 1, PUF, 2004, n° 539, p. 1191.

sa situation à l'égard de l'institution matrimoniale, la raison d'être principale de la préservation du lien matrimonial matériel concerne originellement la volonté d'affirmer le principe monogamique³⁹¹. Dans une perspective plus restreinte, le lien conjugal matériel peut dans le même temps se rapporter aux relations charnelles. L'attachement matériel ne se réfère plus dans ce cas à un sentiment d'appartenance réciproque général mais concerne les rapports physiques concrets qui existent entre les membres du couple. Dans cette acception resserrée, le lien conjugal matériel intéresse directement les relations sexuelles. Ces dernières sont assimilées aux effets personnels du mariage et issues de l'obligation civile de communauté de vie³⁹², qui se traduit traditionnellement par un devoir de communauté de toit et de communauté de lit. Les époux ont théoriquement la double obligation de vivre matériellement ensemble et d'avoir des relations intimes. Ces dernières sont regardées comme la conséquence logique de la création du lien matrimonial charnel et constituent en ce sens une des bases structurelles de la famille. Par conséquent, les relations sexuelles sont bien entendu autorisées, voire encouragées, mais seulement entre les deux protagonistes du couple. Les relations sexuelles qui pourraient se perpétuer hors du couple conjugal, entre l'un de ses membres et un tiers au cercle familial, constitueraient une simple faute civile contrevenant au devoir de fidélité, qui n'est plus pénalement appréhendé. Tout rapport charnel qui a lieu dans le milieu clos de la famille, mais qui inclut d'autres membres de cette dernière, sera à l'inverse pénalement prohibé lorsque l'un des protagonistes est mineur. Cette proscription, qui traduit l'importance occupée par la protection de l'intégrité du mineur face à celle accordée au lien de famille, se manifeste dans l'interdit de l'inceste. Elle révèle l'importance du principe exogamique, qui se définit comme l'obligation pour les membres d'un groupe social de choisir leur conjoint en dehors de celui-ci. Rapportée au lien conjugal matériel, l'exogamie familiale consiste à n'entretenir des relations sexuelles qu'avec la personne de son conjoint. Le principe exogamique a pour corollaire négatif l'interdiction de l'endogamie, qui consiste à établir un lien conjugal à l'intérieur d'un même groupe familial. La protection du principe exogamique œuvrera en ce sens directement en faveur d'une perpétuation paisible du lien conjugal existant. Dans sa dimension charnelle, l'endogamie familiale comprend le fait de ne pas entretenir de relations sexuelles avec un autre membre de sa famille. La relation incestueuse se pose en effet en contradiction avec l'ordre social et la sauvegarde du principe exogamique doit parfois passer par la répression de ce comportement.

81. - Saisi dans la globalité de sa portée, le lien matrimonial matériel peut donc être abordé sous une double perspective. Entendu largement, il induit la nécessité théorique de la protection pénale du principe monogamique. Il conduit à l'inverse à celle du principe

³⁹¹ B. BOULOC, « Mariage et droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 294.

³⁹² C. civ., art. 215, al. 1^{er} : « Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. ».

exogamique lorsqu'il est perçu restrictivement. L'observation de l'état actuel de ces protections appelle néanmoins à constater qu'aucune d'entre elles ne semble adhérer à cet impératif. Il apparaît alors nécessaire de s'interroger tant sur les fondements que sur les répercussions de ce délaissement, pour pouvoir mesurer les impacts de ce renoncement en termes d'adaptation de la protection pénale. Le constat de la carence de la protection présente, qui peut se traduire plus simplement en celui d'une absence de protection effective, pourra alors engendrer plusieurs effets contradictoires. Ce renoncement peut en premier lieu être la résultante logique du fait que la valeur sociale protégée par les principes monogamique et exogamique n'est plus considérée comme une valeur fondamentale par la société contemporaine. Cette absence peut en second lieu être considérée comme une défaillance par rapport à l'importance réelle que revêtent encore ces valeurs. Selon la cause retenue, il conviendra alors d'opter pour des prescriptions contradictoires. Dans le premier cas, il sera nécessaire et cohérent de prendre des mesures d'exclusion de la classification des infractions familiales. La solution se portera à l'inverse vers une augmentation de la protection, dans le second cas de figure. En d'autres termes, l'issue de l'analyse consistera soit en la légitimation d'une réalité, soit en la correction d'une erreur. Afin de pouvoir parvenir à la conclusion la plus cohérente, il est alors préalablement nécessaire de se prononcer sur les origines du caractère restreint de la protection pénale des atteintes internes au lien matrimonial matériel, pour lequel l'objectif de protection ne semble plus être une priorité. Ce lien, qui fait partie intégrante du lien familial structurel, souffre en effet d'une dépréciation dont l'intensité différera selon le principe concerné. L'observateur peut dans tous les cas être amené à constater que « la politique du droit pénal à l'égard des principes monogamique et exogamique n'est pas très assurée »³⁹³. La protection pénale du principe monogamique souffre en effet d'un simple affaiblissement (1) alors que celle du principe exogamique relève d'une réelle illusion (2).

1. La protection pénale affaiblie du principe monogamique

82. - La polygamie se conçoit juridiquement comme un état matrimonial à l'intérieur duquel il est permis à un époux d'avoir plusieurs conjoints de façon concomitante. Elle peut ainsi être distinguée de la polygamie de fait qui consiste à entretenir simultanément plusieurs relations de couple non fondées sur le lien conjugal. La relation polygamique de droit, qui se traduit par « la reconnaissance par certains statuts personnels de la possibilité légale de l'existence de mariages simultanés »³⁹⁴, pourra revêtir des dénominations spécifiques en

³⁹³ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 16, p. 58.

³⁹⁴ M. LAMARCHE, « Ne confondons pas polygamie et bigamie ! Distinguons unions légales et unions de fait », *Dr. fam.*, 2010, n° 7-8, alerte 47, p. 3.

fonction du sexe du membre du couple qui en est à l'origine. Ce comportement prend le nom de polygynie lorsque, dans le même temps, un homme est inscrit dans un lien conjugal avec plusieurs femmes et se voit qualifié de polyandrie lorsqu'une femme a plusieurs maris dans les mêmes circonstances³⁹⁵. La situation dans laquelle une même personne serait concomitamment inscrite dans ces deux conduites pourrait alors être désignée par le terme de polygamie réciproque ou *plurigamie*. Le cas théorique dans lequel la polygamie existerait pour les deux membres du couple initial pourrait enfin être qualifié de *polyandrogynie plurale*. La monogamie, qui constitue donc une forme institutionnelle « retenue par d'autres statuts personnels, impose en revanche de ne contracter valablement qu'un seul mariage à la fois »³⁹⁶. Une alternative systémique existe entre la forme sociale polygamique ou monogamique de l'union matrimoniale. En effet, « la monogamie ne saurait prétendre au rang d'institution de droit naturel, puisqu'il lui manque l'universalité »³⁹⁷. La bigamie ne peut nullement constituer un comportement infractionnel au sein d'un système polygame et ne peut par essence exister qu'au sein d'un système monogamique. S'il est coutumier de confondre la polygamie et la plurigamie, il semble que les deux termes ne traduisent pas la même idée. La polygamie, qui constitue un choix spécifique d'organisation sociale, se distingue substantiellement et terminologiquement de la plurigamie, qui désigne l'état dans lequel se place un individu qui viole le modèle social monogame. La bigamie représente un cas particulier de plurigamie et traduit l'existence d'une seule relation externe entre un membre du couple conjugal et une tierce personne. Il peut cependant être tentant de confondre les deux termes, « la polygamie supposant nécessairement la bigamie, et les normes sociales comme juridiques ne distinguant généralement pas ces deux comportements »³⁹⁸. En tant que comportement, la relation bigame se confond avec la plurigamie dans laquelle elle est naturellement comprise et ne sera pas réprimée dans une société polygame. En tant qu'infraction, elle ne peut cependant se concevoir qu'à l'intérieur d'un système monogame, de telle sorte qu'il n'est pas cohérent de parler de répression de la polygamie³⁹⁹. La bigamie, en tant qu'état plurigamique restreint, existe seulement dans le cas où un unique lien conjugal se superpose au lien préexistant. Si les modes de fonctionnement polygames constituent le fondement d'un certain nombre de systèmes sociaux⁴⁰⁰, ils se placent en opposition

³⁹⁵ Si les unions se limitent chaque fois à la superposition de deux liens conjugaux, elles pourront alors respectivement être qualifiées de bigynie ou de biandrie. Les cas de polygamie homosexuelle dans lesquels un homme a plusieurs maris ou une femme a plusieurs femmes peuvent également être théoriquement appréhendés.

³⁹⁶ M. LAMARCHE, « Ne confondons pas polygamie et bigamie ! (...) », *art. préc.*

³⁹⁷ G. ENDRÉO, « Bigamie et double ménage », *RTD Civ.*, 1991, p. 263.

³⁹⁸ Ph. BONFILS, « Bigamie », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2007, n° 1.

³⁹⁹ V. en faveur d'une différenciation des deux situations, B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN-Joly, 1993, pp. 6 et s.

⁴⁰⁰ La polygamie serait autorisée dans une cinquantaine d'États dont la majorité se situe en Afrique et en Asie du Sud et sont de confession musulmane. V. G. PISON, « La démographie de la polygamie », *Population*, 1986, vol. 41, n° 1, pp. 93 et s.

catégorique avec les principes originels qui gouvernent la majorité des sociétés occidentales⁴⁰¹. L'affirmation peut cependant être nuancée au regard de l'évolution sociale actuelle au sein de laquelle les mentalités et consciences individuelles admettent davantage la multiplication simultanée des unions, particulièrement lorsque ces dernières ne sont pas juridiquement institutionnalisées. Il est coutumier d'affirmer qu'au sein de ces dernières, « la monogamie a toujours été la règle, on pourrait dire le dogme des sociétés, aussitôt qu'elles ont eu le sentiment de l'égalité morale des individus, indice et facteur tout à la fois de leur perfectionnement »⁴⁰². Au regard de cette assertion, le principe monogamique constitue la base de la société et occupe le rôle de garant de l'ordre moral. Il est à cet effet possible de considérer que « l'esprit de la répression de la bigamie est le reflet, et l'aboutissement, d'une évolution profonde tenant aux fondements du principe de la monogamie, et aux valeurs sous-tendues par le mariage »⁴⁰³. Partant de cette idée, l'ordre juridique, qui contribue au maintien de l'ordre social, doit nécessairement œuvrer pour la protection de ce fondement social.

83. - À cet égard, la protection civile du principe monogamique se comprend aisément et ne pose pas de réelles difficultés. Il s'agit d'attribuer en toute logique la sanction spécifique de nullité à la seconde union qui a été contractée en violation des devoirs civils de fidélité et de communauté exclusive de lit et qui constitue à ce titre une faute portant atteinte à l'état civil des personnes. Le volet pénal de cette protection présente quant à lui moins de certitudes. Le choix qui consiste à attribuer à un comportement un caractère infractionnel emporte des conséquences bien plus attentatoires à la liberté individuelle du justiciable. La sanction civile porte en effet sur un acte alors que la sanction pénale affecte directement la personne. Cette décision se traduit inéluctablement par l'existence théorique d'une sanction pénale qui peut naturellement aboutir au prononcé pratique d'une peine. Seul le risque d'atteinte à une valeur sociale considérée comme fondamentale sera à même de justifier ce choix. Il est effectivement cohérent de penser qu'il n'y a pas lieu de criminaliser un acte à moins que sa perpétration n'entraîne des conséquences sociales nuisibles⁴⁰⁴. Ce processus *d'infractionnalisation*, qui consiste en l'attribution du caractère infractionnel à un comportement spécifique, sera fonction de l'importance que la société accorde à la valeur à un instant précis de son développement. Le fonctionnement social peut être calqué sur celui du

⁴⁰¹ Certaines branches minoritaires du judaïsme ou du christianisme ont en effet pu considérer ou considèrent encore actuellement la polygamie comme un comportement acceptable socialement ou juridiquement.

⁴⁰² St. WILLM, *De la bigamie en droit criminel*, Thèse, Bordeaux, 1898, p. 1 : l'auteur pose en ce sens l'égalité morale des sexes comme « base et raison d'être du principe monogamique ».

⁴⁰³ Ph. BONFILS, « Bigamie », *préc.*, n° 4.

⁴⁰⁴ V. en ce sens les propos de Gl. WILLIAMS, « Language and the Law - I », in *The Law Quarterly Review*, 1945, vol. 61, p. 77 : « we now think that an act should not be made a crime unless its commission involves harmful social consequences ».

système de la famille qui n'est autre qu'une société à échelle réduite et il est cohérent de considérer la société comme un système adaptable en constante évolution. La force attribuée à une valeur sociale ainsi que l'impératif corollaire de sa protection pénale sont susceptibles de varier au gré des époques. Par l'instauration d'une protection pénale de ces dernières, la société affirme son autorité et « fait sentir le poids de sa contrainte, en matière matrimoniale, par les interdits et les rites qu'elle impose »⁴⁰⁵. La répression des atteintes portées à l'institution matrimoniale est donc la traduction directe de la conception sociale de l'institution familiale et des caractéristiques qui la représentent.

84. - En ce qui concerne la répression des relations polygamiques, tout l'enjeu réside dans la mesure de l'importance attribuée au principe monogamique par la société contemporaine. La détermination de la portée actuelle de ce fondement social influera alors directement sur l'impact social que peut présenter une entorse à ce principe et orientera de ce fait la réflexion sur la pertinence de sa prise en compte par le droit pénal. Afin de prendre la mesure des enjeux spécifiques de cette répression et de pouvoir se prononcer sur l'opportunité de l'encadrement répressif des atteintes au principe monogamique, cette réflexion devra préalablement s'orienter sur le risque qu'elles représentent pour les ordres sociaux et familiaux. Il sera par la suite nécessaire d'examiner la cohérence de la réponse pénale actuelle et de tirer les conséquences de cette analyse. Selon le chemin privilégié, la répression des comportements de bigamie et de plurigamie pourra s'ancrer dans la continuité ou dans la rupture. La première solution postulera une amélioration de la répression existante, quand la seconde appellera une nécessaire sortie du domaine infractionnel. Si la monogamie reste indéniablement un des principes fondateurs de l'ordre social, il semble que la force qui lui est attribuée perde en intensité à mesure de l'évolution des mœurs et de la libéralisation de la conjugalité. L'examen de la mise en œuvre de sa répression actuelle révèle certaines lacunes auxquelles il s'avère primordial de remédier. Afin de pouvoir répondre de façon pertinente aux imperfections de la protection pénale actuelle du principe monogamique (*b*), il est préalablement nécessaire de mettre en lumière les fondements de sa protection pénale originelle (*a*).

a. Les fondements de la protection pénale originelle du principe monogamique

85. - Les atteintes portées à l'institution matrimoniale s'ancrent dans une problématique particulière par rapport au lien traditionnellement effectué entre la stabilité du mariage et celle de la société. Afin de pouvoir légitimement se prononcer sur la question de leur gravité

⁴⁰⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, T. 1, PUF, 2004, n° 539, p. 1191.

sociale, il est nécessaire de savoir en apprécier la nature et d'en connaître les manifestations actuelles. Pour cela, il s'avère primordial de déterminer en premier lieu les raisons du caractère fondateur attribué au principe monogamique, puis d'en examiner les répercussions quant à la répression, en analysant la réponse pénale apportée aux atteintes qu'il est susceptible de subir. L'étude des sources de l'instauration du principe monogamique comme fondement social (α) devancera naturellement l'examen de ses répercussions répressives (β).

a. Les sources de l'instauration du principe monogamique comme fondement social

86. - La monogamie peut être considérée comme un choix social qui règle les domaines de l'alliance et des relations charnelles du couple conjugal. Elle se conforme aux origines philosophiques et religieuses des sociétés occidentales et peut être regardée comme un principe social fondateur. Dans la philosophie hégélienne, « le mariage – et essentiellement la monogamie – est l'un des principes absolus sur lesquels repose le caractère éthique d'une communauté »⁴⁰⁶. Pour le philosophe, le mariage est monogamique car il consiste en un don réciproque de la personnalité individuelle de chaque membre du couple. La monogamie traduit donc une unité éthique issue de la différence et existe originellement comme principe régulateur de la conduite morale. L'assise de la moralité publique semble ici s'ériger en justification principale de son existence. Il est possible d'affirmer, à propos des relations polygamiques, que « le moraliste intransigeant et exclusif par essence les rejette immédiatement au nom de la dignité humaine et de la conscience »⁴⁰⁷. Le principe monogamique serait intégré dans les valeurs qui guident les comportements sociaux et les règles juridiques devraient assurer son respect. Dans cette acception, toute atteinte à l'institution matrimoniale et aux principes qui la gouvernent est donc susceptible de contrevenir dans le même temps à la moralité publique. Les entorses potentielles qui peuvent être portées au principe monogamique doivent être strictement encadrées pour maintenir le bon ordre social. La moralité publique demeure le principal critère ayant engendré la reconnaissance de l'utilité sociale de la monogamie. Elle n'en constitue cependant pas l'unique fondement. Son existence a en effet pu être reliée à la nécessité de conservation et de transmission de propriété au sein d'une même famille. En marge de ses fondements moraux, le principe monogamique aurait pour origine des considérations économiques et servirait directement la conservation et la transmission du patrimoine familial⁴⁰⁸. La sanction pénale de

⁴⁰⁶ G. W. Fr. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit* (1820), PUF, coll. « Fondements de la politique », 1998, n° 167, p. 246.

⁴⁰⁷ St. WILLM, *De la bigamie en droit criminel*, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰⁸ V. en ce sens les développements de Fr. ENGELS, « La famille monogamique », in *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État* (1884), Éd. Sociales, 1975, pp. 70 et s. Le philosophe décrit la nécessité de concentration des richesses au sein d'une même famille comme cause originelle de l'émergence du principe monogamique. L'évolution sociale conduira par la suite à l'abandon du critère économique pour l'idéologie de

l'adultère garantirait aussi indirectement la sécurité des filiations. Son utilité sociale et familiale peut cependant être remise en cause à l'époque contemporaine dans laquelle la certitude relative à la filiation est désormais gouvernée par l'analyse scientifique.

87. - L'idée générale de sanction d'un comportement transgressant les normes sociales en vigueur s'avère tout à fait cohérente et ne semble pas se prêter à la contestation. Il en va tout autrement en ce qui concerne la détermination des acteurs et de la nature de cette protection. Si « les atteintes les plus sérieuses au mariage sont évidemment celles qui heurtent les caractéristiques essentielles de l'institution »⁴⁰⁹, il est clair que « toutes ne justifient pas pour cet unique motif la répression pénale »⁴¹⁰. De ce fait, « l'atteinte doit comporter un degré de gravité et de répression sociale qui rende à la fois plausible et nécessaire l'intervention du droit pénal »⁴¹¹. L'importance théorique d'une attaque portée à un principe regardé comme un fondement principal de l'ordre social constitue assurément une réalité. L'impact négatif qu'elle peut engendrer sur le maintien de l'ordre familial peut susciter une vive réaction de la part de la société. Si la volonté de préservation des valeurs sociales est extrêmement compréhensible, les moyens pouvant être mis en œuvre pour y accéder ne sont en revanche pas toujours les plus légitimes. La velléité de protection peut rapidement laisser place à l'excès de zèle dans la mise en place de sanctions dont le caractère coercitif n'est pas justifié. Il convient de faire preuve de rigueur et de mesure chaque fois que la sanction pénale sera envisagée comme réponse à la protection d'une valeur sociale.

88. - S'il est souvent logique d'envisager l'encadrement répressif des atteintes à l'institution matrimoniale comme une potentialité, sa mise en œuvre effective ne doit avoir lieu qu'en dernier ressort, lorsque les autres solutions ne suffisent plus. Chaque fois que la réflexion se portera sur la nécessité de l'intervention répressive, il devra par conséquent être tenu compte « non seulement du caractère répréhensible et de la gravité intrinsèque des comportements prohibés, mais aussi de la qualité et de la suffisance des solutions non répressives »⁴¹². Ce raisonnement, qui appelle mesure et cohérence, doit être mis en œuvre quand la société succombe à l'appât du tout répressif. L'intervention de la matière répressive doit en ce sens demeurer le dernier échelon de la réaction de la société contre les atteintes portées aux valeurs qu'elle souhaite protéger. Cette observation, qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble de cette étude, appelle à se prononcer en faveur d'un raisonnement progressif, faisant application de la

« l'amour sexuel individuel » qui émergera comme cause du maintien et traduira la recherche de l'égalité des sexes. La « monogamie authentique » se substituera de ce fait à la « monogamie historique ».

⁴⁰⁹ Commission de réforme du droit du Canada, *La bigamie*, Document de travail n° 42, 1985, p. 1.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² Commission de réforme du droit du Canada, *La bigamie, op. cit.*, p. 9.

théorie de la riposte graduée. Pour conserver son authenticité et sa force, le droit pénal doit donc demeurer subsidiaire. Sa coercition appelle ainsi sa rareté, et sa banalisation excessive présente un risque certain pour la liberté du justiciable. Cette affirmation générale doit être appliquée avec encore plus de vigueur en ce qui concerne le domaine précis des valeurs familiales. Si l'atteinte au lien de famille n'est pas une potentialité à prendre avec légèreté, la nécessité de la préservation de ce lien appelle à davantage de modération dans la mise en place de la répression. En ce qui concerne plus spécifiquement la préservation du principe monogamique, la société n'a pas su résister à l'appel de la répression et a complété les sanctions civiles existantes par des sanctions pénales plus contraignantes. Afin d'être en mesure de se prononcer sur le bien-fondé de cette pénalisation, il est essentiel d'examiner concrètement les répercussions répressives de l'instauration du principe monogamique comme fondement social.

β. Les répercussions répressives de l'instauration du principe monogamique comme fondement social

89. - Afin de pouvoir évaluer la globalité de l'appréhension répressive actuelle du principe monogamique, il est nécessaire de revenir sur le volet théorique de la protection dont il bénéficie (i) pour aborder les implications pratiques de l'infraction de bigamie (ii).

i. Le volet théorique de la protection répressive du principe monogamique

90. - L'examen du droit positif révèle le choix répressif qui a été fait par le législateur dans les modalités de protection du principe monogamique. L'observation précise de la répression actuelle induira nécessairement une discussion sur son efficacité qui servira à son tour de base à une réflexion prospective. Cette dernière pourra prendre différentes directions qui seront le reflet des orientations de la précédente discussion. La question de la nécessité de l'encadrement pénal du principe monogamique est directement liée à l'importance que la société attribue au lien familial matrimonial ou à son exclusivité. L'enjeu réside directement dans l'évaluation de cette importance. L'estimation du poids attribué à un principe par la société dans laquelle il s'inscrit suppose de déterminer les outils de mesure appropriés. Ce dessein fait poindre une difficulté majeure qui siège dans la caractérisation de la fonction octroyée à la répression pénale. Cette dernière, qui est inexorablement un moyen d'évaluation du poids de la valeur sociale protégée, peut en effet alternativement exister comme cause d'estimation de l'importance de la valeur ou comme résultante d'une valorisation préexistante. En d'autres termes, il convient de se demander si le fait que l'atteinte à valeur soit effectivement réprimée engendre son importance ou si la valeur est précisément réprimée à cause du poids qu'elle occupe préalablement dans la société.

91. - Dans le premier cas de figure, l'action répressive aurait une influence majeure, puisque la valeur ne deviendrait fondamentale que du fait de sa répression. Dans la seconde configuration, sa fonction serait moindre puisqu'elle ne constituerait qu'un simple outil de dévoilement, révélant l'importance préalablement accordée à la valeur en cause. Si la réponse n'est pas forcément aisée, la cohérence invite cependant à orienter la pensée vers la seconde possibilité pour revenir par la suite sur la première. Il est en effet peu rationnel d'assurer qu'une valeur sociale tire son caractère essentiel du seul fait de sa protection pénale. Cette affirmation aurait pour conséquence le désaveu du rôle du droit pénal, qui est de sanctionner uniquement les valeurs considérées comme fondamentales par la société. C'est donc bien une fois et parce que la valeur a été reconnue capitale qu'il peut se permettre d'intervenir et d'apposer ses sanctions coercitives. La protection pénale n'est dès lors pas la cause mais bien la conséquence de l'existence du caractère essentiel de la valeur concernée. L'assertion qui consiste à penser que l'importance de la valeur est déduite de sa répression n'est cependant pas absurde dans le sens où une fois que le droit pénal aura choisi d'intervenir pour la protéger, la valeur augmentera encore davantage en puissance, puisque la répression aura, en quelque sorte, légitimé son importance. L'effet créateur décrit dans la première allégation ne vaut donc que si la seconde a prioritairement joué son rôle révélateur et prendra en réalité la tournure d'un effet multiplicateur. L'examen impose de trancher en faveur du rôle révélateur que joue la répression pénale par rapport à l'importance de la valeur sociale protégée. La protection pénale dont bénéficie le lien familial matrimonial à travers la répression des relations polygamiques démontre l'importance sociale accordée au principe monogamique.

92. - Partant, il est nécessaire de porter le regard sur une nouvelle difficulté. Le précédent raisonnement a proposé de corréler le bien-fondé de la répression pénale à l'importance accordée par la société à la valeur protégée. Pour être viable, ce raisonnement suppose en premier lieu l'existence théorique d'une capacité à pouvoir mesurer, à l'aide d'outils dédiés, cette importance. L'identification de ces derniers n'est pas forcément aisée mais il est possible de proposer quelques pistes de réflexion. Le concept de valeur sociale a précédemment été défini comme ayant pour objet la définition des convictions majoritaires d'une société à un moment donné⁴¹³. Puisqu'aucune société ne peut exister sans famille, cette dernière peut être considérée comme une composante sociologique universellement reconnue comme fondamentale. Si l'apposition de la famille en tant que valeur fondant la vie sociale se comprend aisément, l'affirmation n'est pas aussi évidente en ce qui concerne le lien familial. L'universalité attribuée à la famille concerne uniquement l'idée de famille. Le point d'accord se rapporte en réalité à la représentation collective de la famille en tant qu'objet social indispensable mais concerne rarement la forme spécifique qu'elle doit recouvrir. Cette

⁴¹³ Sur la définition de cette notion, v. *supra*, n° 34.

dernière revêt en effet de multiples aspects et diffère au sein des consciences individuelles. La fluctuation du contenant pratique répond à la stabilité de son contenant théorique. La notion de valeur sociale familiale englobe ainsi uniquement la représentation commune de l'institution dans sa généralité.

93. - Si l'analyse est transposée au lien de famille, le raisonnement appelle à constater l'adhésion commune à l'existence générale du lien institutionnel, qui peut à son tour être considéré comme une valeur sociale. La reconnaissance de cette dernière prendra néanmoins une coloration particulière, puisqu'elle revêt la spécificité d'être issue de celle d'un autre objet. Le caractère primordial attribué au lien familial est en effet la conséquence logique de l'érection de la famille en valeur sociale. Si, au même titre que la famille, le lien de famille institutionnel peut constituer une valeur fondamentale, la forme particulière qu'il pourra adopter n'entrera cependant pas dans cette catégorie. La reconnaissance du caractère essentiel de la famille et de son lien, pris dans leur enveloppe globale, a pour corollaire nécessaire l'exclusion des formes spécifiques qu'ils peuvent recouvrir de la catégorie des valeurs sociales capitales. Ce n'est pas un modèle particulier de lien qui doit être reconnu comme tel mais bien la représentation même du lien de famille. Appréhender la famille et ses liens au titre de l'ensemble théorique qu'ils constituent est effectivement indispensable au maintien de la cohérence du processus de mesure de la valeur, puisque l'importance attribuée à cette dernière se répercute immédiatement sur sa protection pénale. La prise en compte des particularités du lien aurait en effet pour conséquence directe et néfaste la mise en place de protections pénales différenciées, qui seraient la résultante d'un processus de hiérarchisation des liens et pourraient de ce fait engendrer des inégalités.

94. - La viabilité du raisonnement repose néanmoins et en second lieu sur la mise en évidence d'une faille qui consisterait à croire que l'élément constitué par le critère quantitatif de l'importance est une donnée immuable. La portée attribuée à un principe peut s'ancrer dans une permanence temporelle mais sera toujours sujette au changement social. L'alternance inévitable des phases de stabilité et d'instabilité, qui a préalablement été décrite pour la famille⁴¹⁴, l'est ainsi tout autant pour son lien. Il n'en demeure pas moins nécessaire de s'interroger sur une autre difficulté majeure, celle du caractère fluctuant de l'importance accordée à une valeur au cours du temps. La propriété essentielle attribuée à une valeur peut en effet tout à fait se comprendre à une époque, mais ne plus être cohérente postérieurement. Ce qui paraît légitime hier est toujours susceptible de tomber demain dans la désuétude. La valeur attribuée aux différents liens familiaux est en réalité une variable dépendante du partage de la croyance en son importance sociale. Plus l'adhésion en l'importance de la valeur

⁴¹⁴ V. *supra*, n° 44.

sera partagée et plus la répression de l'atteinte qui lui sera portée paraîtra légitime. À l'inverse, lorsque l'attachement social à la force d'un principe décroît, il devient nécessaire de s'interroger sur la nécessité de maintenir sa protection répressive. L'adhésion collective appellera la fixité quand sa diminution entraînera une instabilité révélatrice de changement⁴¹⁵.

95. - Dire que la famille doit être considérée et protégée dans la globalité de ses formes actuelles ne revient pas à affirmer que tous les liens doivent bénéficier d'une protection identique. L'existence de spécificités est une donnée dont il faut tenir compte afin de mettre en œuvre une protection répressive réaliste et cohérente. Pour autant, il ne doit en aucun cas être tiré automatiquement profit de la différence pour légitimer un traitement injustifié ou inégalitaire entre les catégories de liens distinctes, voire à l'intérieur d'un même type de lien. L'intégration des formes spécifiques de familles et de liens dans la notion de valeur sociale semble néanmoins et paradoxalement être la démarche qui a jusqu'alors été mise en œuvre dans la protection pénale du lien familial. Les modalités d'application de cette dernière sont directement calquées sur la force attribuée aux liens familiaux de couple dans leurs spécificités, et le lien matrimonial de couple semble à ce titre bénéficier d'une protection bien plus appuyée. La protection pénale actuellement attribuée aux liens extraconjugaux est par exemple le témoin de la désaffection dont ils ont antérieurement fait l'objet. En définitive, pour pouvoir convenablement protéger les valeurs considérées comme fondamentales par la société, le droit pénal a dû déterminer leur identité et s'approprier leur contenu. Le choix de la protection du lien matrimonial est la résultante directe de l'importance antérieurement attribuée au principe monogamique. Bien que la contractualisation dont il est actuellement l'objet amoindrisse son caractère institutionnel, le mariage a pu être collectivement reconnu comme une valeur sociale à part entière et le lien matrimonial qui y est affecté s'est vu reconnaître la protection appropriée. L'objectif de préservation de l'image sociale du mariage a rendu logique la sanction de l'individu qui en effectue une utilisation abusive. La protection pénale d'un comportement est justifiée lorsque l'importance accordée à la valeur atteint un seuil élevé. Sa perpétration prend la figure d'une infraction sociale⁴¹⁶ en ce qu'elle porte atteinte à un principe fondateur de la société. Dans le but de pouvoir correctement évaluer la protection actuelle du principe monogamique, il est nécessaire de revenir sur les implications pratiques de l'infraction de bigamie, dont la création a eu pour objet spécifique la protection de ce dernier.

⁴¹⁵ S'apparentant davantage au droit positif qu'au droit naturel, le droit pénal se caractérise par une capacité d'évolution et témoigne d'un polymorphisme temporel.

⁴¹⁶ Les rédacteurs du Code civil qualifiaient la bigamie de « crime social ». V. D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. « Cours », 3^e éd., 2013, n° 89, p. 83.

ii. Les implications pratiques de l'infraction de bigamie

96. - La répression des relations polygamiques est perçue comme la conséquence de l'instauration du principe monogamique qui gouverne nos sociétés comme valeur fondamentale et se manifeste, en droit positif, à travers l'infraction de bigamie. Il est à ce titre légitime de considérer que « le législateur, qui établit le mariage monogame comme base de la famille et de la société, doit assurer par des sanctions le respect de cette règle fondamentale »⁴¹⁷. En portant atteinte à l'institution matrimoniale, ce comportement offense dans le même temps la famille, qui est directement liée à l'organisation politique de la société. L'interdiction du cumul de deux liens conjugaux emporte nécessairement celle davantage de liens. La concomitance de plus de deux liens n'est cependant pas socialement considérée comme plus grave, puisqu'elle fera encourir une sanction identique à celle de la seule dualité de liens conjugaux. Le bigame et le polygame présentent la même dangerosité sociale puisque l'atteinte à l'institution matrimoniale est constituée dès la survenue du second lien et n'augmente pas en gravité à mesure de la superposition des liens supplémentaires. Le comportement de bigamie se définit dans le droit répressif comme « le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent »⁴¹⁸. Originellement incriminée en tant qu'attentat aux mœurs, la bigamie est désormais réprimée au titre des atteintes à l'état civil. Ce dernier remplit une double fonction et ne se limite pas seulement à sa dimension individualisante, en marge de laquelle il a aussi une fonction d'identification collective du sujet au sein de la société⁴¹⁹. Dans cette seconde acception, l'atteinte au principe monogamique pourrait avoir un impact sur la préservation de l'intérêt général et justifier l'intervention répressive. La sanction attribuée à ce comportement est « d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende »⁴²⁰, qui peuvent être complétés par diverses peines complémentaires⁴²¹. Le droit pénal choisit de réprimer uniquement la plurigamie de droit en faisant de la contraction de plusieurs unions civiles un comportement délictuel. Quand il sanctionne la pluralité d'unions matrimoniales, le droit pénal protège en

⁴¹⁷ É.-A. GARÇON, *Code pénal annoté*, T. 2, éd. refondue par M. ROUSSELET, M. PATIN et M. ANCEL, Sirey, 1956, p. 308. Si l'on inverse l'interprétation, il est dans le même temps possible d'affirmer que le législateur qui n'établit plus le mariage monogame comme base de la famille et de la société devra en tirer les enseignements et adopter les mesures adéquates de retrait de la sanction.

⁴¹⁸ C. pén., art. 433-20, al. 1.

⁴¹⁹ V. pour la double fonction de l'état civil les développements de A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements, et continuité du droit, Mélanges en l'honneur de M. GOBERT*, Economica, 2004, pp. 247 et s.

⁴²⁰ *Ibid.* Les mêmes peines seront attribuées à l'officier public qui célèbre le mariage en connaissance de l'existence de la précédente union. La répression de ce comportement, qui est directement liée à celle de la bigamie, ne constitue cependant pas une atteinte interne au principe monogamique. Elle sera étudiée en détail au titre des atteintes externes portées au lien matrimonial matériel. V. *infra*, n° 149 et s.

⁴²¹ V. la liste des peines édictée à l'article 433-22 du Code pénal au titre desquelles figurent l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ainsi que l'affichage ou la diffusion de la décision.

réalité la violation de la parole donnée à travers la promesse de fidélité par laquelle les membres du couple s'interdisent de contracter un autre mariage. Le consentement à cette exclusivité reste propre à l'union matrimoniale et ne connaît pas d'équivalent au sein des autres formes de couple juridiquement encadrées, que le droit pénal prend également en considération. Par conséquent, il est possible d'affirmer que le droit répressif se tourne prioritairement vers la protection de l'expression d'une volonté par laquelle l'individu se contraint lui-même à respecter les devoirs posés par l'institution à laquelle il adhère. Il accorde davantage d'importance à la servitude volontaire à l'institution matrimoniale qu'à la protection de cette dernière. Puisqu'il concentre son action sur les unions institutionnalisées, le droit répressif exclut délibérément de son champ les relations polygamiques dites factuelles, ainsi que les unions religieuses ou coutumières. La matière répressive s'adapte ici en quelque sorte aux critères du droit civil, qui ne reconnaît pas le mariage religieux et qui n'encadre pas juridiquement les unions libres. Pour pouvoir se prononcer sur l'efficacité de la protection pénale actuelle du principe monogamique, il est nécessaire de connaître les spécificités de l'objet de cette étude. Si les sanctions attribuées au comportement bigame sont le fruit d'une évolution considérable, les différents éléments qui constituent ce délit sont restés relativement figés. Le détail des éléments constitutifs du délit de bigamie s'avère par conséquent nécessaire à la réflexion successive sur son applicabilité.

97. - Le premier critère habituellement évoqué comme constitutif de l'infraction de bigamie est l'existence d'une première union matrimoniale valable et non dissoute au jour de la célébration de la seconde union. Cette donnée est indispensable à la commission de l'infraction qui ne pourra jamais exister en son absence. La survenue du comportement de bigamie est conditionnée par la présence antérieure d'un premier lien conjugal, qui ne doit avoir été dissous ni par le décès d'un des époux, ni par l'utilisation de la faculté de divorce⁴²². Le caractère matrimonial de la première union exclut en outre la possibilité de fonder l'infraction de bigamie sur le pacte civil de solidarité⁴²³, ou, à plus forte raison, sur une simple union de fait. L'union conjugale préalable, valide et existante, constitue à ce titre un prérequis indispensable à la réalisation de l'infraction de bigamie. L'intérêt pour la structure de l'infraction pénale appelle alors à considérer davantage ce critère comme une condition préalable à l'infraction que comme un élément la constituant⁴²⁴. Son existence antérieure

⁴²² V. C. civ., art. 227. Les dispositions de l'article posent le décès et le divorce comme les deux seuls événements qui entraînent la cessation du lien conjugal.

⁴²³ V. en ce sens les développements de Fr. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G*, 2000, 1, n° 48, p. 275 : l'auteur précise notamment, en s'appuyant sur le principe d'interprétation stricte de la norme pénale, que « si le droit civil prévoit la nullité absolue du PACS conclu par des personnes dont l'une est déjà liée par un pacte de solidarité ou se trouve dans les liens du mariage non dissout, l'article 433-20 du Code pénal ne semble pas applicable ».

⁴²⁴ J.-P. DOUCET considère à ce titre que « quelques infractions ne peuvent se développer qu'à partir d'une situation particulière s'analysant en une condition préalable ». V. J.-P. DOUCET, « La condition préalable à

conditionne en réalité le principe même de la réalisation de ce comportement et il est en ce sens inutile d'établir la présence des autres éléments si la sienne n'est pas prouvée auparavant. Dans son acception générale, la condition préalable se réfère à une « situation particulière à partir de laquelle certaines infractions peuvent se développer »⁴²⁵. Elle « semble dès lors constituer la base de ces infractions, tout en en demeurant distincte »⁴²⁶. Cette condition primaire s'impose de cette manière comme fondement du délit de bigamie, mais ne peut en aucun cas y être assimilée lorsqu'elle se produit seule. En effet, « étant tout à la fois extérieure et antérieure à l'infraction, élément premier du droit criminel, la condition préalable peut rationnellement se situer parfois en dehors du droit pénal »⁴²⁷. Prise indépendamment de la réalisation des autres éléments de l'infraction, la première union conjugale n'est répréhensible ni au titre de la bigamie, ni au titre d'une infraction distincte et autonome. Elle se situe donc en dehors du droit pénal et relève uniquement des règles de la matière civile tant que les autres éléments de l'infraction n'interviennent pas. La question de l'existence prioritaire de la première union prendra classiquement la forme d'une question préjudicielle pour le juge pénal⁴²⁸. L'appréciation de sa validité et de sa permanence se fait uniquement à l'aune des conditions de fond et de forme posées par le droit matrimonial⁴²⁹, mais servira directement la répression pénale si la seconde union se réalise. Il est possible de noter en ce domaine l'influence du droit familial sur le droit répressif, puisque le second fonde directement le déclenchement de son application sur les données du premier⁴³⁰. Le principe d'unité des justices civile et répressive amène cependant une partie de la doctrine à relativiser la nécessité de ce processus en se plaçant du côté de l'autonomie du droit pénal⁴³¹.

l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, 2, doct. p. 727. V. aussi, pour l'affirmation de l'existence du concept de condition préalable, G. LEVASSEUR, *Cours de droit pénal spécial*, « Les cours de droit », Paris, 1967-1968, p. 9 et R. VOUIN, *Droit pénal spécial. Les infractions contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique*, T. 1, Dalloz, 3^e éd., 1971, n° 56, n° 97 et n° 279.

⁴²⁵ J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *art. préc.*

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ V. pour l'admission de principe de cette procédure *Cass. crim.*, 16 janvier 1826, *Bull. crim.* n° 10 et *Cass. crim.*, 18 février 1942, *Bull. crim.* n° 11.

⁴²⁹ Il ne sera pas nécessaire de distinguer entre le caractère absolu ou relatif de la nullité puisqu'elles prennent toutes deux naissance au jour de la célébration de l'union et engendrent les mêmes effets sur le plan juridique. V. en ce sens *Cass. crim.*, 13 avril 1867, *Bull. crim.*, n° 90 : *DP*, 1867, n° 1, p. 353. La compétence des juridictions répressives doit alors dans tous les cas être logiquement écartée au profit de celle des juridictions civiles pour apprécier la régularité de la condition préalable de l'infraction.

⁴³⁰ Le professeur DOUCET ajoute en ce sens que « lorsqu'une condition préalable, déjà extérieure à l'infraction, se trouve en outre relever au départ d'une branche du droit autre que le droit criminel, aucune raison impérieuse n'oblige à la détacher de son domaine naturel », J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *art. préc.*, spéc. p. 728. La réflexion qui sera menée par la suite sur la dépénalisation éventuelle du délit de bigamie invitera au demeurant à rattacher la totalité de ce comportement à son domaine naturel qui est celui du droit matrimonial. V. *infra*, n° 109 et s.

⁴³¹ V. not. en ce sens M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, *op. cit.*, n° 718, p. 768 et R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, T. 3, Cujas, 6^e éd., 1982, n° 2058, pp. 1671-1672. La perspective autonomiste invite alors à reconnaître la compétence exclusive du juge pénal pour

Partant, il est possible d'affirmer que la condition d'existence de cette première union ne constitue pas en tant que telle l'infraction de bigamie, mais que cette dernière ne peut toutefois exister sans elle. La première union est finalement en ce sens un préalable nécessaire mais non suffisant à la réalisation de l'infraction de bigamie. Afin d'aboutir à la consommation de cette dernière, il convient d'établir par la suite la présence de ses véritables éléments constitutifs.

98. - L'élément matériel du délit de bigamie est en premier lieu caractérisé par la célébration d'une seconde union matrimoniale au moment où les critères de la condition préalable sont réunis. L'existence d'un fichier administratif recensant les mariages déjà conclus faciliterait considérablement la vérification de cette condition. La seconde union doit elle aussi être déclarée valable pour être prise en compte au titre des éléments constitutifs de la bigamie et doit être prononcée avant la dissolution de la première union. Le cas contraire, qui a pu être regardé comme de la polygamie successive ou indirecte, ne saurait entraîner l'intervention du droit pénal. Cela reviendrait à sanctionner un comportement en l'absence de la condition préalable qui conditionne sa répression et relèverait alors d'un non-sens répressif. Si la condition préalable fait effectivement défaut, la croyance erronée en son existence ne pourra pas entraîner de répression. Le comportement qui consiste à contracter une seconde union conjugale tout en croyant en la permanence d'une première union qui n'existe plus en réalité constituerait une erreur de fait et prendrait la forme d'un délit putatif, qui induit l'absence de répression pour cause d'inexistence d'une donnée indispensable à l'infraction. À l'inverse du principe régissant la nullité de la première union, la question de la validité de la seconde union relèvera de l'office des juridictions répressives, puisqu'il s'agit désormais de statuer sur un élément constitutif de l'infraction. L'union subséquente doit être valide, étant précisé que la nullité qui résultera par la suite du constat de l'état bigamique ne saurait en toute logique être prise en compte dans cette évaluation⁴³². Cette exclusion révèle le pragmatisme de la logique répressive. L'inverse reviendrait en effet à ôter toute applicabilité pratique à l'infraction de bigamie, puisque la nullité de la seconde union aurait chaque fois pour effet de laisser subsister une union unique, qui ne pourrait être réprimée. Ce constat appelle certains auteurs à se prononcer en faveur d'une question préjudicielle inversée, qui existerait pour le juge civil⁴³³. Lorsque la nullité de la seconde union est fondée sur une cause

apprécier tant les conditions préalables que les éléments constitutifs des infractions et à penser une répression totalement indépendante qui pourrait jouer sans prendre en considération l'annulation de la première ou de la seconde union. Une telle conception se comprend par la faveur répressive qu'elle sous-tend mais semble cependant détachée de la réalité. Il n'est en effet pas nécessaire de réprimer là où il n'est finalement pas porté atteinte à l'état des personnes.

⁴³² V. les développements de Ph. BONFILS, « Bigamie », *préc.*, n° 29.

⁴³³ V. en ce sens les développements de C. DUVERT, « Bigamie », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 433-20, Fasc. 20, 2009, n° 15 et n° 17 : pour ne pas vider l'infraction de sa substance, l'auteur abonde dans le sens de la doctrine majoritaire et considère que « si le second mariage est nul pour des raisons autres que la bigamie, l'infraction

étrangère à la concomitance des liens matrimoniaux, elle exclut nécessairement l'intervention répressive, dès lors qu'elle prend naissance au jour de sa célébration. Si, hormis ces précisions, le mariage célébré sur le territoire national, qui interdit l'union polygamique, semble exempt de toute polémique, il n'en va pas de même lorsque l'une des deux unions est célébrée à l'étranger. Si un ressortissant national contracte une seconde union conjugale à l'étranger, son statut personnel, qui lui interdit toute relation polygamique, entraînera la sanction civile de nullité pour la seconde union. Pour que la sanction pénale puisse s'appliquer, la condition de réciprocité d'incrimination exige en revanche que la relation polygamique soit aussi prohibée dans le lieu de la seconde union. Le ressortissant français, inscrit dans un premier lien matrimonial et qui contracte une seconde union dans un pays ne réprimant pas les relations polygamiques, ne peut se voir incriminé pénalement au titre de l'infraction de bigamie. Les poursuites seront d'autant plus impossibles dans le cas d'un étranger qui contracte une seconde union dans un pays autorisant les relations polygamiques, puisque cette situation peut être conforme à son statut personnel. Le mariage célébré à l'étranger entre deux personnes de statut personnel polygamique sera reconnu valable sur notre territoire et pourra y produire des effets sociaux⁴³⁴. Ces considérations territoriales concernent directement la matérialité du comportement bigame et sont extrêmement importantes, puisqu'elles pourront avoir des conséquences sur la potentialité de déclenchement des poursuites. Elles semblent par ailleurs manifester une atténuation de l'ordre public international, qui ne compte plus la monogamie parmi les principes bénéficiant d'une protection absolue⁴³⁵. Qu'il soit lié à des règles de droit international privé ou qu'il relève de considérations nationales, ce critère matériel ne peut aucunement emporter à lui seul la constitution du comportement de bigamie. L'examen de la matérialité de l'infraction doit être complété par celui de l'élément moral qui la constitue.

99. - Le délit de bigamie se place dans la catégorie des infractions intentionnelles. La répression de ce comportement suppose que son auteur ait agi en ayant conscience de l'existence d'une première union valable et non dissoute ainsi qu'en connaissance de l'interdiction de contracter une seconde union identique. La conscience de l'union préalable

n'est pas constituée, mais qu'en revanche, dans le cas où la cause de nullité du second mariage est la bigamie, l'autonomie du droit pénal autorise à tenir le second mariage pour valable et entrer alors en voie de condamnation ».

⁴³⁴ V., pour plus de précisions, Fr. MONÉGER, « La polygamie en questions... », *art. préc.*, *JCP G*, 1990, I, n° 37, p. 3460 : l'auteur affirme que par ce biais notre droit reconnaît en quelque sorte la polygamie, « il y a une certaine démagogie à monter en épingle ce genre de pratique pour discréditer des communautés étrangères ».

⁴³⁵ V. pour des précisions à ce sujet G. ENDRÉO, « Bigamie et double ménage », *art. préc.* L'auteur constate que « si l'ordre public international constitue une manifestation de répulsion contre un phénomène choquant, et par là une réaction de défense contre un désordre possible dans la société nationale, il faudrait en conclure que la pluralité en mariage ne choque plus guère ». V. dans le même sens Fr. MONÉGER, « La polygamie en questions... », *art. préc.*

constitue le paramètre déterminant de l'appréciation de l'intention criminelle. La bonne foi exclut en conséquence toute répression en ce qu'elle induit l'absence d'intention criminelle, quand la mauvaise foi en est à l'inverse constitutive. Il est à ce stade nécessaire de préciser que, contrairement à ce qui est d'usage au sein d'autres systèmes criminels⁴³⁶, seul celui qui est préalablement engagé dans une union matrimoniale pourra être pénalement considéré comme auteur de l'infraction de bigamie. Partant, il est impossible de réprimer en tant qu'auteur celui qui contracte cette union avec une autre personne, en sachant que cette dernière est préalablement engagée dans une union identique⁴³⁷. La bonne foi évoquée au titre de l'élément intentionnel de l'infraction de bigamie concerne uniquement la personne qui croit en la dissolution effective de sa première union. L'admission de l'erreur de droit, qui résulterait de la méconnaissance de la prohibition des relations polygamiques en droit national, relève en effet davantage de la fiction que de la réalité. La valeur fondamentale accordée au principe monogamique dans notre société empêche une telle ignorance, qui ne sera dès lors jamais considérée comme invincible. Seule la croyance réelle en la dissolution de son union personnelle peut exclure l'intention coupable et engendrer l'absence d'élément moral de l'infraction. L'absence de condition préalable, dans un premier temps, ou le manque de matérialité ou d'intentionnalité, dans un second temps, peuvent concurremment et respectivement entraîner l'impossibilité même de la répression dans son principe ou le défaut de mise en place d'une répression théoriquement applicable. Si le délit de bigamie est à l'inverse constitué dans tous ses éléments, l'infraction sera alors consommée de façon instantanée et la prescription de l'action publique commencera à courir au jour de la célébration du second mariage. Le détail des éléments fondateurs et constitutifs du délit de bigamie amène en définitive à dresser une liste de critères clairs et strictement définis, qui semblent aboutir à une pratique répressive relativement aisée. La protection pénale du lien matrimonial de couple, à travers l'assise du principe monogamique, a pu être conforme à l'importance qui lui était socialement reconnue. Le naturel et la simplicité ont cependant peu à peu laissé place à une mise en œuvre répressive polémique, empreinte de nombreuses difficultés. Son application actuelle présente certaines imperfections, qu'il est nécessaire de mettre en lumière.

⁴³⁶ V. not. en ce sens les articles 290 et 291 du Code criminel canadien.

⁴³⁷ L'autre membre de la seconde union prend la figure de tiers au premier lien matrimonial. La question de son éventuelle complicité à l'infraction principale de bigamie sera donc évoquée, au même titre que celle de l'officier public, lors de l'examen des atteintes externes au lien matrimonial matériel. V. *infra*, n° 153 et s.

b. Les imperfections de la protection pénale actuelle du principe monogamique

100. - Si un retour au rôle subsidiaire qui doit être celui du droit pénal⁴³⁸ est opéré, le choix répressif opéré à l'égard de la protection d'une valeur sociale peut être considéré comme légitime, uniquement s'il résulte du constat préalable de l'échec de la seule protection civile du principe qui sous-tend cette valeur. Si l'application de ce choix est cohérente, il convient de le saluer et d'en tirer toutes les conséquences, en optimisant davantage cette protection. Si ce travail de réflexion anticipée n'a à l'inverse pas été effectué ou si l'intervention pénale ne paraît plus indispensable en l'état actuel de l'évolution sociale, il est alors indispensable de revenir sur la nécessité ainsi que sur l'existence de cette protection. L'infraction de bigamie semble souffrir d'une dépréciation quantitative et perdre de sa valeur objective. Pour trancher cette alternative, le constat des manifestations de l'affaiblissement général de l'infraction (α) précédera logiquement une réflexion prospective quant à l'opportunité du maintien de son encadrement répressif (β).

a. De lege lata, l'affaiblissement général de l'infraction

101. - Afin de pouvoir justement apprécier la pertinence globale de la répression de la bigamie, il est nécessaire de s'interroger sur son applicabilité. Cette dernière peut être entendue comme l'aptitude de la sanction à faire effectivement disparaître le comportement juridiquement proscrié et à assurer par là la protection effective de la valeur sociale affichée. Pour atteindre cet objectif, il apparaît nécessaire d'étudier les variables qui fondent cette applicabilité, au premier rang desquels figure la sanction. La relation polygamique est particulière en ce qu'elle fait l'objet d'une double condamnation. Le comportement de bigamie est un sujet hybride, puisqu'il est à la fois appréhendé par le droit de la famille et par le droit répressif. Sa survenue résulte directement de la réitération des règles qui fondent l'institution matrimoniale et il devient dans le même temps objet de l'intervention répressive quand il se réalise effectivement. Sujet civil et sujet pénal, le comportement de bigamie fait en définitive encourir à ses auteurs un double châtement, qui prend dans le même temps la nature de sanction matrimoniale et de peine répressive.

102. - La prise en compte civile de cette conduite se traduit en premier lieu par l'instauration de la bigamie comme empêchement dirimant à mariage, qui revêt un caractère « bilatéral et absolu »⁴³⁹. Elle constitue une cause de nullité absolue⁴⁴⁰, qui se réfère aux conditions de fond

⁴³⁸ Sur le rôle subsidiaire du droit pénal, v. *supra*, n° 20, spéc. note 153.

⁴³⁹ *Cass. civ. 1^{re}*, 24 septembre 2002, *Bull. civ. I*, n° 214 : *D.*, 2003, n° 29, p. 1935, note J.-J. LEMOULAND ; *RTD Civ.*, 2003, n° 1, p. 62, note J. HAUSER.

du mariage. Lorsque la nullité de la seconde union matrimoniale est demandée, elle ne peut par ailleurs être prononcée qu'après examen de la validité de la première union⁴⁴¹. Le constat de nullité de la première union entraîne ainsi sa disparition rétroactive et fait dans le même temps disparaître l'état de bigamie⁴⁴². En cas de conclusion à l'existence d'une union préalable valide et non dissoute, la seconde union est donc rétroactivement anéantie et les effets qu'elle a pu produire sont réputés n'avoir jamais existés. Une exception subsiste néanmoins à travers le cas du mariage putatif, qui a pour conséquence une annulation ne produisant d'effets que pour l'avenir à l'égard du ou des époux déclarés de bonne foi. Cette dernière est au surplus présumée jusqu'à preuve de la connaissance de l'empêchement. L'appareil sanctionnateur du droit matrimonial, qui allie la nullité absolue au droit préventif d'opposition, révèle en tout état de cause une « conception civile à la fois abstraite et rigoureuse »⁴⁴³, qui ne prend pas la même allure lorsqu'elle est envisagée sous le prisme du droit pénal.

103. - La sanction de la relation bigamique n'est cependant pas l'apanage du droit matrimonial et se retrouve simultanément sur le terrain répressif. La relation de bigamie prend le visage du délit préalablement évoqué et fait encourir une sanction correctionnelle d'un an d'emprisonnement, assortie d'une peine pécuniaire de quarante-cinq mille euros d'amende. En marge de la nullité civile dont il est assorti, le comportement de bigamie peut entraîner le prononcé d'une privation de liberté cumulée à une sanction pécuniaire. La concomitance des conséquences civiles et pénales de l'union bigame peut à ce stade être intéressante à relever eu égard à l'étude de l'influence réciproque des matières. La thèse du désintérêt du droit contemporain de la famille à l'égard du droit pénal a pu être avancée à ce sujet⁴⁴⁴. Il est en effet désormais très rare que le constat d'une infraction pénale induise le prononcé systématique d'une sanction civile. En renonçant à ce type d'automatismes, le droit de la famille démontrerait non seulement son indifférence, mais encore son désaveu pour les valeurs défendues par la manière répressive. L'influence du droit pénal sur l'institution

⁴⁴⁰ C. civ., art. 184 : « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. ».

⁴⁴¹ C. civ., art. 189 : « Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement. ».

⁴⁴² V. en ce sens *Cass. civ.* 1^{re}, 25 septembre 2013, inédit, n° 12-26.041 : « la nullité du premier mariage entraînant sa disparition rétroactive, le second mariage célébré entre les mêmes personnes ne peut être annulé du chef de bigamie, quand bien même la nullité du premier serait prononcée après la célébration du second ». V. *D.*, 2014, n° 23, p. 1342, note J.-J. LEMOULAND ; *RTD Civ.*, 2014, n° 1, p. 91, note J. HAUSER.

⁴⁴³ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 16, p. 58.

⁴⁴⁴ V. not. les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 2, p. 53. Les auteurs considèrent en effet à propos du droit contemporain de la famille que « ce n'est que très exceptionnellement aujourd'hui qu'il attache un effet civil automatique à la commission d'une infraction pénale ».

familiale est extrêmement réduite et ce retrait peut être imputé aux transformations modernes de la famille. De la sorte, « l'assouplissement des institutions familiales, en conduisant au déclin des sanctions civiles, a relâché ce lien qui existait, autrefois, entre faute pénale et structure familiale »⁴⁴⁵. L'affaiblissement de la sanction civile, due aux évolutions de la famille contemporaine, aurait eu pour effet indirect la fin de l'adéquation entre les deux types de sanctions. Si le raisonnement paraît convainquant, il n'est cependant pas certain qu'il démontre une dénégation délibérée de la famille pour la matière répressive. L'éloignement des sanctions semble plutôt être la résultante de divergences temporelles et substantielles dans l'évolution des matières. Ces dernières ont toutes deux subi d'importantes transformations, mais n'ont pas forcément progressé à la même vitesse, ni évolué sur les mêmes thématiques. La libéralisation de la famille a conduit à une vision plus clémentine de certaines sanctions civiles dont la nécessité sociale s'est parallèlement amoindrie. La jonction systématique de l'infraction pénale aux sanctions civiles qui protègent une valeur identique a perdu en rationalité et l'automatisme a logiquement été remplacé par la faculté. Ce processus apparaît dès lors comme le témoin direct de l'accessoirisation du droit pénal, qui n'impose plus forcément ses choix à la matière familiale. Cette dernière s'autonomise et il est possible d'affirmer que « ce déclin de la faute pénale atteste sans conteste le retrait de la fonction normative que le droit pénal joue en droit de la famille, l'interdit pénal n'étant plus relayé par le cercle familial »⁴⁴⁶. Si ce constat est exact en ce qui concerne le retrait de l'autorité parentale ou la dissolution du mariage, il semble cependant que l'infraction de bigamie résiste quelque peu à l'analyse. La nullité civile qui en résulte ne constitue pas une obligation mais sera dans les faits toujours demandée par un des époux, par un membre de la famille ou par le ministère public. Une automaticité de fait permet chaque fois d'écarter le second mariage et il n'existe pas de bigamie pénale sans nullité civile. L'annulation civile de la seconde union est en effet le pendant nécessaire de la protection pénale du principe monogamique. Si cette défense peut être uniquement réalisée par la nullité de l'union, sans qu'il ne soit forcément utile de lui adjoindre des sanctions pénales supplémentaires, la répression ne peut en revanche exister de façon cohérente que si la privation de liberté et la sanction pécuniaire ont pour corollaire l'annulation de l'union délictueuse. Elle est le seul moyen de mettre fin à la concomitance des unions et son absence aurait pour conséquence une réitération infinie de l'infraction. Si la sanction civile existe ici comme corollaire indispensable de la sanction pénale, l'inverse ne relève pas forcément de l'évidence. La nullité civile peut se suffire à elle-même et protéger l'institution matrimoniale de façon autonome et efficace.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 54.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

104. - Lorsque l'intervention civile aboutit à l'inverse à l'échec de la protection d'une valeur sociale, par ailleurs considérée comme fondamentale par le droit pénal, la sanction répressive devient un relais indispensable. La nécessité du durcissement d'une protection originelle se fait généralement sentir lorsqu'elle perd en efficacité et son besoin de consolidation peut être considéré comme la conséquence de sa défaite. Lorsqu'elle n'est plus à même d'œuvrer efficacement pour l'assise de la valeur défendue, son affermissement émerge comme un besoin indispensable. L'intervention de la matière répressive peut être considérée comme la résultante directe de l'échec de la protection matrimoniale du principe monogamique. La sanction pénale du comportement de bigamie embrasse le rôle de complément à la protection civile du principe monogamique et prend la forme d'un « soutien que le droit pénal apporte à des règles essentielles du droit de la famille »⁴⁴⁷. Elle s'ajoute à cette dernière dans le but de lui octroyer davantage de crédit. La répression a pour objet le renforcement de son encadrement primaire, qui se fait naturellement à travers les règles du droit matrimonial. L'encadrement pénal du principe monogamique ne peut être considéré comme raisonnable que s'il a pour fondement une défaillance de la protection non répressive et pour dessein l'affermissement d'une valeur sociale fondamentale⁴⁴⁸. C'est bien la protection pénale qui doit être la conséquence de la déficience existante, puisque ce n'est qu'en ce sens qu'elle acquiert sa légitimité. Concernant le délit de bigamie, le raisonnement semble toutefois avoir été inversé. La défaillance affichée de la protection matrimoniale a pu être directement déduite de l'intervention pénale. Elle en serait la conséquence et n'en constituerait pas la cause réelle. L'adjonction de la sanction répressive aurait en ce sens entraîné dans le même temps la dévaluation de la sanction familiale, qui a perdu en crédibilité. Si son aptitude à assurer la monogamie de façon autonome a pu être mise en cause à une époque où la valeur accordée au principe monogamique n'était pas discutée, la défaite affichée ne semble plus correspondre à la réalité. L'érection du principe monogamique au rang des valeurs pénales a perdu en fermeté à mesure de la libéralisation des mœurs et le droit matrimonial paraît désormais à même de défendre seul ce principe, qui ne compte plus parmi les principaux objectifs du droit répressif⁴⁴⁹. Le recul du principe monogamique peut simultanément être imputé à celui des fonctions traditionnelles de la famille, qui n'a plus le monopole de la production de richesses et de l'éducation. En marge de la difficulté théorique que suscite la question de sa légitimité, la protection pénale du principe monogamique souffre d'un problème d'applicabilité pratique.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ Le recours au droit répressif peut alors sembler paradoxal face au constat de l'affaiblissement général de la répression.

⁴⁴⁹ V. *infra*, n° 109 et s.

105. - La répression du comportement de bigamie suscite une première contrariété, qui peut être mise en lumière à travers la relative légèreté des sanctions qui lui sont attribuées. L'étude de l'évolution de ces dernières révèle un retrait de l'assistance du droit pénal, puisque « l'histoire de cette infraction est celle d'un adoucissement progressif, mais constant, des peines qu'elle fulmine »⁴⁵⁰. S'il est communément entendu que la sévérité d'une sanction n'est pas forcément gage de son effectivité, une trop grande clémence peut, à l'inverse, souvent révéler, sinon son inutilité, la place réelle qu'elle occupe au sein de l'échelle des valeurs sociales et manifester la gravité modérée du comportement considéré. À travers la peine assortie à l'infraction de bigamie, le droit pénal fait preuve d'un « soutien limité »⁴⁵¹ à l'égard du principe monogamique défendu par le droit matrimonial. La sanction répressive principale de l'atteinte au principe monogamique est en effet réduite à un an d'emprisonnement et à une amende de quarante-cinq mille euros. La durée de la privation de liberté encourue se situe ainsi dans le bas de l'échelle des peines correctionnelles⁴⁵². La sanction pécuniaire est quant à elle relativement élevée puisqu'elle constitue l'amende la plus importante de celles attribuées à l'intérieur de la catégorie des infractions protégeant l'état civil des personnes. Elle reste cependant modeste lorsqu'on la met en perspective avec les autres atteintes à l'administration publique commises par les particuliers. Au sein de l'échelle globale des peines, elle s'apparente davantage à la répression de certaines atteintes aux biens qu'à celle qui protège les atteintes aux personnes. La sanction du délit de bigamie se trouve en définitive marquée d'une « légèreté relative »⁴⁵³. Si la répression globale du comportement de bigamie n'est pas dérisoire, elle reste très modeste⁴⁵⁴. La sanction existe, mais il n'est pas certain qu'elle puisse pour autant prétendre à la dissuasion. Cette clémence constitue une réalité avec laquelle il convient de composer et revêt le rôle de paramètre déterminant de la réflexion sur l'applicabilité de cette répression. Le défaut d'incrimination de la tentative de

⁴⁵⁰ C. DUVERT, « Bigamie », *préc.*, n° 1. V. not. pour l'histoire de l'évolution des sanctions attribuées au comportement de bigamie, J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e éd., 2014, n° 180, pp. 362-363. De l'infamie et de la peine de mort du droit canon, la sanction est par la suite remplacée par le pilori, le bannissement ou le fer puis reste criminelle à travers la peine de travaux forcés à temps pour être correctionnalisée en 1933 et finalement abaissée au quantum actuel en 1994 lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal.

⁴⁵¹ V. en ce sens les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 16, p. 58.

⁴⁵² Le comportement de bigamie pourra néanmoins être indirectement réprimé plus sévèrement lorsqu'il sera couplé à l'infraction de faux et usage de faux que réprime l'article 441-1 du Code pénal. Ce cas de figure aura notamment lieu à travers la production d'un extrait de naissance falsifié et le concours d'infraction aboutira à retenir la sanction la plus élevée au sein de chaque catégorie de peine. V. pour un exemple CA Paris, 24 mars 1988, inédit, n° 88-23322.

⁴⁵³ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 18, p. 59.

⁴⁵⁴ Sur la rareté du comportement, v. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 632, p. 444. Les auteurs remarquent que « la bigamie est rarement commise, en tout cas s'agissant de mariages entre français ; elle s'observe plutôt en cas de mariage comportant un élément d'extranéité ».

l'infraction de bigamie, qui est la résultante de sa correctionnalisation⁴⁵⁵, manifeste en outre le désintérêt du droit pénal à l'égard de ce comportement, pour lequel la matérialisation de la volonté délictuelle qui n'aboutit pas au résultat n'apparaît pas assez importante pour faire objet de répression. L'indulgence dont la matière répressive fait œuvre envers l'atteinte au principe monogamique, notamment à travers la faiblesse de ses sanctions, peut être un indice du caractère superfétatoire de sa répression. Cette observation se veut du reste exacerbée par l'étude de son applicabilité pratique.

106. - En parallèle de l'analyse des sanctions affectées au comportement de bigamie, il est nécessaire d'observer la mise en œuvre pratique de cette infraction, qui se caractérise par l'étude de sa répression effective. L'examen n'est pas plus convainquant puisque, si la bigamie reste une des causes principales de nullité civile de l'union matrimoniale⁴⁵⁶, le nombre de condamnations pénales prononcées est extrêmement restreint⁴⁵⁷. La règle semble être celle de la rareté de la répression, dont la déficience se justifie par plusieurs facteurs, au titre desquels figure notamment le « fait de l'efficacité du contrôle préventif attaché à la célébration civile et du délai de prescription »⁴⁵⁸. Le premier élément à l'origine de cette insuffisance se situe en amont de l'infraction, quand l'étude du second postule nécessairement sa réalisation. Toute personne désireuse de contracter une union conjugale est en premier lieu légalement obligée de produire une copie récente et intégrale de l'acte de naissance, en marge duquel les unions matrimoniales sont théoriquement indiquées. Ce document offre une large visibilité à l'officier public, qui est logiquement à même de vérifier l'absence de lien conjugal préalable, parallèlement à son obligation de prendre connaissance d'éventuelles oppositions au mariage⁴⁵⁹. La survenue de l'union bigame est dès lors exceptionnelle car sa réalisation est empêchée par la présence de vérifications préventives minutieuses. « Les formalités antérieures au mariage sont difficilement contournables »⁴⁶⁰ et l'existence d'une union préalable passe rarement entre les mailles du filet étatique. La mise en œuvre de ces mesures

⁴⁵⁵ Si la tentative de crime est par principe toujours punissable, l'incrimination de la tentative de délit suppose une disposition pénale spécifique. Faute de précision en ce sens, il est donc impossible de réprimer la tentative de bigamie qui est désormais considérée comme un comportement délictuel.

⁴⁵⁶ V. not. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, « Jurisprudence française en matière de droit civil – Personnes et droits de famille », *RTD Civ.*, 1983, p. 103 et G. ENDRÉO, « Bigamie et double ménage », *art. préc.*

⁴⁵⁷ V. par ex. les développements de C. DUVERT, « Bigamie », *préc.*, n° 3 : l'auteur recense des condamnations extrêmement rares révélant une « faible occurrence de l'infraction » et observe que les conséquences de la bigamie relèvent presque exclusivement du contentieux matrimonial de l'annulation de l'union ; V. dans le même sens les statistiques rapportées par Ph. BONFILS, « Bigamie », *préc.*, n° 13 qui rapporte un nombre de condamnation extrêmement bas se situant entre cinq et quinze condamnations par année et ne donnant lieu qu'à de courtes peines d'emprisonnements s'élevant à quatre mois en moyenne.

⁴⁵⁸ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 18, p. 59.

⁴⁵⁹ V. pour des précisions Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2011, n° 116, p. 107.

⁴⁶⁰ G. ENDRÉO, « Bigamie et double ménage », *art. préc.*

prophylactiques au stade embryonnaire de la démarche criminelle a pour conséquence directe d'empêcher la production de l'infraction, dont l'achèvement devient irréalisable. Le comportement répressif se voit paralysé par l'intervention de contrôles anticipés, qui ont pour effet d'étouffer la conduite infractionnelle dans l'œuf. La réalisation de cette dernière est en quelque sorte rendue impossible avant même qu'elle ne puisse se réaliser. Il est en ce sens possible d'affirmer que, par l'intermédiaire de la richesse du dispositif civil, « la loi s'efforce de rendre la bigamie irréalisable »⁴⁶¹. Malgré la redoutable efficacité qui le caractérise, ce dispositif n'est toutefois pas infaillible. Qu'elle résulte d'une erreur de retranscription ou de la maladresse d'un officier public négligent, il demeure des cas exceptionnels dans lesquels l'union préalable parvient à rester inconnue⁴⁶².

107.- En tout état de cause, un second lien matrimonial viendra se juxtaposer au lien préalable et l'union qui en résulte pourra être caractérisée de relation bigame. Cette dernière est traditionnellement regardée comme une infraction qui se commet instantanément lors de la concrétisation du second lien conjugal⁴⁶³. Le délai de prescription triennal commence à courir au moment de la célébration de la seconde union et l'action publique exercée au-delà de l'écoulement de ce temps sera prescrite⁴⁶⁴. La rareté infractionnelle de la bigamie peut être par ailleurs imputée à la brièveté temporelle accordée au déclenchement de l'action en répression. Pour être déclarée recevable, cette dernière doit être mise en œuvre dans un laps de temps restreint. Cette exigence de rapidité peut néanmoins paraître paradoxale au regard du caractère majoritairement occulte de l'infraction. La célérité se pose dans ce cas en obstacle à l'effectivité de la répression, qui pourrait gagner en cohérence si le point de départ du délai de prescription était reporté au jour de la découverte de la seconde union⁴⁶⁵. L'exclusion du caractère continu de l'infraction et le choix qui consiste à l'inverse à appréhender la bigamie comme un délit instantané amplifie la thèse du désintérêt du droit pénal. Cette vision « accentue le fait qu'il s'agit d'une atteinte à l'état civil, et en fait une sorte d'infraction formelle : ce n'est pas vivre en bigamie qui est incriminé, mais conclure ou célébrer un mariage bigame »⁴⁶⁶. La contraction de la seconde union apparaît alors comme le seul critère

⁴⁶¹ Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 116, p. 107.

⁴⁶² Le cas spécifique de l'officier public peu scrupuleux qui déciderait d'ignorer délibérément l'existence de l'union préalable sera analysé au titre des atteintes externes au lien conjugal matériel. V. *infra*, n° 152 et s.

⁴⁶³ V. pour la doctrine en faveur de cette conception, É.-A. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, n° 8, p. 309 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 2056, pp. 1670-1671.

⁴⁶⁴ V. ainsi pour la consécration jurisprudentielle de cette théorie, *Cass. crim.*, 5 septembre 1812, *Bull. crim.*, n° 64 ; *Cass. crim.*, 5 février 1963, *Bull. crim.*, n° 65 ; *Cass. crim.*, 12 avril 1983, *Bull. crim.*, n° 97.

⁴⁶⁵ Une partie de la doctrine critique ainsi l'impunité qui peut résulter du caractère instantané de ce délit, qui devrait être considéré comme une infraction continue en ce qu'il produit des conséquences temporelles étendues. V. J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, Cujas, 6^e éd., 2014, n° 564 et s., pp. 378 et s. L'avant projet de réforme du nouveau Code pénal avait d'ailleurs envisagé d'octroyer le caractère continu au délit de bigamie.

⁴⁶⁶ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 18, p. 59, note 30.

justifiant la répression, peu important la survenue effective de la relation bigame. Le bigame se montre seulement coupable « d'une atteinte à la solennité de la célébration du mariage, acte public particulièrement important »⁴⁶⁷. Dans cet esprit, seule la formalisation de la seconde union suffit à justifier la sanction, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la matérialité postérieure de la bigamie. À travers cette perspective, il est tentant d'affirmer que le droit pénal a comme objectif principal non pas la répression de l'état de bigamie, mais bien la protection de l'état civil. Cependant, cette étude parviendra ultérieurement à un tout autre constat et mettra en exergue l'utilitarisme dont fait preuve la matière répressive à l'égard de l'institution familiale. L'observation fera ressortir le caractère instrumental de la protection de l'état civil et conclura à ce titre à une inversion des valeurs affichées. L'objectif de préservation de l'administration publique se révélera faussement affiché comme valeur prédominante et apparaîtra au service d'autres fins, puisque c'est la vie en état de bigamie qui est incriminée à travers toutes les conséquences extérieures qu'elle peut engendrer sur les protagonistes de cette union.

108. - Le détachement dont fait preuve la matière répressive à l'égard de cette infraction se trouve par ailleurs amplifié par l'existence d'une limitation, tant géographique que catégorielle, de son champ d'application. Il est possible de remarquer que, « plus encore que l'adoucissement des sanctions, ce qui caractérise la situation pénale contemporaine de la bigamie, est l'étroitesse de son champ d'application »⁴⁶⁸. La seconde union reste, d'une part, en dehors du champ répressif quand elle est valablement célébrée à l'étranger et l'incrimination demeure, d'autre part, uniquement réservée à l'union matrimoniale. Si le statut personnel des acteurs de la bigamie peut paralyser la répression, cette dernière n'a au surplus aucunement vocation à s'appliquer aux unions extraconjugales que représentent le pacte civil de solidarité ou l'union de fait. Au regard du principe d'interprétation stricte de la norme pénale, la *polypacsie* et le *polyconcubinage* doivent dès lors être exclus du domaine répressif. Si le caractère étendu du champ d'application d'une infraction n'est pas gage de sa pertinence, sa trop grande limitation peut parfois présumer son absence de nécessité. Le constat définitif est celui d'un droit pénal désintéressé et utilitaire, qui aboutit à une répression inefficace, voire absente, et dont les conséquences factuelles se produisent presque uniquement dans le contexte des nullités du droit matrimonial. L'insuffisance de la répression semble porter tant sur sa quantité que sur sa qualité lorsqu'elle subsiste malgré tout. La légitimité de la condition pénale d'exclusivité de l'union conjugale doit en outre être relativisée à l'heure de l'accroissement des libertés individuelles au sein d'une société dans laquelle le droit n'a plus pour rôle principal de conforter le modèle familial originellement défini par le droit de la

⁴⁶⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 2053, pp. 1668-1669.

⁴⁶⁸ Ph. BONFILS, « Bigamie », *préc.*, n° 9.

famille. L'évolution contemporaine du droit répressif s'inscrit en faveur de la primauté des libertés individuelles, dont la garantie de l'expression prime désormais la sanction de l'irrespect d'un modèle familial prédéfini. Dès lors que la sécurité de la filiation est scientifiquement assurée, la personnalisation du modèle familial ne semble plus nuire à la société. L'autonomie des modèles familiaux qui procéderait de leur singularisation s'écarterait de l'obstacle juridique pour ne susciter plus qu'un inconvénient moral. Or, il semble que l'assise exclusive d'une conception morale n'entre pas dans le rôle du droit pénal contemporain⁴⁶⁹. Bigamie et sanction pénale ne paraissent plus forcément aller de pair. Pour être cohérente, la répression doit parfois savoir rester modeste et tirer les conséquences de son échec. L'orgueil ne saurait l'emporter là où la pénalisation s'avère désormais superfétatoire. Ces constatations appellent nécessairement à entamer une réflexion prospective concernant la remise en cause de la protection pénale du principe monogamique et s'intéressant plus généralement aux conséquences du déclin de l'ordre public monogamique.

β. De lege ferenda, le maintien de l'encadrement répressif de la bigamie

109. - La protection pénale du principe monogamique a originellement été mise en œuvre dans le but de défendre une certaine vision de la moralité publique. Fonder l'intervention pénale contemporaine sur cette justification peut néanmoins paraître incohérent à plusieurs égards. Construire la protection pénale sur l'unique volonté de l'assise des mœurs est en premier lieu devenu une justification obsolète. La subjectivité attachée au champ recouvert par la morale publique empêche en effet de la penser comme cause d'intervention d'une répression, qui doit par essence être objective pour être juste. Cette remarque générale prend davantage de crédit quand les mœurs sont constamment appelées à évoluer. Si le fait de contrevenir à la morale publique était un critère objectif d'intervention pénale, la cohérence appellerait à ce que tous les comportements moralement choquants qui se rapportent à l'institution matrimoniale soient réprimés. Or, le délit d'adultère, qui en est une parfaite illustration, a fait l'objet d'une dépénalisation. Cette dernière est la preuve que le choix de l'intervention pénale doit se faire en considération de paramètres déterminants, au rang desquels ne peut uniquement figurer la garantie des mœurs, à moins que la légèreté de la loi pénale ne soit désirée. Si le droit pénal doit savoir s'adapter à l'évolution sociale, il ne peut dépendre uniquement d'un critère si versatile.

110. - La polygamie reste sans conteste une institution sociale à laquelle nos sociétés occidentales n'adhèrent pas dans leurs croyances et représentations culturelles. Cette modalité

⁴⁶⁹ L'affirmation est cependant à relativiser puisqu'elle tranche nettement avec l'activisme pénal suscité par la réflexion sur la création de l'infraction d'inceste.

d'agencement du lien matrimonial n'est pas intégrée dans l'esprit de nos structures familiales. D'aucuns pourraient arguer que la valeur morale jadis protégée par le délit d'adultère est tombée en désuétude, quand le principe monogamique demeure toujours un principe fondamental de la vie sociale. Il est néanmoins possible d'affirmer que désormais, « l'incrimination des atteintes au principe monogamique se fonde peut-être plus sur la défense d'une institution sociale que sur la défense de la moralité publique »⁴⁷⁰. L'atteinte à l'institution matrimoniale elle-même émerge potentiellement comme cause d'intervention de la matière répressive. La bigamie devrait continuer à être réprimée dès lors que sa survenue dépasse le simple stade de l'atteinte à une partie de l'institution pour en constituer la réfutation. L'absence de pénalisation de l'adultère trouverait ici tout son sens puisque, en tant que simple transgression d'une composante de l'institution matrimoniale, elle ne justifie pas l'intervention de la matière répressive. Il peut être tentant d'adhérer à l'idée consistant à attribuer moins de valeur aux atteintes portées aux conséquences d'une institution qu'à l'institution elle-même. Les premières ont seulement pour résultat la destruction des parties quand les secondes annihilent le tout. Si le critère peut paraître cohérent, il doit pourtant rester secondaire et ne saurait prendre le pas sur la question prioritaire de nécessité pénale. Avant de s'intéresser à l'ampleur du coup que l'atteinte est susceptible de porter à l'institution, il est donc essentiel de s'interroger sur la nécessité générale de son encadrement pénal. Le lien entre la stabilité sociale et la monogamie appelle à penser que l'imposition d'une peine peut être justifiée si elle sert le maintien de l'institution mais qu'il est primordial de s'assurer de la nécessité de cette mesure⁴⁷¹. La question de la réussite de la protection civile de l'institution devra toujours précéder celle du déclenchement potentiel de la répression. Il n'est en outre pas déraisonnable de considérer que « la correctionnalisation, un peu ancienne, de la bigamie apparaît rétrospectivement comme un premier pas vers la légalisation »⁴⁷². Chaque fois que l'effectivité de la protection civile de la valeur sociale sera constatée, il sera plus sage de faire

⁴⁷⁰ Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, p. 11 : la répression de la bigamie est présentée comme fondée sur un facteur sociologique et justifiée par le fait que ce comportement a pour effet d'anéantir « la signification même de l'institution » matrimoniale. La bigamie constitue dès lors une atteinte spécifique à l'institution du mariage en ce qu'elle en est tout simplement la « négation » et non une simple « contravention » à l'institution que « le droit matrimonial suffit à contrôler ». *Ibid.*, p. 11.

⁴⁷¹ V. G. WILLIAMS, « Language and the Law - I », *art. préc.*, spéc. p. 78 : « punishment is perhaps justifiable if it is necessary to preserve such an important institution ; but we should first make quite sure that it is necessary, and that monogamy can be maintained in n° other way ».

⁴⁷² G. ENDRÉO, « Bigamie et double ménage », *art. préc.* L'affirmation peut cependant être relativisée en ce que cette correctionnalisation a par ailleurs été dictée par la volonté de contrer les acquittements trop souvent prononcés par le jury d'assises. Elle ne serait donc pas principalement animée par une volonté d'adoucissement de la sanction mais par celle de rendre son prononcé effectif. Au surplus du caractère certain du prononcé de la sanction pénale, cette dernière peut en outre être plus sévère au sein d'un tribunal correctionnel, qui ne connaît pas la clémence qui peut être celle d'un jury d'assises. La correctionnalisation peut en ce sens être vue comme une parade à l'acquiescement mais également comme un moyen détourné de prononcer une peine plus sévère en cas de condamnation certaine.

de la famille une zone de « non-droit pénal »⁴⁷³. Le succès du droit familial engendre en ce sens la nécessité du retrait du droit répressif, qui emprunte un caractère subsidiaire chaque fois qu'il a préalablement décidé de s'exclure de la gestion du droit familial⁴⁷⁴.

111. - L'assertion a tendance à perdre en crédibilité à mesure que l'institution sur laquelle elle porte perd de la valeur. La désaffection sociale actuelle que rencontre l'institution matrimoniale invite à penser qu'il n'est plus forcément certain que le bon ordonnancement de la société dépende prioritairement des lois qui gouvernent l'institution du mariage⁴⁷⁵. La transgression du principe monogamique pourrait en ce sens être assimilée à un manquement aux conditions de pérennité du mariage et commander la seule intervention du droit matrimonial. Ce n'est pas la réalité de l'atteinte à l'institution qui est remise en cause mais l'impact qu'elle produit par rapport à la valeur nouvellement accordée au mariage. En effet, « dès que l'on cesse de considérer les institutions comme des réalisations de conceptions morales spontanées ou dictées par une puissance supérieure, c'est-à-dire dès qu'on les considère au point de vue positif, elles ne sont plus que la réglementation d'une pratique d'utilité ou de nécessité sociales »⁴⁷⁶. Ceci a pour conséquence le fait « que plus cette utilité ou cette nécessité sera accusée, plus la sanction destinée à garantir une institution sera légitime et plus aussi la sévérité de cette sanction sera justifiée »⁴⁷⁷. L'institution matrimoniale doit en ce sens sortir de son acception morale pour être regardée comme un outil de réglementation pratique. C'est la perception de l'utilité sociale de ce dernier qui commande la légitimité de sa sanction. Si elle reste toujours la forme majoritaire de la vie de couple, l'institution matrimoniale est actuellement l'objet d'un désintérêt grandissant et son utilité sociale ne relève plus de l'évidence. La principale cause de ce détachement se trouve une nouvelle fois dans la montée de l'individualisme, qui a pour corollaire la naissance d'un désir général d'émancipation. Cette évolution a notamment eu pour conséquence la création d'un mouvement d'affranchissement des normes sociales, au titre desquelles figurait l'institution matrimoniale. L'examen de la famille contemporaine invite alors à constater le désaveu de la conjugalité, au profit de formes de vie de couple plus libérales. Ces dernières se

⁴⁷³ L'expression est empruntée aux professeurs D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 1, p. 53.

⁴⁷⁴ Le caractère accessoire du droit pénal se mêle en ce sens à son autonomie puisqu'il ne restera présent, dans les matières qu'il a choisi d'ignorer, que lorsque la valeur qu'il abandonne ne bénéficie d'aucune protection parallèle. Il est en ce sens possible d'affirmer que la subsidiarité découle de l'autonomie.

⁴⁷⁵ V. en ce sens les propos de PLATON, *De legibus*, IV, rapportés par J. PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil, La Famille*, PUM, 1982, p. 11 : le philosophe considèrerait à juste titre au regard de l'importance alors accordée à l'institution matrimoniale que « pour qu'une république soit bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage ». L'assertion était donc plus que légitime et ne perd en cohérence que ce que le mariage perd actuellement en popularité.

⁴⁷⁶ St. WILLM, *De la bigamie en droit criminel*, *op. cit.*, pp. 3-4.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

montrent toutes aussi propices à l'épanouissement réciproque des membres du couple, puisque « si, de toutes les formes de familles connues, la monogamie fut la seule dans laquelle pouvait se développer l'amour sexuel moderne, cela ne signifie point qu'il se développa exclusivement, ou même principalement dans son sein, sous forme d'amour mutuel des époux »⁴⁷⁸. L'institution matrimoniale n'a dès lors plus l'exclusivité de la représentation du lien de couple moderne, qui émane directement de ces aspirations libertaires et se montre volontairement désinstitutionnalisé. Cette tendance semble en outre avoir investi le champ même de l'institution matrimoniale qui se contractualise⁴⁷⁹. Le mariage se poserait en définitive comme un nouvel objet contractuel, susceptible d'évoluer au gré des volontés individuelles.

112. - Si le principe monogamique garde incontestablement son rang de valeur civile et nécessite l'intervention du droit matrimonial, son érection au rang de valeur pénale reste contestable. La protection civile, qui est nécessaire pour contrer l'utilisation frauduleuse de l'institution matrimoniale, se montre dans le même temps suffisante. Il convient donc en toute logique de se résoudre à renoncer à l'intervention pénale, dont le principe doit rester gouverné par la subsidiarité. Les précédentes remarques invitent inéluctablement à s'interroger en premier lieu sur la pertinence de la présence de la bigamie dans la classification des infractions familiales. Porté à son paroxysme, le raisonnement met, dans un second temps, en lumière l'épineuse question de la dépenalisation de ce comportement. Le changement social que représente le retrait du droit répressif d'un domaine de protection entériné est une entreprise audacieuse. Si les prémices du mouvement sont en marche, l'horloge sociale n'a pas encore sonné le glas de l'infraction de bigamie. Puisque l'heure n'est pas celle de la dépenalisation, le premier niveau de réponse à cette recherche doit être envisagé sous l'angle du maintien de la répression. Si la protection pénale du principe monogamique est appelée à se perpétuer, elle ne peut se permettre l'immobilisme. L'idée même de la répression de ce comportement n'est pas défendue par cette recherche. Il est tout le moins nécessaire que son maintien réponde à une certaine logique. L'incohérence de son application appelle de ce fait le besoin de sa transformation.

113. - Dans son acception positive, cette transformation se manifesterait par une répression adaptée à la valeur qu'elle protège véritablement. Il n'est plus certain que la structure familiale en général ou que le lien familial structurel en particulier demeure ici la valeur sociale réellement protégée. Il est en premier lieu possible de noter que si certains auteurs

⁴⁷⁸ Fr. ENGELS, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État* (1884), Éd. Sociales, 1975, p. 78.

⁴⁷⁹ Sur la contractualisation du droit de la famille, v. not. *infra*, n° 164 et n° 392.

classent la bigamie au titre des atteintes à la famille⁴⁸⁰, le législateur a préféré l'inclure dans la catégorie des atteintes à l'état civil des personnes⁴⁸¹. Ce rattachement peut être appréhendé comme un choix par défaut au regard de la suppression de la catégorie des infractions contre les mœurs. Cette affirmation laisse cependant entendre que le législateur souhaite continuer à protéger une certaine vision de la morale familiale mais ne dispose plus de la catégorie sémantique adéquate. L'enjeu se situe ailleurs puisque la répression de l'atteinte au principe monogamique se révèle en second lieu comme une manière détournée de lutter contre l'exploitation de la femme et sort en ce sens de la protection de l'administration publique. La répression directe des relations monogamiques aurait pour conséquence indirecte la protection de l'intégrité physique et psychique de l'individu. L'institution matrimoniale n'intéresse plus le droit pénal pour ce qu'elle est mais pour les effets que sa protection est parfois susceptible d'engendrer sur d'autres plans. Partant, il est possible d'affirmer que « l'évolution de la matière tend moins à protéger le caractère institutionnel de cette union que les individus qui la composent »⁴⁸². Cette assertion peut toutefois être nuancée en plusieurs points puisque le droit pénal ne sanctionne pas la polygamie factuelle et consensuelle qui existe hors d'une union matrimoniale et s'intéresse à cet état uniquement lorsqu'il touche à l'institution du mariage. Lorsqu'il s'applique, le droit répressif pose cependant la protection du consentement de la personne comme facteur principal de son intervention. Si son action est prioritairement guidée par le souhait de protection de la liberté individuelle, elle se cantonne à l'institution matrimoniale. Puisque le droit utilise l'institution pour protéger l'individu, l'objectif répressif global se place néanmoins davantage du côté de la protection de l'intégrité des personnes que de celui du principe monogamique. En cas d'absence de consentement au mariage, l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de l'individu peut constituer une réalité. Il est malgré tout nécessaire de rester mesuré et de ne pas faire une généralité de ce qui constitue une minorité. Lorsqu'elle se produit, cette atteinte secondaire ne doit cependant pas rester impunie. L'enjeu réside justement dans le caractère potentiel de l'atteinte à l'intégrité, qui ne peut aucunement justifier l'intégralité d'une répression. Cette dernière reste acceptable tant qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à la défense de la valeur concernée. Lorsque cet objectif peut être atteint par d'autres procédés, c'est au contraire son absence qui doit rester la règle. N'en déplaise aux partisans du machiavélisme⁴⁸³, il semble qu'en matière pénale, bien davantage

⁴⁸⁰ V. not. en ce sens J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 553, p. 373, qui évoquent plus précisément les atteintes à la pérennité de la famille ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal, op. cit.*, n° 717, p. 765.

⁴⁸¹ V. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 632, p. 444.

⁴⁸² O. MAURY, *Famille et droit pénal*, Thèse, Paris II, 2006, p. 180. L'auteur fonde son raisonnement sur une théorie à laquelle cette étude adhère, qui consiste à lier la restriction de la protection pénale du groupe constitué par la famille en tant qu'institution à l'extension de celle de l'individu vulnérable pris en sa qualité de membre de la famille.

⁴⁸³ V., pour une définition de cette doctrine, A. COMTE-SPONVILLE, *Dictionnaire philosophique*, PUF, coll. « Perspectives critiques », 4^e éd., 2013, V° « Machiavélisme », p. 589 : « le mot, qui se prend ordinairement

qu'en toute autre, la fin ne puisse justifier les moyens. Si les conséquences de cette instrumentalisation du droit pénal ne sont pas dérangeantes quand la protection pénale est justifiée pour les deux valeurs, elles s'avèrent problématiques quand la répression recherchée de la valeur subsidiaire présuppose celle d'une valeur principale qui ne la nécessite pas forcément. Lorsqu'il est opéré, ce choix révèle l'expression d'un droit pénal utilitaire. La protection affichée du principe monogamique prend dès lors le visage de dommage pénal collatéral, quand elle découle uniquement de la protection potentielle d'une autre valeur. La protection qui émane d'un procédé, qui pourrait être qualifié de répression échelonnée, présente finalement le défaut d'être à la fois virtuelle et intéressée. Toute répression axée sur l'opportunité et la dissimulation doit être condamnée, sous peine de perdre en crédibilité. La légitimité de la répression tient pour beaucoup en son intégrité et si le maintien de l'encadrement pénal reste la solution du droit positif, il n'est pas envisageable de le maintenir à l'identique.

114. - Concernant l'infraction de bigamie, l'observateur est amené à constater que l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de l'individu qui ne consent pas à l'union matrimoniale est d'ores et déjà réprimée par d'autres infractions, qui supposent la présence de violences physiques ou psychologiques. Au sein d'une société qui est parfois regardée comme improprie à faire preuve de l'audace que commande sa dépénalisation, la répression de la bigamie constituerait alors au mieux un doublon inutile et au pire une dangereuse tromperie. À ce titre, le comportement infractionnel de bigamie devient une coquille vide. À la structure familiale, qui n'est pas la valeur réellement protégée, répond en définitive l'intégrité de l'individu, qui est autrement protégée. Puisque la répression doit être honnête pour être fiable, il est non seulement indispensable de sortir ce comportement du domaine des infractions familiales mais certainement nécessaire de l'extraire de la sphère pénale. Pour toutes ces raisons, la réflexion, qui a jusqu'alors porté sur un renouvellement de la protection pénale du principe monogamique par la positive, doit au contraire s'orienter vers sa transformation par la négative. Le choix de la modification par l'abrogation apparaît comme le plus opportun. Ces considérations spécifiques amènent plus généralement à penser que si l'institution matrimoniale reste incontestablement une valeur civile, sa qualité de valeur pénale devient controversée. Le contrôle opéré par l'officier public s'avère en ce sens suffisant à assurer le respect du principe monogamique. La discussion porte ainsi à croire que ce dernier peut continuer de contribuer à la stabilité sociale, sans pour autant nécessiter un encadrement répressif. Si l'idée de la dépénalisation de la monogamie emporte difficilement l'adhésion, les questionnements qu'elle suscite s'inscrivent dans un nouvel impératif social. La survenue

en mauvaise part, vise surtout une certaine façon, qu'on trouve en effet chez Machiavel, de juger une action à ses résultats plutôt qu'à sa moralité intrinsèque, et de s'autoriser pour cela, dans l'ordre politique, plusieurs actions qui seraient, du point de vue de la morale ordinaire, répréhensibles ».

périodique de transformations des pratiques et usages de société invite à ne pas rester figé dans une immuabilité de principe. Il peut en effet être affirmé, à propos de l'institution familiale, qu'elle doit « progresser comme la société progresse, se transformer dans la mesure où se transforme la société, tout comme elle l'a fait jusqu'ici »⁴⁸⁴ et qu'« elle est le produit du système social et reflétera son état de culture »⁴⁸⁵. À l'aune des évolutions culturelles contemporaines, il est donc indispensable d'œuvrer dans un esprit d'ouverture et de remise en cause perpétuelle. Adopter une vision critique à propos d'un sujet si délicat n'est cependant pas chose aisée. Le débat est par conséquent loin d'être clos, puisqu'il faut laisser à la tempérance le temps que suppose sa mise en place. La discussion demeure donc ouverte, malgré la faveur de cette thèse pour une exclusion du domaine répressif.

115. - Si le principe monogamique a pu être considéré comme vecteur de progrès social en ce qu'il a pendant longtemps assuré la solidité des liens structurels de famille et de société, sa protection pénale semble s'ériger actuellement en contradicteur de cette progression. L'expansion de la liberté de vie sociale dirigée par et vers l'individualisme pourrait en effet mener à concevoir une union matrimoniale exempte de devoirs obligatoires et gouvernée par la sphère purement privée. Ce mouvement traduirait un alignement progressif des couples vers la liberté individuelle permettant de contracter plusieurs unions de même catégorie ou de nature différente avec plusieurs personnes de même sexe ou de sexe différent. Ce schéma de vie sociale érigerait dès lors la liberté individuelle en vecteur prioritaire et exclusif de la vie de couple et le droit ne serait légitime à intervenir que pour sanctionner une atteinte à l'expression de la volonté individuelle qui extériorise cette liberté. Poussé à l'extrême, le raisonnement amène inéluctablement à discuter de la possible acceptation sociale des relations polygamiques, relativement auxquelles il est nécessaire d'apporter une précision. Puisque cette recherche se donne pour objet l'analyse de la bigamie en tant qu'infraction juridique, c'est à juste titre que seule la plurigamie de droit a jusqu'alors attiré l'attention. Cette orientation ne doit cependant pas conduire à éluder la manifestation dissimulée de ce comportement, qui se traduit par l'existence de relations polygamiques factuelles. En dépit du fait que ces unions restent extrêmement minoritaires⁴⁸⁶, elles n'en constituent pas moins une réalité avec laquelle il est nécessaire de composer. La polygamie de fait serait relative aux personnes qui superposent plusieurs liens de couple dans le même temps, sans pour autant

⁴⁸⁴ L.-H. MORGAN, *Ancient Society*, MacMillan, 1877, pp. 491-492.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ Les dernières estimations officielles de la Commission nationale consultative des droits de l'homme évaluent à moins de 0,3 % de la population française les personnes vivant en situation polygamique. V. en ce sens le rapport « Étude et propositions sur la polygamie en France », CNCDH, texte adopté en assemblée plénière le 9 mars 2006. Le caractère occulte du comportement étudié appelle cependant à relativiser l'exactitude de ces données qui évoquent entre 16 000 et 20 000 famille polygames vivant sur le territoire français et qui peuvent se placer en deçà de la réalité.

qu'il n'y ait cumul de plusieurs liens matrimoniaux. Elle concernerait non seulement les relations de couple qui ont lieu dans le cadre d'unions libres, mais encore toutes les unions religieuses ou coutumières. L'absence de droit évoquée dans cette affirmation ne se rapporte cependant pas au non-droit délibérément choisi⁴⁸⁷. Les détracteurs de l'absence d'encadrement pénal des situations polygamiques factuelles se réfèrent en effet à l'existence d'un vide juridique néfaste, qui résulte davantage d'une absence de choix. Ils mettent en lumière les lacunes de l'arsenal répressif et le défaut de définition juridique du délit de bigamie. À ce propos, le concubinage a pu être qualifié d'« espace de non-droit, derrière lequel peuvent se cacher toute sorte de combinaisons familiales ou conjugales, qui échappent aux pouvoirs publics »⁴⁸⁸. Le double ménage échappe à la répression chaque fois qu'il n'est pas fondé sur une dualité de liens conjugaux.

116. - Si leur comportement n'est pas toujours juridiquement répréhensible, « toute société monogamique a une frange d'instables, de polygamiques résurgents, que rien ne saurait éliminer »⁴⁸⁹. Le fait que le droit répressif n'ait pas choisi d'entrer dans le domaine de la polygamie de fait peut cependant tout autant résulter d'un choix social délibéré. Cette conduite, qui engendre les mêmes conséquences que la plurigamie de droit vis-à-vis de la contrevenance aux règles qui régissent l'institution matrimoniale, ne supporte effectivement pas la mainmise du pouvoir répressif. Le caractère occulte et désinstitutionnalisé de ces rapports empêche leur répression. En ce qu'elle fait directement écho à une situation juridique illicite, « la bigamie de fait est condamnée à rester un pur phénomène de fait tant du moins que la bigamie *de jure* n'aura pas été dépénalisée, et le mariage plural autorisé »⁴⁹⁰. Si le principe d'une intervention pénale a pu dernièrement être envisagé à leur égard⁴⁹¹, il n'est pas évident que la relation polygamique factuelle entraîne une réprobation sociale similaire à celle attribuée à la plurigamie de droit. La polygamie de fait se produit fréquemment à travers l'adoption du comportement adultère, qui ne subit plus les affres du droit pénal. Si la réprobation existe, elle n'émane certainement plus d'un attachement à la protection du lien familial structurel, mais se rapporte à un ensemble de valeurs sociales à dimension plurale. Ces dernières mêlent la protection de l'intégrité physique et psychologique des personnes et la promotion de l'expression de la liberté individuelle à la lutte contre la clandestinité et à

⁴⁸⁷ Sur la notion de non-droit, v. *supra*, n° 1, spéc. note 3.

⁴⁸⁸ N. ABOUT, *Proposition de loi visant à créer un délit de polygamie, d'incitation à la polygamie, avec circonstances aggravantes pour fraude aux aides sociales, et à inciter les victimes à la décohabitation, à l'insertion sociale et professionnelle et à l'assimilation à la communauté française*, Sénat n° 501, 26 mai 2010, p. 4. Le choix qui consiste à ne réprimer que les unions civiles simultanées a de ce fait pu être caractérisé de comportement « illogique et dangereux ».

⁴⁸⁹ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », *art. préc.*, spéc. p. 342.

⁴⁹⁰ G. ENDRÉO, « Bigamie et double ménage », *art. préc.*

⁴⁹¹ V. en ce sens la proposition de loi précédemment citée, ainsi que la proposition de loi « visant à réprimer les situations de polygamie », AN n° 2968, 18 novembre 2010.

l'attachement à la morale que véhiculent les fondements sociétaux. Partant, il est souvent malaisé de distinguer ce qui constitue une valeur sociale au sens pénal du terme de ce qui résulte d'un attachement social plus général. L'union polygamique a des conséquences nuisibles indiscutables. Elle engendre une détresse psychologique et une précarité physique et économique évidente pour ses protagonistes. La polygamie de fait, lorsqu'elle est exempte de consentement et exercée sous le joug de la contrainte morale, peut donc incontestablement porter atteinte à la dignité humaine et produire des inégalités inadmissibles. L'atteinte à la dignité de la femme et de l'enfant et la vulnérabilité financière et psychologique des différentes cellules familiales constituent le mal le plus fréquemment dénoncé. En tant que « forme archaïque de la violence faite aux femmes »⁴⁹² et par le « statut d'infériorité qu'elle implique pour la femme »⁴⁹³, la polygamie porterait ainsi atteinte aux valeurs républicaines de respect et d'égalité. Si elle se concentre sur la précarité féminine, cette assertion est toute aussi réelle en ce qui concerne un système fondé sur la polyandrie et reste adaptable et généralisable. Partant, il serait plus correct d'affirmer que le comportement polygame contraint traduit dans sa globalité un manque de respect et de considération pour la personne. La pénalisation de ce comportement aurait pour effet indirect la protection de l'intégrité et de la dignité humaine et permettrait de lutter contre les unions forcées. La proposition altérerait la nature de la répression puisqu'« elle transformait l'infraction, dont elle faisait en même temps une infraction contre les mœurs et une infraction contre les personnes »⁴⁹⁴. Il peut être permis de contester la pertinence d'une telle transformation, tant dans son aspect théorique, que du point de vue de sa mise en œuvre pratique. Ce constat permet d'affirmer que « l'opportunité d'une telle mutation de la valeur protégée par l'interdit est d'autant plus douteuse qu'elle serait susceptible de produire un effet pervers dans l'ordre symbolique et d'affaiblir le soutien que le droit pénal constitue pour les structures familiales »⁴⁹⁵.

117.- Les méfaits de l'union polygamique n'entraînent pas uniquement le besoin de protection physique et morale des individus. Ces relations peuvent dans le même temps rendre

⁴⁹² *Ibid.*, p. 11. La proposition des sénateurs énonce dans ses motifs que « la polygamie de fait, en tant que forme moderne d'asservissement de la femme par l'homme, doit être sévèrement combattue, car elle porte atteinte à la dignité humaine et à l'égalité entre les hommes et les femmes ».

⁴⁹³ P. GUIHO, « Acquisition de la nationalité française par mariage : la bigamie, obstacle à l'assimilation à la communauté française », *D.*, 1995, n° 7, p. 108. Les développements de l'auteur précisent en quoi la polygamie peut être considérée comme une condition exclusive de l'assimilation à la population française. Ces considérations semblent cependant une nouvelle fois davantage liées à la protection de la dignité et de l'intégrité qu'à la reconnaissance du lien matrimonial comme principe social fondamental.

⁴⁹⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 19, p. 60.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 61. Les auteurs précisent à ce titre que la justification de l'interdit bigame par des considérations individuelles pourrait avoir pour effet d'« entamer la portée symbolique d'une incrimination traditionnellement assise sur un ordre public culturel ». La nouvelle bigamie serait alors principalement fondée sur la défense d'un ordre personnel qui ne relève pas naturellement du domaine répressif. Ce dernier se place en effet du côté de la protection de valeurs collectives fondamentales et perd en force et en légitimité lorsqu'il intervient dans le domaine privé.

possible un cumul des aides sociales et engendrer de ce fait des inégalités au niveau de la perception des allocations. Le dessein était celui de « donner à la polygamie une définition juridique claire et élargie, afin de mieux sanctionner ceux à qui elle profite, et mieux protéger celles et ceux qui en sont les victimes »⁴⁹⁶. L'objectif affiché se montre extrêmement louable et respectable. En dépit du fait que les relations polygamiques factuelles soient très minoritaires, la société ne peut rester insensible à de telles dénonciations. Le concept de « vie en état de polygamie »⁴⁹⁷, incluant toutes les formes d'unions de couple, a été proposé comme fondement de cette définition. Si l'équilibre social est, pour toutes ces raisons, incontestablement perturbé par l'existence de polygamies factuelles contraintes, il n'est pas certain que le maintien du lien de famille structurel soit le principal motif de leur potentielle répression. Cette dernière semble en effet aussi bien se tourner vers la protection de l'intégrité physique et psychique de la femme et de l'enfance, vers la lutte contre les mariages clandestins ou forcés, que s'opposer à la fraude fiscale ou traduire une politique étrangère de contestation de certains types de regroupements familiaux⁴⁹⁸. La volonté répressive affichée à l'égard de la polygamie de fait se rattache en définitive à une pléthore de valeurs sociales, mais s'avère bien loin de poser le maintien du lien de famille comme principale considération de son action. Le rapport parfois établi entre la propension à la délinquance et l'éducation reçue par le mineur au sein d'une cellule familiale polygame relève davantage de l'amalgame que de l'exactitude scientifique. La peine complémentaire de déchéance de nationalité, envisagée pour les personnes naturalisées vivant en état polygamique, a été dénoncée comme créatrice d'une nationalité à deux niveaux, qui aurait comme conséquence désastreuse la création d'une rupture d'égalité devant la loi pénale. Dans cette perspective, « il est difficile de ne pas rattacher cette proposition à la politique d'instrumentalisation des valeurs familiales pour stigmatiser les étrangers qui se manifestent ailleurs »⁴⁹⁹. Le comportement de bigamie

⁴⁹⁶ V. C. BRUNEL, *Proposition de loi visant à réprimer les situations de polygamie*, AN n° 2968, 18 novembre 2010.

⁴⁹⁷ Ce concept peut se définir par « le fait, pour une personne mariée selon les règles de l'état civil, liée par un pacte civil de solidarité, reconnue en concubinage notoire, d'avoir contracté en France ou à l'étranger au moins un deuxième mariage avec une personne différente » et entraîner la nullité immédiate de l'union, dont la preuve pouvait être rapportée par tout moyen, et des actes juridiques ou avantages sociaux qui en ont résulté, ainsi qu'une contravention, puisque la privation de liberté était réservée à l'incitation à commettre ce délit. V. N. ABOUT, *Proposition de loi visant à créer un délit de polygamie, d'incitation à la polygamie, avec circonstances aggravantes pour fraude aux aides sociales, et à inciter les victimes à la décohabitation, à l'insertion sociale et professionnelle et à l'assimilation à la communauté française, préc.*, p. 5.

⁴⁹⁸ L'absence de vie en état de polygamie est érigée en critère déterminant de la délivrance ou du renouvellement de titres de séjours et le regroupement familial ne pourra être seulement utilisé que pour la réunion d'une seule des relations conjugales. La polygamie empêchera directement l'assimilation à la communauté française que postule l'acquisition de nationalité. Les immunités familiales qui s'appliquent dans le cas de l'aide au séjour irrégulier d'un étranger seront exclues lorsque ce dernier vit en état de polygamie et l'étranger polygame pourra par principe faire l'objet d'une mesure d'interdiction du territoire. Il est en définitive possible d'affirmer que chaque fois que l'interdiction pénale de la polygamie ne pourra matériellement être mise en œuvre, le système juridique interviendra par d'autres biais pour contrer la perpétration de cette situation.

⁴⁹⁹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 19, p. 61. Les auteurs font notamment référence au fait de contracter une union matrimoniale dans le but de l'obtention d'un titre de séjour

semble finalement relever bien plus d'une atteinte à l'ordre privé, qui doit engendrer une double répercussion. Dans une dynamique inversée, le droit pénal doit savoir se retirer du domaine dans lequel sa présence n'est plus justifiée, pour être capable de mieux se renforcer là où sa présence se fait désirer. Si la bigamie n'a plus forcément vocation à être réprimée au titre des atteintes à l'état civil, les effets que le comportement peut engendrer à l'égard d'autres valeurs toujours considérées comme fondamentales et pour lesquelles la protection pénale reste légitime doivent au contraire être neutralisés.

118. - Si la pénalisation du phénomène dans son acception factuelle n'a pas emporté l'adhésion, il est primordial d'en protéger les victimes, lorsqu'il se produit sous la contrainte. L'action répressive sortirait du joug de l'institution matrimoniale pour se concentrer sur la protection du consentement et de la liberté de la personne. Le fait de se demander « si le droit a le pouvoir d'empêcher des individus de vivre ensemble en fait »⁵⁰⁰ s'avère légitime en présence d'un consensus mais appelle une réponse positive lorsque l'union factuelle rime avec la coercition. La vraie complexité réside dans la question de la cohérence de l'intervention du droit répressif. L'opacité de l'union la rend très complexe à déceler et la protection se place réellement vers l'égalité, l'intégrité et la dignité. Il n'est ni judicieux ni souhaitable d'utiliser l'institution matrimoniale pour la placer du côté des mœurs, qui sont désormais théoriquement exclues du domaine répressif⁵⁰¹. Il est cependant plus aisé de mettre en place une politique d'affichage présentant la protection de la structure familiale comme finalité première de son action, que de se fonder sur le foisonnement des valeurs accessoirement protégées. La facilité et la pertinence vont néanmoins rarement de pair et c'est le lien familial qui fait ici figure de valeur sociale subsidiaire. De ce fait, il est bien plus cohérent de s'attaquer aux diverses sources du problème plutôt que de se concentrer sur une seule de ses manifestations. Les relations polygamiques, tant juridiques que factuelles, ne semblent pas présenter de dangerosité sociale lorsqu'elles sont réellement consenties. Le même comportement qui s'exerce en l'absence de consentement et de façon imperceptible perturbe à l'inverse l'ordre social⁵⁰², mais ne retient pas le lien de famille comme valeur

ou de la nationalité française ainsi qu'aux violences qui sont aggravées quand elles sont commises en raison du refus de la victime de contracter un mariage.

⁵⁰⁰ M. LAMARCHE, « Ne confondons pas polygamie et bigamie ! (...) », *art. préc.*

⁵⁰¹ Cette exclusion se traduit principalement par la conséquence négative de l'absence de référence formelle à la catégorie des mœurs. Elle n'est cependant pas certaine, dès lors qu'il est possible que les comportements existent toujours mais soient simplement nommés autrement. La mesure appellerait donc à penser que si une partie des comportements qui ont trait aux mœurs est réellement exempte de toute intervention répressive, une autre partie reste présente mais s'insère au sein de catégories sémantiques différentes.

⁵⁰² La clandestinité du comportement atteint directement le respect et la dignité de la personne qui souffre d'une image sociale d'autant plus destructrice qu'elle ne peut la percevoir. La victime originellement exempte de consentement qui parvient à découvrir cette situation et qui se maintient passivement dans sa relation de couple pourrait à l'inverse être considérée comme donnant un consentement implicite à la pluralité de l'union. Une telle affirmation est cependant dangereuse, tant il est délicat de sortir seul d'une situation de détresse souvent psychologique et matérielle.

principalement atteinte. La protection des victimes ne doit pas résulter d'un processus de victimisation de l'institution familiale mais doit se faire en adéquation avec celle des valeurs principales. Elles ne peuvent en aucun cas être sanctionnées si elles ont agi sous la contrainte et doivent au contraire pouvoir bénéficier de dispositifs efficaces d'aide et de réinsertion. Afin d'être mis en place de façon perspicace, ces derniers méritent de suivre une répression différenciée en fonction de chaque valeur par ailleurs protégée. La polygamie contrainte pourrait en ce sens être considérée comme une circonstance aggravant les comportements classiques de violences physiques et psychologiques commises sur le conjoint. L'apposition du comportement en critère aggravant correspondrait au caractère accessoire accordé par le droit répressif à l'institution familiale et aurait le mérite d'aboutir à une répression à la fois plus cohérente et plus honnête. L'étude de la polygamie factuelle fait en définitive apparaître le lien familial structurel comme une valeur sous-jacente et instrumentalisée, utilisée pour atteindre d'autres objectifs. L'impossibilité répressive qui se dessine au sujet des atteintes factuelles au principe monogamique pourrait former un argument supplémentaire en faveur de l'exclusion pénale de la plurigamie juridique. La répression de cette dernière constituerait en effet une rupture d'égalité, qu'il est indispensable de maintenir entre les couples institués dans un lien matrimonial. Seule la protection civile ayant pour objet la sanction des obligations familiales⁵⁰³ serait à même de restaurer l'équilibre.

119. - La protection générale du principe monogamique, qui procède d'un choix clairement affiché et affirmé, est, en dernier lieu, susceptible de témoigner d'une certaine fausseté. La monogamie au sens strict peut être considérée comme garantie uniquement dans les sociétés qui interdisent dans le même temps la possibilité de dissoudre le lien matrimonial. La licéité du divorce induit en ce sens la faculté de dissolution du lien et a été appréhendée comme génératrice d'une « polygamie indirecte »⁵⁰⁴ ou « sérielle »⁵⁰⁵. En donnant à l'individu la possibilité de multiplier successivement les liens conjugaux, elle instaurerait une polygamie en série, s'apparentant à une fausse monogamie. Cette polygamie consécutive, qui ne diffère de la polygamie simultanée que par le caractère successif des liens matrimoniaux, ne semble pas porter atteinte au principe monogamique, puisqu'elle n'engendre aucune réprobation juridique ou sociale. L'enchaînement temporel des liens existe comme garantie de la

⁵⁰³ V. sur cette notion G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 138, 2014.

⁵⁰⁴ J.-B. BOSSUET, *Œuvres complètes de BOSSUET*, T. 8, « Controverse », Éd. Outhenin-Chalandre fils, 1836, p. 305. L'Évêque de Meaux précise que « la polygamie directe et formelle doit être d'avoir deux femmes ensemble, avec lesquelles on vit conjugalement : la polygamie indirecte doit être, après le divorce, d'avoir une femme, vraie femme, sur laquelle on ait le droit conjugal, et une autre qu'on ait quittée, et sur laquelle il ne reste plus aucun droit ». L'erreur serait de confondre cette « polygamie formelle » avec la polygamie matérielle qui est la seule qui porte réellement atteinte à l'institution matrimoniale.

⁵⁰⁵ É. CHAUMONT, « Polygamie », in M.-A. AMIR MOEZZI (dir.), *Dictionnaire du Coran*, Éd. Robert Laffont, coll. « Bouquins », 2007, p. 679.

protection de l'institution matrimoniale. Cette consécration ne constitue cependant pas forcément un gage de protection de l'institution familiale dans son ensemble. La réprobation sociale de la relation polygamique concomitante instaure la dissolution d'un lien matrimonial comme préalable obligatoire à la création d'un autre lien matrimonial. En instaurant l'obligation de divorce comme garantie de la protection du principe monogamique, la société oblige en quelque sorte à la destruction d'un lien pour en créer un nouveau. Or, si elle s'inscrit dans un processus consensuel, la multiplication concomitante des unions conjugales ne semble pas porter davantage atteinte à l'ordre public que son enchaînement. À ce titre, la polygamie factuelle non consentie s'avère bien plus dangereuse que la plurigamie de droit issue d'un consentement de tous ses protagonistes. Puisque l'institution matrimoniale n'est pas en cause, les difficultés qu'elle engendre ne l'érigent cependant pas au rang des problématiques d'ordre public, sauf à considérer que la dangerosité sociale qu'elle crée pour l'individu qui ne consent pas doit justifier l'intervention étatique. La réprobation de l'atteinte à la liberté individuelle primerait toute considération pour la forme de vie de couple au sein de laquelle elle se produit. Cette dangerosité ne concerne cependant pas l'institution matrimoniale elle-même mais bien la sauvegarde de l'intégrité physique ou psychique de l'individu. La volonté de maintien du principe monogamique porterait ainsi atteinte à celui d'une nouvelle forme de famille évoluant dans l'idéologie de la coexistence des liens conjugaux et du cumul des liens d'affection. Le constat définitif revient à affirmer que l'institution familiale ne semble plus demeurer la valeur protégée par l'infraction de bigamie, qui existe non pas pour assurer la permanence du principe monogamique mais pour l'éventuelle protection de l'intégrité individuelle. Cette démonstration induit le nécessaire retrait du droit pénal au profit de la gestion civile des atteintes au principe monogamique.

120. - Le principe de protection civile de l'institution matrimoniale présente certaines imperfections, qui appellent à s'interroger sur l'éventuelle acceptation sociale des relations polygamiques, qui ne semblent plus contrevenir à l'ordre public lorsqu'elles sont consensuelles. L'enjeu principal réside alors dans la détermination de modalités efficaces de contrôle de la réalité du consentement. Si cette entreprise aboutit, il sera alors possible de penser que la relation polygamique mutuellement acceptée ne choque plus l'ordre social. L'adhésion à cette assertion, qui suppose l'acceptation préalable des arguments successifs de la démonstration, est loin d'être évidente. Le sujet est en effet extrêmement délicat et il est aisé de succomber à la tentation de la confusion et de l'amalgame. Le chemin qui se dessine entre l'apposition réflexive d'une idée et la potentialité de sa réalisation est néanmoins très long et l'heure n'est pas à un changement social si excessif. Si l'idée émerge progressivement, la société actuelle ne semble guère disposée à accorder un statut légal à la bigamie. Cette opposition n'est sans doute pas étrangère aux conséquences néfastes que la situation peut entraîner sur les plans individuel, économique et social. À défaut de pouvoir scinder la

répression pour remédier aux inégalités générées par la bigamie, il est plus aisé de l'appréhender au titre d'une protection globalisée des atteintes internes à la perpétuation du lien conjugal. Si le principe monogamique souffre sans conteste d'une protection pénale affaiblie⁵⁰⁶, à partir de laquelle les propositions évoquées pourraient être mises en œuvre pour restaurer la cohérence, la protection pénale du principe exogamique, qui se traduit par la réprobation de certaines conduites incestueuses, semble quant à elle manifestement relever du domaine de l'illusion.

2. La protection pénale illusoire du principe exogamique

121. - L'interdit de l'inceste traverse le temps et l'espace⁵⁰⁷. Il se trouve partagé par toutes les sociétés, quel que soit le lieu, l'époque ou la justification qui lui est attribuée, et prend de ce fait la figure de principe universel⁵⁰⁸. La prohibition de ce qui a pu être qualifié de « lieu maudit des interdits »⁵⁰⁹ est le fruit d'une continuité temporelle et géographique, qui traduit son rôle de valeur sociale fondamentale. Sa prohibition apparaît pourtant « à la réflexion sociologique comme un redoutable mystère »⁵¹⁰, qui suscite la difficulté de son

⁵⁰⁶ L'effacement du principe monogamique en droit pénal ne se retrouve cependant pas en droit de la famille qui concentre parallèlement ses sanctions vers la protection de la seconde famille de l'individu.

⁵⁰⁷ Si l'inceste se conçoit comme un phénomène universel, la réprobation sociale qu'il engendre a cependant subi un déplacement au cours du temps. Initialement fondé sur un tabou biologique, le comportement semble désormais appréhendé comme un tabou juridique ou moral. La référence à l'ascendance ou à l'autorité détache en effet l'infraction de sa seule composante biologique pour s'intéresser davantage à sa dimension juridique. Partant, il est possible de se référer à un inceste juridique, qui peut englober ou non l'inceste généalogique.

⁵⁰⁸ V. les observations de Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.*, 1998, chron. p. 47, qui relève que l'inceste est de ce fait toujours présent mais « touche des catégories différentes de parenté et d'alliance selon les cultures et les époques ». V. aussi Fr. HÉRITIER, *Les deux sœurs et leur mère : anthropologie de l'inceste*, Éd. Odile Jacob, 1994, qui relève le caractère universel de l'inceste et étend son champ aux relations que deux membres d'une même famille peuvent entretenir avec un tiers qu'elle considère comme un « inceste de second type » conférant à l'exogamie un caractère éminemment social. Le caractère universel attribué au principe exogamique n'est cependant pas absolu et peut être nuancé en ce qu'il a existé des sociétés qui ont parfois encouragé l'endogamie dans le but de la conservation du patrimoine familial appréhendé dans son aspect génétique ou financier. Sur les incertitudes des contours de l'inceste V. M. GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004, p. 419. Il peut aussi être remarqué qu'un grand nombre de mythes fondateurs procèdent d'un inceste originel. V. en ce sens les détails apportés par D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.*, 2004, doct. 3043, p. 2. L'interrogation apparaît alors légitime pour l'auteur : « peut-on encore parler d'universalité d'un principe quand ses applications sont si variées et si contradictoires ? ». Dans cette perspective, l'auteur se demande finalement si l'universalité ne serait non pas à attribuer à l'inceste, mais au principe plus général d'organisation des alliances qui peut se faire tant dans l'approbation que dans la réprobation. Pour le détail des origines mythiques et religieuses de l'inceste, v. aussi les développements de N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006, pp. 21 et s. et de Y.-H. L. HAESVOETS, *L'enfant victime d'inceste, De la séduction traumatique à la violence sexuelle, Réflexion théorico-clinique sur la psychopathologie de l'inceste*, De Boeck, coll. « Oxalis », 1997, pp. 30 et s.

⁵⁰⁹ G. CORNU, *La famille*, Domat, 1984, n° 52, p. 91.

⁵¹⁰ Cl. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, PUF, 1949, p. 12.

appréhension⁵¹¹. Si le constat de sa pérennité fait l'unanimité, la division semble l'emporter quant aux raisons qui fondent son existence : « représentation que chaque culture se crée, induisant dès lors une diversité dans les degrés de sa prohibition, l'inceste demeure un phénomène délicat à appréhender en dépit de son universalité »⁵¹². Il est certain que « la famille est un élément constitutif de l'inceste »⁵¹³. Le débat concernant les causes originelles de cette proscription a toutefois engendré de multiples désaccords et « la question de savoir pourquoi la plupart des sociétés ont prohibé l'inceste, et l'ont même classé parmi les plus immorales de toutes les pratiques, a été souvent agitée, sans que jamais aucune solution ait paru s'imposer »⁵¹⁴. Il convient dès lors de prendre la mesure du paradoxe qui lui est inhérent : « entre déni et idée fixe, le phénomène de l'inceste a souvent suscité des attitudes contrastées »⁵¹⁵. Partant, le débat portant sur « la recherche des origines de l'exogamie et de la peur de l'inceste semble bien être une de ces enquêtes sans espoir »⁵¹⁶. Or, « pour bien comprendre une pratique ou une institution, une règle juridique ou morale, il est nécessaire de remonter aussi près que possible de ses origines premières ; car il y a, entre ce qu'elle est actuellement et ce qu'elle a été, une étroite solidarité. Sans doute, comme elle s'est transformée chemin faisant, les causes dont elle dépendait dans le principe ont elles-mêmes varié ; mais ces transformations, à leur tour, dépendent de ce qu'était le point de départ »⁵¹⁷. La sociologie durkheimienne considère à ce titre qu'il ne faut pas rechercher les causes de cette réprobation dans les circonstances de la vie actuelle puisque « les causes dont elles dépendent et les besoins auxquels elles répondent sont dans le passé »⁵¹⁸. La cohérence de la

⁵¹¹ L'appréhension du phénomène est rendue d'autant plus difficile que son évaluation épidémiologique reste très lacunaire. V. en ce sens les développements de L. COHEN, « Les lectures de l'inceste – Du signalement aux remèdes », in *Violences en famille - Conflits privés, pudeurs publiques, Cahiers de la sécurité intérieure*, 1997, n° 28, p. 33.

⁵¹² A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *Arch. pol. crim.*, 2010, n° 32, p. 289, spéc. p. 290. V. dans le même sens J.-D. DE LANNOY et P. FEYEREISEN (dir.), *L'inceste, un siècle d'interprétation*, PUF, 1992.

⁵¹³ D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *art. préc.*, spéc. p. 3. L'auteur précise qu'il n'existe pas d'inceste sans famille. Si la famille peut heureusement exister sans inceste, la survenue de la relation incestueuse présuppose l'existence de la famille. Cette assertion devra cependant être relativisée en ce qui concerne l'appréhension pénale des conduites incestueuses qui englobent à la fois le lien familial et le lien d'autorité juridique ou factuel. L'inceste pourra donc exister sans famille au sens biologique du terme, mais il serait à ce titre plus juste d'affirmer qu'il n'existe pas d'inceste sans groupe social.

⁵¹⁴ É. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *L'Année sociologique*, 1896-1897, vol. 1, p. 4.

⁵¹⁵ D. CASTRO, « Avant-propos », in *Incestes*, L'esprit du Temps, coll. « Psychologie », 1995, p. 7. Pour illustrer l'imprécision qui entoure la définition de l'inceste, l'auteur précise à cet effet que « l'inceste ne cesse d'osciller dans l'appréhension qu'en fait la conscience collective ».

⁵¹⁶ R. LEVI MAKARIUS et L. LEVI MAKARIUS, « Essai sur l'origine de l'exogamie et de la peur de l'inceste », *L'Année sociologique*, 3^e série, 1955-1956, p. 173. Dans une perspective dynamique, les anthropologues proposent d'analyser l'exogamie à la lumière des conditions économiques et sociales qui l'ont objectivement engendrée pour découvrir les mécanismes de la peur de l'inceste qu'ils qualifient comme son ressort subjectif.

⁵¹⁷ É. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *art. préc.*

⁵¹⁸ *Ibid.*. Le sociologue précise à cette fin qu'un retour en arrière est nécessaire pour être en « état de comprendre nos idées et nos sentiments actuels » à l'égard de cet interdit.

réflexion contemporaine sur l'appréhension pénale de cette institution commande alors nécessairement un retour préalable sur ses racines. L'étude des sources fondatrices de l'interdit de l'inceste (a) précédera en ce sens logiquement l'analyse de la prohibition moderne de l'inceste (b).

a. Les sources fondatrices de l'interdit de l'inceste

122. - En ce qu'il est vécu comme une attaque se perpétrant à l'encontre de l'ensemble du groupe social, l'inceste revêt un aspect culturel incontestable. Par la durabilité et la généralité de l'interdit qu'il véhicule, l'inceste recouvre un rôle primordial au sein de la société et apparaît en ce sens comme un phénomène social normal⁵¹⁹. L'analyse scientifique de cet interdit a conduit à en écarter l'explication génétique. Cette dernière peut en effet être considérée comme irrationnelle, puisque la prohibition des relations incestueuses existe au-delà des liens de sang et transcende de la sorte le rapport biologique. Partant, « ce qu'il convient de saisir dans la problématique de l'interdit de l'inceste, c'est l'obligation d'exogamie »⁵²⁰. L'interdit de l'inceste se fonde alors uniquement sur un critère social au sein duquel la prohibition actuelle de l'endogamie (β) se présente comme le pendant négatif de l'obligation originelle d'exogamie (α).

a. L'obligation originelle d'exogamie

123. - L'exogamie correspond à un mode d'organisation sociale qui repose sur le principe de la conclusion d'unions hors de son groupe social. Le principe exogamique impose le rapport au monde extérieur en ce qu'il empêche à l'origine la contraction d'alliances à l'intérieur d'un même ensemble familial. L'exogamie sociale participe alors à la prohibition du lien matrimonial intrafamilial. L'obligation originelle d'exogamie se justifie par le fait que, pour fonctionner correctement, le groupe familial ne peut se contenter d'interagir uniquement avec lui-même. Si chaque famille dispose d'une identité familiale propre qui la caractérise, elle doit parallèlement aspirer à un besoin de reconnaissance sociale externe pour subsister sainement. En ce qui concerne notamment l'institution familiale, « l'hypothèse est donc qu'un groupe, pour exister, ne doit pas seulement maintenir son identité, sa différence, mais il doit aussi se montrer conforme à l'ordre extérieur »⁵²¹. La permanence paisible de la famille exclut

⁵¹⁹ Un parallèle peut être effectué entre cette analyse et celle de É. DURKHEIM concernant le crime dans son acception générale. V. *supra*, n° 35, spéc. note 260.

⁵²⁰ St. LELONG, *L'inceste en question – Secret et signalement*, L'Harmattan, coll. « Études psychanalytiques », 2009, p. 9.

⁵²¹ R. NEUBURGER, « Préface », in É. DURKHEIM, *La prohibition de l'inceste et ses origines* (1897), Payot et Rivages, coll. « Petite Bibliothèque Payot », 2008, n° 676, p. 17, spéc. p. 18.

par conséquent un fonctionnement sur le mode isolé de l'autogestion et commande l'adoption d'une ouverture sociale, qui engendre un phénomène de reconnaissance mutuelle des groupes. À la face interne de l'intime doit correspondre une phase externe de lien avec le monde social⁵²². Pour se concrétiser, l'acceptation réciproque des groupes postule leur adhésion aux mythes fondateurs de la société dans laquelle ils évoluent et qui contribue, à terme, à leur reconnaissance. Cette dernière apparaît conditionnée par l'acceptation préalable de l'obligation de « l'exeste »⁵²³, qui favorise en outre le maintien de la distance générationnelle⁵²⁴. Le cercle familial qui a fait un choix conjugal opposé prend la figure de « l'infamille »⁵²⁵, puisque « la tragédie de l'inceste met en jeu tout le système d'appartenance généalogique à laquelle la victime est indissolublement liée »⁵²⁶. Le vice de l'infamie a pour conséquence son exclusion automatique de la société. L'absence de reconnaissance paralyse son existence sociale et lui enlève toute possibilité de subsistance. La famille incestueuse fonctionne selon un processus homéostatique, au sein duquel elle ne se préoccupe guère du milieu extérieur.

124. - L'obligation d'exogamie impose un choix conjugal utile à la persistance de l'ensemble de l'institution familiale et contribue de ce fait dans le même temps à celle de l'ordre social. L'interdit de l'inceste, qui « assure la prééminence du social sur le naturel, rend possible, en même temps, l'organisation structurelle de la société »⁵²⁷. La sociologie durkheimienne propose une analyse scientifique des fondements de cette obligation et considère que la communication des groupes entre eux assure leur propre survie. Le principe exogamique trouve son application originelle dans un clan constitué d'individus qui se considèrent parents les uns des autres, car porteurs d'un ancêtre commun identique représenté par un totem qui caractérise le clan⁵²⁸. L'exogamie et le clan existent dans un rapport de solidarité

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ L'expression est empruntée à R. NEUBURGER, « Préface », in É. DURKHEIM, *La prohibition de l'inceste et ses origines* (1897), *op. cit.*, p. 17.

⁵²⁴ V. not. sur cet effet les développements de A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *art. préc.* L'inceste est présenté par les auteurs « comme un crime contre la structure universelle de la généalogie ». Ils précisent que « le fait incestueux abolit en ce sens l'ordre des générations ; il déstructure et confond les repères familiaux ».

⁵²⁵ L'expression est utilisée par la psychanalyse pour désigner les familles incestueuses. V. à ce titre Ph. VAN MEERBEECK, *L'infamille ou la perversion du lien*, De Boeck, coll. « Oxalis », 2003.

⁵²⁶ D. SALAS, « L'inceste, un crime généalogique », *Esprit*, 1996, p. 132. Le magistrat dénonce l'incarcération de l'auteur comme reproduisant « en miroir une violence de l'état face à la violence de l'indifférenciation ». Lorsqu'il est paisiblement intégré dans la vie familiale, l'inceste devient ainsi troublant par le degré d'indifférenciation sociale et d'acceptation implicite qu'il renferme. L'auteur décrit dès lors l'inceste comme une « transgression aussi puissante qu'elle est invisible », mais qui donne lieu à une mobilisation étatique considérable dès lors qu'il est mis au jour.

⁵²⁷ D. SZABO, « L'inceste en milieu urbain, étude de la dissociation des structures familiales dans le département de la Seine », *L'Année sociologique*, 3^e série, 1957-1958, p. 37.

⁵²⁸ Pour É. DURKHEIM, la prohibition de l'inceste apparaît comme un phénomène purement social. V. not. les écrits de J. G. FRAZER pour une analyse similaire du totémisme comme organisation anthropologique autonome

réciroque⁵²⁹. Partant, toute alliance entre individus partageant un même totem est prohibée, peu important le fait qu'ils soient parallèlement unis par un lien biologique⁵³⁰. La croyance commune en l'existence symbolique d'un ascendant identique transcende le lien du sang, qui n'est pas un critère opérant. Au sein de cette perspective, chaque membre se pose en semblable de l'autre et est uniquement considéré par rapport à son appartenance à la société domestique clanique. La création d'un lien matrimonial interne à son propre groupe se révèle dès lors absurde, puisqu'elle reviendrait en résumé à contracter une union avec soi-même. En ce qu'elle interdit la contraction d'un lien familial matériel entre individus membres du même groupe social, l'exogamie imposée par le dispositif primitif a nécessairement engendré la prohibition du principe endogamique. Qu'il soit imputé à des causes biologiques, culturelles ou sociales, l'inceste demeure un tabou unanimement dénoncé⁵³¹, qui a pour corollaire l'interdiction du principe endogamique.

β. L'interdiction du principe endogamique

125. - L'interdiction de l'endogamie sociale constitue le corollaire du principe exogamique⁵³². L'assise du principe endogamique prend la forme d'un interdit qui se substitue à une obligation préexistante et la prohibition sociale qu'il provoque se trouve par là

qui constitue une institution essentielle à la société et de S. Freud pour une approche psychanalytique du lien entre totémisme et exogamie. V. *contra* l'analyse de Cl. LÉVI-STRAUSS qui conteste l'existence du totémisme en tant que structure universelle se posant aux fondements du lien social et le qualifie de construction purement culturelle. En ce qu'il constitue une norme universelle, le principe exogamique marquerait le passage de l'état de nature qui lui préexiste nécessairement à l'état de culture qui ne peut exister en son absence. Par la réprobation de l'inceste, le groupe social dominerait sa nature primitive par une discipline qui prouverait sa supériorité intellectuelle et se manifesterait par la règle du don au groupe extérieur. L'anthropologue Ph. DESCOLA propose enfin de transcender cette dualité et présente le totémisme comme un mode d'identification ontologique. V. Ph. DESCOLA, « L'impossible dissociation entre nature et culture », in P.-H. GOUYON et H. LERICHE (dir.), *Aux origines de l'environnement*, Fayard, 2010, p. 207.

⁵²⁹ V. en ce sens les développements de É. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *art. préc.*, spéc. p. 12. Pour appuyer cette idée, le sociologue décrit un rapport de « consubstantialité » entre les membres du clan. L'identité de totem leur confère à ce titre une « identité de substance » qui les rend identiques les uns par rapport aux autres.

⁵³⁰ *Contra*, v. les développements de R. LEVI MAKARIUS et L. LEVI MAKARIUS, « Essai sur l'origine de l'exogamie et de la peur de l'inceste », *op. cit.*, pour une opinion qui considère l'exogamie comme fondement du totémisme.

⁵³¹ L'intensité du tabou semble cependant s'amenuiser à mesure de la lumière qui est faite par la société sur la réalité que constituent les comportements incestueux. V. not. à ce titre les développements de L. BEN KEMOUN, « La confiance violée de l'enfant : refonder la norme pénale », *D.*, 2002, p. 491. Le magistrat qualifie les révélations d'incestes de « gigantesque exorcisme collectif » et appelle à redonner en ce domaine à la norme pénale toute sa cohérence et sa lisibilité. V. aussi l'étude de D. DUSSY, « Père et fille à l'épreuve d'un procès pour inceste », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2008, n° 1, p. 161, pour le constat de l'existence d'un « contexte sociojudiciaire marqué par une répression accrue des agressions sexuelles incestueuses ».

⁵³² Sur le double aspect des fondements de l'inceste, v. les développements de I. CORPART, « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.*, 1995, 2, doct. p. 888. L'auteur considère la prohibition de l'union sexuelle entre membres d'une même famille comme un aspect négatif qui n'est que le versant éclairé d'une face cachée positive constituée par l'exogamie qui est profondément enracinée dans notre culture.

renforcée. La substitution de l'interdit affermit l'efficacité affectée à l'obligation. L'interdiction du principe endogamique, qui est la conséquence négative de l'obligation originelle d'exogamie, se conçoit comme une norme sociale contraignante, qui se manifeste par l'impossibilité de contracter une union à l'intérieur de son groupe familial. Lorsqu'elle se produit, cette pratique se traduit par une prohibition sociale généralisée, qui témoigne d'un processus d'intériorisation collective de la nécessité de son respect. Partant, l'interdiction de l'endogamie ne doit pas être considérée comme une simple donnée ou conjoncture sociale, mais fait partie intégrante de l'organisation de la société. Elle se manifeste en son sein par la prohibition de l'inceste, qui prend le visage d'une véritable institution⁵³³. La réprobation de l'endogamie sociale a pu se matérialiser à travers l'émergence de sanctions de diverses natures⁵³⁴, pour se concrétiser à travers la prohibition moderne de l'inceste. La loi d'exogamie, qui a précisément été instaurée pour éviter l'inceste⁵³⁵, se rapporte à « la forme la plus primitive que la répression de l'inceste ait présentée dans l'histoire »⁵³⁶ et interdit initialement l'union sexuelle entre les membres d'un même groupe social. En ce qu'elle porte atteinte à la société dans ses fondements les plus profonds, sa violation est considérée comme l'un des crimes les plus monstrueux.

126. - L'institution exogamique a pour but primaire la prohibition de toute relation corporelle entre les membres d'un même groupe familial. Elle concerne essentiellement le lien de couple charnel et n'intéresse pas directement l'institution matrimoniale. Cette dernière est cependant intimement liée à la relation sexuelle, sur laquelle elle engendre un impact majeur. La conjugalité se pose traditionnellement aux fondements du lien matériel de couple qui en est issu, quand le lien charnel préexistant peut parfois être institutionnalisé par le biais de l'union matrimoniale. En ce que la prohibition de cette dernière inclut nécessairement celle des relations corporelles, la loi exogamique a rapidement été interprétée comme interdisant toute union conjugale entre les membres d'un même groupe social. Si l'interdit endogamique se rapportait originellement à la seule union charnelle, exempte de tout lien conjugal, il semble qu'elle se soit étendue au lien matrimonial matériel, qui demeure désormais sa principale considération. La prohibition contemporaine de l'inceste repose sur une dualité de liens qui évoluent en interdépendance. Elle renferme en effet plusieurs réalités, puisqu'elle est

⁵³³ É. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *art. préc.* Le sociologue précise à ce titre que « puisque l'inceste consiste dans une union sexuelle entre individus parents à un degré prohibé, nous sommes fondés à voir dans l'exogamie une prohibition de l'inceste ». *Ibid.*, p. 13.

⁵³⁴ À l'image de la sentence de mort plus ou moins barbare ou de la déportation des individus qui en sont auteurs.

⁵³⁵ V. en ce sens les développements de J. G. FRAZER, *Totemism and exogamy – A Treatise on Certain Early Forms of Superstition and Society*, vol. 1, MacMillan, 1910, p. 165. L'anthropologue considère à son tour que la question des fondements de l'inceste reste un problème presque aussi obscur que jamais : « the ultimate origin of exogamy [...] remains a problem nearly as dark as ever ».

⁵³⁶ É. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *art. préc.*

appréhendée tant du point de vue du droit civil que de celui du droit répressif. Cette double appréhension est au surplus très intéressante car elle reflète la nature dichotomique des liens concernés. Le droit civil s'attache ainsi exclusivement à l'impact que peut engendrer la relation incestueuse sur la création du lien matrimonial de couple. En marge de l'interdit affecté à la relation charnelle, le « système des prohibitions matrimoniales pour cause d'inceste »⁵³⁷ constitue une forme primitive du principe exogamique. Partant, il n'est « pas possible qu'elle n'ait pas affecté l'évolution ultérieure des mœurs conjugales »⁵³⁸. L'inceste se définit comme une « union en vue du mariage que la loi interdit entre les parents ou alliés qu'elle détermine »⁵³⁹ et constitue un empêchement à mariage sanctionné de nullité relative lorsque sa prohibition peut être levée par une dispense⁵⁴⁰ ou absolue en l'absence de cette possibilité. Le droit civil met en œuvre une application différenciée de sa sanction, qui tient compte du degré familial dans lequel la relation se produit. Le droit pénal adopte une vision opposée du principe exogamique et ne se préoccupe que subsidiairement de l'union conjugale, mais axe la répression sur le lien de couple charnel existant au sein d'une même famille. La « conjonction illicite »⁵⁴¹ que constitue l'inceste peut aussi bien s'entendre d'une union institutionnelle que d'une relation sexuelle. Dans sa dimension générale, l'inceste consiste en définitive à « interdire la consécration statutaire de la sexualité dans le cadre de la parenté et de l'alliance »⁵⁴². L'ensemble constitué par l'union matrimoniale et les relations familiales incestueuses constitue un tabou social fondamental dont la répression s'impose à première vue comme une nécessité⁵⁴³.

b. La prohibition moderne de l'inceste

127. - Lorsque la conduite incestueuse se produit au sein du milieu familial, le droit répressif s'éloigne de la conception civiliste du principe exogamique et ne pose pas le lien conjugal matériel en critère déterminant de son application. Cette dernière se fait sans distinction, à partir du moment où une relation sexuelle existe entre certaines personnes qui partagent un

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 30.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V^o « Inceste », 1^{re} acception, p. 530. L'article 161 du Code civil dispose à ce titre qu'« en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ». L'article 162 du même code poursuit en précisant qu'« en ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs ». Son article 163 précise enfin que « le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce ».

⁵⁴⁰ V. C. civ., art. 164.

⁵⁴¹ P.-É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, vol. 3, Éd. Encyclopaedia Britannica, 1999, p. 3151.

⁵⁴² Cl. NEIRINCK, « Inceste : qui peut définir la famille ? », *Dr. fam.*, 2011, n^o 11, repère 10.

⁵⁴³ V. not. les précisions apportées par É. DURKHEIM qui considère que « toute répression de l'inceste suppose des relations familiales reconnues et organisées par la société ». La parenté doit alors nécessairement avoir un caractère social pour que la société puisse se permettre d'intervenir à son égard.

lien de famille et survient dans des conditions spécifiques⁵⁴⁴. Le fait incestueux peut être considéré à travers une seconde acception et concerner le « rapport sexuel entre proches parents incriminé comme agression ou atteinte sexuelle lorsque celle-ci est commise par un ascendant sur un mineur non marié »⁵⁴⁵. Cette définition comporte cependant l'inconvénient de son étroitesse puisqu'elle semble restreindre l'inceste à l'acte commis par le parent proche sur la victime mineure qui n'est pas déjà engagée dans un lien matrimonial et vise uniquement le rapport incriminé comme agression ou atteinte. Elle pose l'intervention du droit pénal comme condition même de la définition de l'inceste, sans laquelle ce dernier n'est pas susceptible d'exister. Partant, l'inceste ne pourrait se produire hors de l'encadrement répressif du comportement auquel il renvoie et qui en constitue une composante essentielle. La définition peut s'élargir si l'encadrement répressif devient une conséquence de l'existence de l'inceste et ne fonde plus cette dernière. Si la prohibition moderne de l'inceste peut parfois avoir un impact sur la protection d'un lien matrimonial existant, en ce qu'elle interdit d'avoir des relations avec une personne autre que celle de son conjoint au sein de son cercle familial, elle n'est pas limitée au lien conjugal et englobe la protection du rapport de famille dans sa généralité. Cet interdit peut donc concerner les atteintes internes à la perpétuation pacifique du lien conjugal existant lorsque le conjoint se livre à des relations avec son descendant, mais peut tout autant s'étendre au domaine du lien général de couple, du lien de filiation élargi ou du lien d'autorité factuel⁵⁴⁶. Pour affermir son indépendance, le droit répressif s'applique au sein du milieu familial qu'il appréhende largement⁵⁴⁷.

128. - Le droit pénal assoit son autonomie en faisant le choix de s'écarter délibérément de la conception civiliste de l'inceste, pour ne pas le considérer uniquement comme une atteinte interne à la perpétuation légale du modèle véhiculé par le lien conjugal matériel. La matière répressive semble privilégier le fondement social de l'exogamie par rapport à son fondement biologique. Si l'inceste civil reste basé sur l'exogamie génétique, son reflet pénal paraît centré sur l'exogamie sociale. L'examen d'ensemble de la protection pénale du principe exogamique laisse malgré tout apparaître un encadrement bien plus limité que celui qui entoure le principe monogamique. Considérant la force sociale encore attribuée au tabou de l'inceste, c'est « non sans un certain paradoxe que notre droit sanctionne la bigamie plus vigoureusement que

⁵⁴⁴ Il peut donc à ce stade être intéressant de constater que l'encadrement répressif de l'inceste s'attache davantage à la relation charnelle qu'à l'institution au sein de laquelle cette relation existe et rejoint en un certain sens la définition originelle de l'inceste.

⁵⁴⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V^o « Inceste », 2nde acception, p. 528.

⁵⁴⁶ V. l'analyse de I. CORPART, « L'inceste en droit français », *art. préc.* : l'auteur considère que « s'il n'y a plus de situation juridique incestueuse au-delà d'un certain âge des intéressés en droit pénal, en deçà, le champ familial est plus largement exploré qu'en droit civil ».

⁵⁴⁷ La conception pénale protéiforme du contenu du lien de famille, directement issue de la vision utilitariste dont fait preuve le droit répressif à l'égard de la notion de lien familial, sera détaillée lors de la protection pénale variable du lien familial relationnel. V. *infra*, n^o 261 et s.

l'inceste »⁵⁴⁸. L'appréhension répressive actuelle des conduites incestueuses laisse en effet apparaître une défense totalement illusoire du principe exogamique. Il est possible d'affirmer à propos de l'inceste que « plusieurs voiles le dissimulent »⁵⁴⁹. C'est en ce sens « un véritable silence ou au minimum une indifférence totale qui entoure la prohibition légale de l'inceste »⁵⁵⁰. En effet, « le législateur ne s'intéresse à l'inceste que de façon négative, pour veiller à ne pas le faire entrer dans la sphère du droit »⁵⁵¹ et « l'inceste est tantôt noyé dans d'autres incriminations, tantôt carrément à l'écart de la sphère de l'interdiction »⁵⁵². Une large partie des comportements incestueux ne sont tout simplement pas appréhendés par le droit pénal et délibérément laissés hors de son champ (α) quand celles qui sont prises en compte sont totalement étrangères à l'assise de l'exogamie sociale et incluent faussement l'inceste dans le champ de la répression (β).

a. L'inceste délibérément exclu du champ de la répression

129. - Longtemps considéré comme la pierre angulaire des attentats aux mœurs entre membres d'une même famille⁵⁵³, l'inceste semble être devenu un objet ignoré du droit

⁵⁴⁸ A. BÉNABENT, *La famille*, Litec, coll. « Manuels », 11^e éd., 2003, p. 39.

⁵⁴⁹ I. CORPART, « L'inceste en droit français », *art. préc.* V. dans le même sens les propos de Y.-H. L. HAESVOETS, *L'enfant victime d'inceste (...)*, *op. cit.*, p. 29, qui considère que « dans l'absolu, le phénomène de l'inceste ne s'explique pas » et qu'il est « une affaire de silence et de secret ».

⁵⁵⁰ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD Civ.*, 2000, n° 4, p. 759. L'auteur considère ainsi que « le droit, face au danger que représente l'inceste, se révèle non seulement silencieux mais encore insouciant ». Le droit qui élude cet interdit fondamental et lui confère une place dérisoire devrait au contraire remplir son rôle prophylactique et œuvrer de façon préventive pour l'absence de concrétisation de l'inceste. Cette prise de conscience servirait alors dans le même temps la société puisqu'elle engendrerait la spécification des rôles parentaux.

⁵⁵¹ D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.*, 1988, chron. p. 213, spéc. p. 215. L'auteur considère que l'inceste appartient de façon assez paradoxale au domaine du non-droit, non pas en ce qu'il est trop insignifiant pour susciter l'intérêt du droit, mais précisément du fait de son énormité. En prenant conscience qu'il est « incapable d'appréhender directement un phénomène aussi dérangeant que la violation d'un tabou ancestral », le droit fait ainsi preuve d'une lucidité réjouissante. V. aussi pour une dénonciation des conséquences néfastes de cette pudeur les développements de A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *art. préc.*, qui considère ce mutisme comme hypocrite en ce qu'il n'est pas imputable à l'adaptation aux mœurs mais à la volonté « d'empêcher que soit révélé ce qu'il considère comme innommable ». Le droit s'affère donc insidieusement à dissimuler les conséquences de l'union incestueuse. V. dans le même esprit les développements de D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *art. préc.*, qui dénonce la prudence du droit en ce domaine et relève que la famille n'y existe juridiquement « qu'à contre jour ». Cette « pénombre ambiguë » est cependant vue par l'auteur non pas comme la preuve d'une lâcheté mais comme le corollaire de la prise de « conscience de la faiblesse des fondements et des justifications de l'interdit ». V. enfin les développements de A. BRETON, « L'enfant incestueux », *in Aspect nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL*, T. 1, « Études de droit privé, de droit public et de droit comparé », Pédone, 1974, p. 320.

⁵⁵² D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *art. préc.*, spéc. p. 214. V. dans le même sens J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, *op. cit.*, n° 740, pp. 462-463 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 725 qui fait allusion au caractère éparpillé de l'inceste.

⁵⁵³ V. en ce sens les développements de M. GENDREL, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *Rev. pénit.*, 1964, vol. 88, p. 31, spéc. p. 33.

répressif⁵⁵⁴. Si la prohibition de l'inceste a pu être constitutionnellement qualifiée de « règle d'ordre public régissant le droit des personnes »⁵⁵⁵, cette assertion ne semble pas s'étendre au droit répressif. Saisi dans sa globalité, le comportement incestueux est effectivement exclu de la répression, dont l'examen révèle l'inexistence d'une infraction générale d'inceste. L'absence de prise en compte autonome de la relation incestueuse peut de ce fait amener à penser que « l'inceste n'est pas – *ou plus* – considéré comme une infraction troublant, en soi, l'ordre social »⁵⁵⁶. Le constat est le suivant : il n'existe pas de répercussions répressives d'ensemble à l'instauration potentielle du principe exogamique comme valeur sociale fondamentale. Les conséquences de cette carence sont multiples, puisqu'elles se manifestent tant du point de vue de la forme qu'elle occupe que de la substance qu'elle saisit. Puisqu'il s'agit d'analyser les manifestations d'une absence, la justesse commande plutôt d'évoquer la carence formelle ainsi que le morcellement substantiel qui la caractérisent. La première se concrétise à travers la recherche d'une nomenclature terminologique répressive de l'inceste. La quête s'avère rapidement vaine quand « force est de relever que le mot inceste ne figure nulle part dans le Code pénal »⁵⁵⁷. L'inceste « apparaît en effet comme une notion de pur droit civil n'appartenant pas au droit pénal »⁵⁵⁸. La répression de la relation incestueuse n'est pas pour autant inexistante, mais se fera en filigrane, à travers celle d'autres infractions qui la concerneront plus ou moins directement. Si le comportement existe, il n'est jamais nommé et transparait seulement de manière secondaire. L'inceste n'est en définitive « jamais pris en considération isolément par le législateur en droit pénal, et est toujours appréhendé en même temps que tous les autres cas d'abus d'autorité »⁵⁵⁹. Cette « pudeur terminologique »⁵⁶⁰

⁵⁵⁴ V. not. les propos liminaires de M.-L. RASSAT, « Inceste et droit pénal », *JCP G*, 1974, I, p. 2614.

⁵⁵⁵ Cons. const., n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au PACS*, Rec. CC, p. 116, spéc. considérant n° 74.

⁵⁵⁶ M.-L. RASSAT, « Inceste et droit pénal », *art. préc.* V. dans le même sens I. CORPART, « L'inceste en droit français », *art. préc.*

⁵⁵⁷ M.-L. RASSAT, « Inceste et droit pénal », *art. préc.* V. également I. CORPART, « L'inceste en droit français », *art. préc.*, qui relève au sujet de la même lacune la nécessité de détecter l'inceste à propos de notions voisines.

⁵⁵⁸ D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *art. préc.* V. dans le même sens M.-P. PORCHY, « La loi pénale ne pose pas l'interdit de l'inceste », in M. DE BÉCHILLON (dir.), *Les violences aux mineurs*, La documentation française, 2009, p. 109.

⁵⁵⁹ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 766.

⁵⁶⁰ L'expression est empruntée à D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *art. préc.* L'auteur explique cette omission par la volonté du droit pénal de ne pas éclairer l'interdit de l'inceste que le droit civil cherche précisément à camoufler. Cette ignorance répressive serait alors la « conséquence logique de ce que les règles du droit civil s'efforcent de jeter un voile pudique sur l'inceste ». Il précise que, « sous peine de trahir sa mission », « le droit pénal ne peut pas être aveugle aux atteintes les plus graves apportées à l'ordre social ». Ce choix répressif peut néanmoins être interprété à l'inverse et vu comme la résultante de l'autonomie du droit pénal qui réprime cet interdit selon ses propres considérations. *Contra*, l'opinion de I. CORPART, « L'inceste en droit français », *art. préc.*, qui considère que le droit civil s'occupe de l'inceste et constitue « l'ultime rempart », mais nuance son propos en déplorant le fait qu'il ne s'y intéresse que pour interdire dans le cas des empêchements à mariage et de l'impossible établissement du double lien de filiation. *Contra*, v. l'étude de D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *art. préc.*, spéc. p. 5. Sur la question de la discrimination constituée par l'interdiction d'établir la filiation bilinéaire d'un enfant issu d'un inceste absolu au regard du droit à la vie familiale, v. not. S. PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.*, n° 6,

suscite des interrogations qui peuvent aboutir à lui attribuer des causes multiples : « l'intensité du tabou, en aurait-elle refoulé l'image au point que les législateurs aient évité, consciemment ou non, l'emploi du mot "inceste" ? Ou bien, au contraire, ceux-ci ont-ils cru ne pas devoir mentionner l'inceste nommément parce qu'ils partageaient la croyance assez répandue selon laquelle ce crime serait presque inexistant dans nos sociétés ? »⁵⁶¹. Bien que la relation incestueuse appartienne au domaine de l'occulte, car elle se réalise dans le milieu clos de la famille, sa perpétration constitue une réalité qu'il n'est désormais plus possible de nier⁵⁶². La notion de chiffre noir de la délinquance prend tout son sens dans la relation incestueuse, puisque « l'inceste est sans doute l'une des infractions où l'écart entre le nombre des condamnés et celui des crimes réellement commis est le plus grand »⁵⁶³. Partant, il convient de se résoudre à l'évidence constituée par l'« impossibilité radicale d'évaluer l'importance réelle de l'inceste dans la société contemporaine »⁵⁶⁴. L'inceste est regardé comme « une transgression aussi puissante qu'elle est invisible »⁵⁶⁵ et il convient de s'interroger sur l'existence d'un « mutisme séculaire autour de la transgression d'un tabou fondateur des sociétés »⁵⁶⁶. Le mystère qui résulte de l'absence d'utilisation de ce vocable se résout aisément quand l'ambiguïté qui entoure tant sa définition que ses origines se manifeste⁵⁶⁷. Le comportement incestueux s'insère en effet dans une dynamique complexe, qui se rapporte non seulement à la matière juridique, mais se place bien au-delà en embrassant les domaines de la sociologie et de l'anthropologie, et en reposant sur des enjeux religieux, éthique et philosophique⁵⁶⁸. Son exclusion terminologique apparaît significative et revient à penser

2010, ét. 16. Dans l'affirmation de l'intérêt de l'enfant, l'auteur prône l'établissement d'une cellule familiale indépendante des circonstances qui entourent sa conception.

⁵⁶¹ D. SZABO, « L'inceste en milieu urbain (...) », *art. préc.*, spéc. p. 47.

⁵⁶² V. en ce sens les propos de I. CORPART, « L'inceste en droit français », *art. préc.* L'auteur précise que ce comportement est empreint de contradictions puisque, « paradoxalement, l'inceste est à la fois le tabou culturel le plus répandu dans notre civilisation et, en même temps, une réalité permanente dans la plupart des pays ». Elle fait notamment part de statistiques officielles qui estiment à 25 % la proportion des enfants maltraités subissant des abus sexuels. V. pour d'autres études quantitatives, G. LOPEZ, *Violences sexuelles sur les enfants*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 3309, 1999, pp. 15-18 et H. PARAT, *L'inceste*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2004, p. 3, qui relève que « 20 % des procès d'assises concerneraient des infractions de type incestueux commises sur des victimes de tous âges, principalement mineures ».

⁵⁶³ V. not. les développements de D. SZABO, « L'inceste en milieu urbain (...) », *art. préc.*, spéc. p. 45. L'auteur fait référence à une étude médicale qui analyse les aspects psychologiques et sociaux de l'inceste et estime seulement un inceste découvert pour deux ou trois incestes non poursuivis.

⁵⁶⁴ M. GENDREL, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *art. préc.*, spéc. p. 43.

⁵⁶⁵ D. SALAS, « L'inceste, un crime généalogique », *art. préc.*

⁵⁶⁶ Y.-H. L. HAESVOETS, *L'enfant victime d'inceste (...)*, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶⁷ V. en sens A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 763 qui estime que « l'imprécision du droit est révélatrice : elle dissimule un doute et une méconnaissance du fondement de l'inceste ». L'interrogation reste cependant entière puisqu'il n'est pas assuré avec certitude que la précision dans la détermination des origines de l'interdit aurait nécessairement inclus la spécificité de son encadrement.

⁵⁶⁸ V. not. dans le même sens les développements de D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *art. préc.*

l'inceste comme une « catégorie sociologique mais non juridique »⁵⁶⁹. La difficulté que provoque son insaisissabilité suppose son absence d'évocation.

130. - L'examen de la substance de sa répression révèle une sensibilité identique. La cohérence supposerait l'analyse de l'indifférence exposée comme la résultante d'une erreur d'appréciation de la force attribuée à l'exogamie. Si cette dernière ne constitue pas un principe capital, il est en effet logique qu'elle ne soit pas appréhendée par le droit répressif qui a précisément pour objet la protection des valeurs sociales fondamentales. La réalité semble cependant plus nuancée, puisque le défaut de son encadrement global a pour corollaire l'existence de sa prise en compte partielle. L'absence de considération générale n'inclut pas nécessairement une absence globale de considération. Partant, le cœur de la question réside dans l'identification des raisons qui motivent le caractère partiel de l'appréhension pénale du principe exogamique. L'étude de cet encadrement démontre la différenciation dont fait preuve la matière répressive à l'égard du comportement incestueux. Le droit pénal fait en effet le choix délibéré⁵⁷⁰ de ne pas encadrer les relations incestueuses lorsqu'elles sont librement effectuées entre adultes consentants. Il se désintéresse totalement des relations sexuelles qui se produisent entre des personnes unies par un lien de famille, dans la mesure où les intéressés sont majeurs et consentent librement à l'acte⁵⁷¹. « L'inceste que nous pourrions dire banal est donc licite »⁵⁷², puisque le critère qui déclenche la mise en œuvre de la répression n'est pas la contravention au principe exogamique mais l'absence de consentement que la minorité de la victime suppose nécessairement. Il convient à cet égard de préciser que la minorité de la victime place cette dernière dans un état de vulnérabilité, qui laisse présumer son absence de consentement à l'acte incestueux⁵⁷³. Cumulés l'un à l'autre, les critères du consentement et de la majorité rendent l'inceste, sinon légitime, tout au moins pénalement licite, en l'excluant du champ de la répression. Une large partie des comportements incestueux s'avère de ce fait

⁵⁶⁹ M. GENDREL, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *art. préc.*, spéc. p. 42.

⁵⁷⁰ Le caractère délibéré de ce choix peut néanmoins être nuancé puisque, s'il adhère à la promotion de cette liberté, le législateur répressif peut aussi être influencé par l'essor des droits et libertés fondamentales garantis par le droit européen.

⁵⁷¹ V. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 421, p. 293, qui rappellent que « les relations sexuelles incestueuses, librement consenties de part et d'autre par des personnes majeures, sont ignorées du droit pénal ».

⁵⁷² M.-L. RASSAT, « Inceste et droit pénal », *art. préc.* V. dans le même sens les observations de Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *art. préc.*, qui considère à propos des relations consenties que « si elles peuvent heurter la morale, et si elles méritent à n'en pas douter l'étiquette incestueuse, n'appellent pas forcément un trouble social majeur et donc une incrimination pénale ».

⁵⁷³ Certains pays européens, à l'image de l'Allemagne, de la Belgique ou de l'Espagne, posent à cet effet une présomption irréfragable d'absence de consentement pour le mineur qui n'a pas atteint un certain âge. La France ainsi que l'Italie ont opté pour un système plus libéral qui favorise la liberté sexuelle du mineur. Si les deux systèmes considèrent l'âge de l'enfant comme une cause d'aggravation de la répression, le système italien choisit de faire de l'autorité de l'auteur un élément constituant l'infraction, quand elle constitue une cause d'aggravation supplémentaire au sein de notre système. V. les développements apportés par Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *art. préc.*, spéc. p. 50 pour le détail de chaque législation.

délibérément exclue du champ répressif. Cette mise en retrait du droit pénal est principalement imputable à l'importance grandissante accordée à la liberté sexuelle des individus, dont la gestion doit rester dans le domaine privé⁵⁷⁴. Ce détachement est significatif d'un certain aspect de l'évolution sociale au sein duquel « l'affirmation d'une autonomie de la personne marque ainsi l'avènement d'une société pluraliste, dans laquelle la garantie du respect de la vie privée confère à la personne une sphère d'intimité et d'immunité »⁵⁷⁵. L'ordre public de direction, qui interdit à l'individu d'adopter certains comportements, céderait la place à un ordre public de protection, qui garantit à l'inverse certains droits et libertés.

131. - Lorsqu'elle existe au sein de la sphère privée ou est assumée dans la sphère sociale, et est issue d'un consentement forgé par l'expression de deux volontés concordantes⁵⁷⁶, l'endogamie ne semble pas porter atteinte à l'ordre social, puisqu'elle ne suffit pas, en tant que telle, à entraîner la réaction pénale. La répression de ce comportement procéderait de la confusion particulièrement tentante qui peut advenir entre le droit et la morale, à laquelle le droit pénal ne succombe pas en ce domaine⁵⁷⁷. Le droit répressif ne peut se permettre d'intervenir dans la liberté sexuelle de l'individu uniquement quand son expression inclut dans le même temps un comportement socialement dangereux, portant atteinte à la liberté

⁵⁷⁴ V. en ce sens les propos de I. CORPART, « L'inceste en droit français », *art. préc.*, spéc. p. 889, qui considère que l'inceste « n'est toujours pas considéré comme un délit à part entière » et qu'il peut de ce fait « parfaitement être établi sans pour autant se voir poursuivi au nom d'une liberté sexuelle dont la seule limite demeure le respect d'autrui ». V. dans le même sens les éclaircissements apportés par L. BEN KEMOUN, « La confiance violée de l'enfant : refonder la norme pénale », *art. préc.*, spéc. p. 492. Le magistrat précise que si la relation sexuelle librement consentie entre un parent et un enfant majeur « est tout aussi désastreuse psychologiquement » que celle qui inclut un mineur, « la prohibition pénale d'un tel comportement serait indéniablement contraire à toute notre tradition juridique et culturelle ». Notre système juridique, qui correspond à celui de l'Espagne ou du Portugal, semble cependant loin de faire l'unanimité puisque de nombreuses législations européennes, à l'image de celle de l'Angleterre, du Danemark ou de la Suisse, ont choisi de faire de l'inceste consenti entre majeurs une infraction sexuelle ou une infraction contre la famille. L'Italie a en dernier lieu choisi la solution innovante de ne réprimer cette conduite que lorsqu'elle est publiquement exposée. V. pour davantage de détail sur le contenu de chaque système, *La répression de l'inceste*, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, n° LC 102, Broché, 2002.

⁵⁷⁵ D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508. Le lien direct qui existe entre vie privée, autodétermination et liberté sexuelle de la personne est décrit comme entraînant alors nécessairement la limitation du droit qui peut prendre la forme de l'indifférence ou de la reconnaissance de droits. L'auteur insiste sur l'importance de l'autoprotection de la liberté sexuelle qui consiste en le droit de ne pas mettre son corps à la disposition d'autrui.

⁵⁷⁶ V. not., pour des précisions sur le principe du libre consentement à la relation sexuelle entre personnes majeures, X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèques des sciences criminelles », T. 36, 2002, n° 64, p. 77. L'auteur considère que le caractère consenti des relations sexuelles existant entre deux adultes s'oppose à la constitution matérielle des infractions qui portent atteinte à l'intégrité sexuelle et fait état d'un « consentement exclusif ».

⁵⁷⁷ Il est en effet devenu courant de considérer que la répression pénale n'engendre désormais plus de confusions entre les exigences morales et sociales. V. cependant pour une atténuation les propos de A. GARÈCHE, « Loi et ordre moral », in *Le Monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Economica, 2008, p. 441, qui considère que, si le droit s'est peu à peu éloigné de la morale, il est encore des cas dans lesquels il semble révéler une certaine conception sociale et influe de ce fait à son tour sur l'évolution de la morale.

d'autrui. En ce qu'elle constitue une atteinte manifeste à l'intégrité psychique et physique de la personne, l'absence de consentement, ou la minorité qui la présuppose, suffit à la rendre pénalement appréhendable. Cette absence de réaction est la conséquence de ce que « le droit doit effectivement se désintéresser des situations qui n'entrent pas dans le champ des interdits »⁵⁷⁸. Cette assertion, qui met en exergue les dissemblances qui peuvent exister entre l'interdit social et l'interdit juridique, peut gagner en pertinence au regard de la façon dont le principe exogamique est encadré par le droit civil. Ce dernier s'intéresse en effet à l'union incestueuse uniquement quand elle est susceptible de porter atteinte à l'institution matrimoniale. L'exogamie est protégée par ricochet à travers la défense principale du lien couple institutionnel. L'appréhension répressive de ce principe fonctionne à l'identique, puisque l'endogamie n'y sera sanctionnée que lorsqu'elle portera simultanément atteinte à une autre valeur pénalement protégée. Quel que soit le domaine concerné, seule le manquement accessoire à une valeur sociale fondamentale est alors à même de justifier l'intervention juridique. Par la défense incidente dont elle est l'objet, il est alors possible d'affirmer que l'exogamie ne constitue plus en elle-même une valeur sociale digne de protection quand certaines activités sexuelles entretenues au sein du milieu familial n'engendrent pas de répercussions juridiques. Ce désintérêt se manifeste notamment par l'existence d'une protection pénale différenciée. Cette dernière ne produit cependant pas d'inégalités car les individus à l'égard desquels elle s'applique ne se situent pas dans une situation initiale identique. Si la réprobation de la relation sexuelle incestueuse est parfois affichée comme motif principal de l'action du droit pénal, elle résulte toujours de celle de l'intégrité physique ou morale de l'individu qui en est victime. L'inceste révèle ainsi sa vraie nature et accède au statut de valeur faussement appréhendée par le droit pénal. Au « principe de l'impossible répression de l'inceste »⁵⁷⁹ semble alors correspondre celui « de la nécessaire incrimination de certaines formes d'inceste »⁵⁸⁰. Cette dernière pourra dès lors consister en une pénalisation autonome de ces comportements ou mener à leur prise en compte en tant que causes d'aggravation.

⁵⁷⁸ *Ibid.* L'auteur précise que les relations sexuelles entre adultes consentants ont été dépénalisées par le Code pénal de 1791 et que celui de 1810 ne réprimait, par l'intermédiaire des attentas aux mœurs, que celles qui troublaient l'ordre public et qui étaient jugées moralement inacceptables. Il pourrait par ailleurs être intéressant de se demander si le droit pénal se désintéresse de l'exogamie en ce qu'elle a été préalablement exclue des interdits sociaux par la conscience collective ou si ce rejet est la conséquence postérieure au retrait du droit répressif.

⁵⁷⁹ Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *art. préc.*

⁵⁸⁰ *Ibid.*

β. L'inceste faussement inclus dans le champ de la répression

132. - L'incertitude terminologique dans laquelle se situe l'inceste « pose un problème particulier : celui de la définition des agissements à retenir sous ce vocable »⁵⁸¹. Cette absence de définition peut s'avérer bénéfique et propice à l'application d'une politique répressive relativement large, puisqu'elle permet d'englober dans ce vide un grand nombre de comportements. Cette omission peut dans le même temps engendrer des effets pervers car il sera très difficile de déterminer précisément ce qu'elle recouvre. L'indifférence dont fait preuve le droit pénal à l'égard de l'inceste est donc à la fois source d'avantages et de difficultés⁵⁸². En tout état de cause, il est désormais acté que, « les infractions sexuelles sur mineurs font l'objet d'une véritable politique criminelle ayant pour objet d'appréhender efficacement les auteurs d'actes de nature sexuelle qui porteraient atteinte à l'intégrité physique et psychologique des mineurs »⁵⁸³. L'inceste ne constitue toujours pas une infraction autonome. Même si le comportement constituait une réalité factuelle incontestable, il a longtemps été terminologiquement exclu de la catégorie des infractions sexuelles. L'adéquation de la norme aux mœurs a par la suite conduit à appréhender la relation familiale au même titre que les autres cas d'abus d'autorité et à lui conférer le rôle de circonstance aggravant généralement la répression des crimes et délits de nature sexuelle. Aussi, « notre droit pénal a tenu compte du lien familial pour définir et sanctionner certaines infractions sexuelles »⁵⁸⁴. Les règles diffèrent désormais selon la nature de l'infraction et l'âge de la victime concernée. L'ascendance pourra aussi dans de rares cas prendre le visage d'un élément constitutif de l'infraction. La répression ne pose cependant pas le milieu familial en facteur fondamental de répression. Le fait d'inceste sanctionne à la fois le défaut de consentement de la victime et l'abus d'autorité exercé sur sa personne⁵⁸⁵. Si ces caractéristiques se posent toutes deux aux fondements de la sanction, elles ne diffèrent cependant pas toujours puisque la première peut être déduite de la seconde. En réalité, il s'agit à la fois de protéger pleinement la liberté sexuelle d'un mineur et de sanctionner « l'oubli, par le coupable, de ses des devoirs éducatifs les plus élémentaires ou de ses obligations de fonction »⁵⁸⁶. En tant qu'être vulnérable, le mineur est considéré comme incapable de

⁵⁸¹ M.-L. RASSAT, « Inceste et droit pénal », *art. préc.* L'auteur précise notamment qu'il est alors impossible pour l'interprète de « se laisser aller à la douce faculté que lui accorderait un strict respect du principe de la légalité » puisque « les faits d'inceste susceptibles d'être pris en considération, n'ayant pas été envisagés en eux-mêmes, ne font l'objet ni d'une énumération légale limitative, ni même d'une définition générique à interpréter ».

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ X. LAMEYERE, « La préhension pénale des auteurs d'infractions sexuelles », *AJ pénal*, 2004, p. 54.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ V. en ce sens les développements de N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, *op. cit.*, n° 363 et s., pp. 246 et s. et n° 415 et s., pp. 269 et s. L'auteur précise qu'« en droit positif, la relation familiale entre l'auteur et la victime n'a aucune incidence sur l'élément constitutif de l'agression sexuelle du défaut de consentement de la victime ». *Ibid.*, n° 411, p. 267.

⁵⁸⁶ A. VITU, *Traité de droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 1869, p. 1514.

consentir librement à la relation sexuelle en deçà d'un certain âge. L'appréhension pénale du lien familial relève de l'accessoire et existe dans une dimension subsidiaire, à travers celle de la valeur principale. L'examen aboutit à une prise en compte aléatoire du lien de famille au sein de la protection contre le fait d'inceste, puisque « l'ordre public pénal tend désormais à se confondre avec les mœurs sexuelles uniquement quand la vulnérabilité de la personne le commande »⁵⁸⁷.

133. - Le droit répressif réprime actuellement les actes incestueux de façon indirecte à travers la catégorie plus générale des infractions sexuelles, au sein de laquelle il convient de distinguer celles qui ont été imposées par la violence⁵⁸⁸ de celles qui ont été commises sans violence. Les infractions de viol et d'agressions sexuelles, qui composent la première catégorie, voient nécessairement leurs sanctions aggravées lorsqu'elles sont commises « par un ascendant⁵⁸⁹ ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait »⁵⁹⁰. L'ascendance s'inscrit dans un rapport étroit avec le lien d'autorité, puisqu'elle inclut nécessairement l'autorité de droit. Elle n'en est pas exclusive, mais en constitue le pendant obligatoire. Le lien familial issu du lien d'autorité se décline dans son acception la plus large, mais constitue seulement une circonstance susceptible d'aggraver des infractions qui peuvent se commettre en dehors du milieu familial pour adopter en ce sens un rôle accessoire. L'infraction peut donc se voir doublement aggravée par le critère de l'autorité imputée à son auteur ou par l'âge de sa victime. Le lien de famille n'est donc pas pris en compte de façon spécifique et mis sur un pied d'égalité avec les autres causes d'aggravation : « le crime d'inceste ne possède donc aucun marqueur particulier tenant à un élément constitutif de l'infraction »⁵⁹¹. Il en est autrement en ce qui concerne la seconde catégorie, dès

⁵⁸⁷ Ph. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in J. BIGOT, M. BILLIAU, Cl. BOITEAU et L. CADIER (dir.), *Études offertes à Jacques BÉGUIN*, Litec, 2005, p. 141, spéc. p. 145.

⁵⁸⁸ V. C. pén., art. 222-23 pour le viol qui se commet par le moyen de la « violence, contrainte, menace ou surprise » et C. pén., art. 222-27 pour les agressions sexuelles autres que le viol.

⁵⁸⁹ La référence à la simple ascendance, désormais dénuée de renvoi au caractère légitime, naturel ou adoptif qu'elle peut revêtir, a d'ailleurs pour effet implicite d'élargir la définition juridique de l'inceste. En ce sens, l'ascendance s'émancipe de sa dimension biologique pour adopter une nature morale et psychologique.

⁵⁹⁰ C. pén., art. 222-24, 4^o et C. pén., art. 222-28, 2^o. V. sur ces notions N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, op. cit., n^o 427 et s., pp. 274 et s. L'auteur relève, d'une part, l'inutilité de la notion d'autorité de droit qui est redondante avec celle d'ascendance et ne présente un intérêt que dans le cas où une autorité tutorielle est concernée et, d'autre part, le caractère hétéroclite néfaste de la notion d'autorité de fait. Elle suggère alors la création d'une notion générale d'autorité qui engloberait toutes les relations externes à l'ascendance et la création de la notion de « couple parental incestueux ». Cette proposition n'empêche cependant pas l'adhésion de cette recherche, puisque l'adoption d'une notion générale exacerberait encore la nature disparate de la notion et créerait un mélange entre les catégories juridiques et factuelles, qui contiennent chacune leurs spécificités. Si le constat de leur existence produit les mêmes effets, il est alors nécessaire de les distinguer au stade de leurs causes.

⁵⁹¹ Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », art. préc., spéc. p. 51. L'auteur précise à ce titre que l'inceste est « fondu au sein de l'incrimination générale » et qu'il « ne s'en distingue que par la reconnaissance d'une circonstance aggravante ».

lors qu'il convient de distinguer selon l'âge de la victime pour connaître le rôle attribué au lien familial au sein des atteintes sexuelles qui se commettent sans violence⁵⁹². Si la victime a moins de quinze ans, le lien familial joue toujours le rôle de circonstance aggravant sa répression dans des termes identiques⁵⁹³. Cette augmentation de la peine encourue, liée au double critère d'âge et d'autorité, peut cependant être considérée comme inutile dans la mesure où les circonstances ne se cumulent pas entre elles. Lorsque le mineur a moins de quinze ans, l'ascendant est traité sur un pied d'égalité avec le simple inconnu. En dessous d'un certain seuil, il est possible de dire que l'âge de la victime mène à une répression indifférenciée et gomme la réalité du lien de famille. Quand la victime mineure a plus de quinze ans, le comportement n'est plus considéré comme perturbant en tant que tel l'ordre social. Ce dernier redeviendra toutefois troublé si la relation a lieu avec un ascendant ou une personne disposant d'une autorité. C'est précisément ce seul lien incestueux qui conditionne la répression. Il convient alors d'inverser les termes du raisonnement puisque la circonstance qui couple alternativement l'ascendance à l'autorité juridique ou factuelle joue comme un élément constitutif de l'infraction⁵⁹⁴. Le lien familial est appréhendé dans une dimension particulière car l'infraction ne peut se perpétrer en dehors du milieu familial. Il en constitue dès lors un fondement primordial et son absence entraîne l'impossibilité de la répression⁵⁹⁵. Dans tous les cas, il ne pourra être tenu compte du consentement du mineur – si tant est qu'il puisse réellement exister lors d'une relation incestueuse qui lui confère une coloration particulière⁵⁹⁶ – comme fait justificatif de l'infraction qui causerait objectivement l'irresponsabilité pénale de son agresseur⁵⁹⁷. L'ascendance et l'autorité sont des critères

⁵⁹² C. pén., art. 227-25 pour le mineur de quinze ans.

⁵⁹³ C. pén., art. 227-26, 1^o.

⁵⁹⁴ L'atteinte pourra aussi être retenue si elle est commise par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions mais le comportement sortira alors du cadre des infractions familiales.

⁵⁹⁵ V. not. Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *art. préc.*, spéc. p. 51 qui fait remarquer « qu'il peut paraître paradoxal de constater que les infractions les moins graves [...] sont les plus aisément poursuivables puisque le consentement ne saurait constituer une cause de justification ». Le paradoxe n'est cependant qu'apparent puisque l'explication « se trouve dans le rôle du consentement de la victime en droit pénal ». *Ibid.*, p. 51.

⁵⁹⁶ La relation de soumission affective dans laquelle se trouve la victime d'une relation incestueuse peut être vue comme rendant impossible toute capacité d'y consentir librement. La nature familiale de la relation empêche à la fois la résistance du mineur et son consentement réel et rend particulièrement réalisable la commission de l'infraction sans violence et la déstructuration silencieuse du lien familial. Un obstacle épistémologique se dresserait alors entre le consentement du mineur et la relation charnelle qu'il est susceptible d'avoir avec un membre de sa famille puisque la rencontre des deux notions relève du non-sens. V. en ce sens les développements de Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *art. préc.*, spéc. p. 51, qui soutient que la dépendance inclut nécessairement l'absence de discernement et l'impossibilité de consentir librement, ainsi que les propos de M. GENDREL, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *art. préc.*, spéc. p. 42, qui distingue le consentement réel qui consiste en l'acceptation d'un rite familial, du consentement impulsif qui engendre un sentiment immédiat de culpabilité et du consentement par inhibition qui empêche la résistance et est de loin le plus fréquent.

⁵⁹⁷ Le consentement de la victime n'est jamais considéré comme une cause objective d'irresponsabilité pénale justifiant la commission de l'infraction. Cette règle souffre cependant d'une atténuation dans le cas des infractions pour lesquelles l'absence de consentement est érigée en élément constitutif. Sa présence, ou la

certaines de la répression des infractions sexuelles. Elles n'y occupent cependant pas la même intensité puisqu'elles pourront alternativement être cause d'aggravation de l'infraction ou condition d'existence. Entendu largement, le lien familial a parfois un effet créateur et, dans la majorité des cas, un effet amplificateur. Qu'elles constituent le fait générateur d'une infraction particulière ou l'un des éléments aggravant une répression, les notions d'ascendance et d'autorité doivent être précisées. Puisque le lien familial d'ascendance contient nécessairement un rapport d'autorité, qui sera présumé en sa présence et devra nécessairement être prouvé en l'absence de lien d'ascendance, il est possible d'affirmer que le droit pénal s'émancipe de la dimension biologique du lien de famille pour se centrer uniquement sur sa dimension autoritaire. Partant, le lien familial pénal n'aurait plus de familiale que sa dénomination et se rattacherait à un lien d'autorité. La preuve qui doit finalement être rapportée est celle de l'absence de consentement du mineur. La principale difficulté ne se situe donc pas dans la détermination de l'objet de la preuve mais dans ses modalités de caractérisation. Si la qualité d'ascendant ne semble pas provoquer de problèmes majeurs, la notion d'autorité et la problématique du consentement dans laquelle elle s'insère suscitent quant à elles de nombreuses polémiques.

134. - L'absence de consentement est plus aisée à établir lorsque la relation se manifeste par des séquelles physiques ou quand elle inclut un lien d'autorité avec une personne interne ou externe au cercle familial. Sa preuve devient bien plus délicate quand la contrainte prend un aspect moral et se rapporte uniquement au domaine psychologique qui engendre souvent la problématique de la preuve impossible, ou quand le lien familial se superpose au lien d'autorité. La question s'est alors posée de savoir si la contrainte pouvait directement être déduite du lien d'autorité qui existe entre l'auteur et la victime ou du jeune âge de cette dernière. Toute la difficulté réside dans le fait que la contrainte est précisément due à la nature familiale de la relation en matière d'inceste. L'inclusion de ces critères dans le processus de caractérisation de la contrainte, qui sert à qualifier l'infraction, rendrait la chose bien plus aisée. Ce mode de fonctionnement s'avère cependant strictement impossible puisque, si la contrainte est un élément constitutif des infractions sexuelles dans lesquelles elle est exigée, l'autorité de l'auteur et l'âge de la victime n'en sont que des circonstances aggravant leur

croyance légitime de l'auteur dans son existence, suppriment alors le caractère infractionnel de l'acte puisqu'elles induisent nécessairement le défaut d'un critère constituant. V. en ce sens les développements de B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 24^e éd., 2015, n° 438-439, pp. 364-365, qui estime que « dans les infractions où la contrainte, la violence ou la fraude sont requises pour l'existence même de l'infraction, le consentement de la victime supprime l'un des éléments constitutifs, et fait par là même disparaître l'infraction ». La problématique se pose cependant différemment lorsque le consentement du mineur est recherché puisqu'il est considéré comme un être vulnérable parfois non doté de discernement. Cette spécificité est exacerbée dans le cas d'une relation intrafamiliale au sein de laquelle se mêlent amour, affection et dépendance et qui a tendance à annihiler le discernement du mineur de tout âge, voire de l'enfant majeur. L'existence du consentement ne sera jamais exonératoire pour les infractions d'atteintes sexuelles qui excluent la contrainte.

répression. Or, « ce que le législateur a érigé en circonstance aggravante ne peut suffire à caractériser l'incrimination principale »⁵⁹⁸. En incluant nouvellement le lien d'autorité et la différence d'âge existant entre l'auteur et sa victime dans la définition de la contrainte morale, le législateur pénal a également fâcheusement succombé à la tentation de l'amalgame⁵⁹⁹. Dans l'objectif de mettre fin à ces difficultés, il a pu être proposé, à l'image de ce qui existe en droit comparé, de mettre en place pour le mineur une présomption d'absence de consentement à l'acte sexuel⁶⁰⁰. Ce postulat, qui reviendrait à considérer qu'un mineur est par principe incapable de consentir à la relation charnelle, quel que soit son âge, aurait la vertu de simplifier à l'extrême les difficultés probatoires que nous connaissons. Il paraît cependant péniblement défendable en ce qu'il reviendrait à ôter toute liberté sexuelle en deçà de la majorité⁶⁰¹. Cette présomption serait au surplus inutile étant donné que « l'absence de présomption irréfragable au niveau de la législation laisse en effet place à une présomption de fait au niveau judiciaire »⁶⁰². La résolution du conflit pourrait passer par une autre solution, qui consisterait à ériger l'autorité au rang d'élément constitutif de l'infraction en le supprimant dans le même temps de la catégorie des causes d'aggravation. Cette possibilité n'a pas retenu l'attention du législateur qui s'est prioritairement tourné vers la création d'une infraction spécifique d'inceste comme clef d'achèvement du conflit.

135. - Pendant très longtemps, « l'inceste a été considéré comme un comportement préjudiciable à une personne particulière, et non comme une infraction troublant suffisamment l'ordre social pour être sanctionnée en tant que telle »⁶⁰³. Si la création d'une

⁵⁹⁸ Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *art. préc.*, spéc. p. 51. L'auteur ajoute que l'autorité « ne peut à elle seule caractériser la contrainte ». Il en va bien entendu de même pour l'âge de la victime. V. en ce sens *Cass. crim.*, 1^{er} mars 1995, *Bull. crim.*, n° 92 : *D.*, 1996, n° 27, p. 241, note E. MALBRANCQ-DECOURCELLE. La contrainte peut à l'inverse être déduite de l'absence de discernement de la victime. V. not. *Cass. crim.*, 11 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 228 : *RSC*, 1993, n° 4, p. 781, note G. LEVASSEUR. La frontière entre le bas âge et l'absence de discernement est cependant très mince et il n'est pas sûr que l'un de ces critères ne puisse pas aisément être remplacé par l'autre.

⁵⁹⁹ Sur les critiques de cette définition, v. *infra*, n° 137.

⁶⁰⁰ V. en ce sens N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, *op. cit.*, n° 411 et s., pp. 267 et s. L'auteur remarque que « le droit pénal, en ne tenant pas compte de la particularité du fait d'inceste, conduit à des situations iniques tentant à la nécessité de rapporter la preuve du défaut de consentement de la victime en raison de la violence, de la contrainte, de la menace ou encore de la surprise dans un domaine où il est particulièrement délicat de faire état du refus de celle-ci » et plaide en faveur de l'adoption d'une présomption d'absence de consentement. *Ibid.*, n° 414, p. 269.

⁶⁰¹ La faiblesse de ce raisonnement est au surplus exacerbée quand le caractère absolu de l'âge est rarement adapté à la réalité psychologique de l'individu protégé. La capacité de comprendre et de vouloir ses actes peut souvent différer entre deux mineurs du même âge et la prise en compte du chiffre ne semble pas la plus adaptée à la réalité. Si l'effet de seuil qu'il crée constitue un problème récurrent, l'âge n'en demeure pas moins le critère le plus objectif et le choix y afférant reste celui du moindre mal.

⁶⁰² Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *art. préc.*, spéc. p. 55.

⁶⁰³ *Ibid.*

infraction spécifique d'inceste a récemment suscité des interrogations⁶⁰⁴, la loi du 8 février 2010⁶⁰⁵ s'est donné pour objectif moins ambitieux de combler la lacune terminologique tout en encadrant davantage la protection des victimes de comportements incestueux. À cet égard, elle explicite l'acte incestueux et « caractérise nommément l'inceste comme une infraction sexuelle spécifique »⁶⁰⁶. Dans une dimension expressive, elle affecte principalement la forme de l'appréhension pénale de la relation incestueuse et manifeste un passage du générique au spécifique. Cette réforme, qui a depuis lors été censurée⁶⁰⁷, prévoyait, d'une part, la mise en place d'une nouvelle rédaction qui qualifiait « d'incestueux » les viols, agressions et atteintes sexuelles commis « au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait »⁶⁰⁸. La référence récurrente à l'autorité juridique ou factuelle témoigne de la volonté de s'exclure de la répression de l'inceste au sens social, fondé sur le lien familial. Elle révèle dès lors un désintérêt répressif pour le fait même d'inceste, à moins que ce dernier ne se traduise désormais par une tout autre réalité. Le majeur vulnérable victime d'inceste demeure le grand oublié de cette loi⁶⁰⁹. Elle proposait, d'autre part, de résoudre les difficultés entourant le problème de l'annihilation du consentement, par la redéfinition de la notion de contrainte, en rappelant qu'elle peut être physique ou morale et en précisant notamment, au sujet de cette dernière, que « la contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime »⁶¹⁰. La mesure s'accompagnait enfin d'un dispositif de prévention se donnant pour objectif la mise en place

⁶⁰⁴ V. en ce sens Ch. ESTROSI, *Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ?*, Rapport de la mission parlementaire, 2005, qui a dans un premier temps donné lieu à la proposition de loi visant à ériger l'inceste en infraction spécifique dans le code pénal, qui n'a pas abouti en raison des problèmes d'application transitoire qu'une loi pénale nécessairement plus sévère aurait suscités. V. Ch. ESTROSI, *Proposition de loi visant à ériger l'inceste en infraction spécifique dans le Code pénal*, AN n° 1896, 4 novembre 2004.

⁶⁰⁵ L. n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF* n° 0033 du 9 février 2010, p. 2265.

⁶⁰⁶ A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *art. préc.*, spéc. p. 291.

⁶⁰⁷ V., à propos du crime de viol, Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011, *Définition des délits et crimes incestueux*, Rec. CC, p. 446 : *Dr. pénal* 2011, comm. 130, note M. VÉRON ; *AJ pénal* 2011, p. 588, note C. PORTERON ; *RSC* 2012, p. 830, note Y. MAYAUD ; *Dr. fam.* 2012, comm. 112, note Ph. BONFILS ; *JCP G*, 2011, n° 43, 1160, note A. LEPAGE. V., à propos du délit d'agression sexuelle, Cons. const., n° 2012-222 QPC, 17 février 2012, *Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses*, Rec. CC, p. 123 : *Dr. fam.* 2012, alerte 24, note M. BRUGGEMAN ; *JCP G*, 2012, n° 9, 245.

⁶⁰⁸ V. en ce sens les propositions de rédaction d'insertion dans le code pénal de nouveaux articles 222-31-1 et 227-27-2.

⁶⁰⁹ V. les développements de A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *art. préc.*, spéc. p. 292, relevant une « inégalité de traitement » issue d'une « protection pénale à géométrie variable » au sein de laquelle les mineurs apparaissent comme « les victimes les plus vulnérables entre toutes ».

⁶¹⁰ V. identiquement l'insertion proposée du nouvel article 222-22-1 dans le code pénal.

de mesures préventives d'information et d'un accompagnement, plus efficace pour les victimes d'inceste. La réforme imposait notamment aux juridictions de jugement de se prononcer automatiquement sur la question du retrait de l'autorité parentale lorsque l'inceste a été commis par une personne qui en est titulaire⁶¹¹. La réforme tout entière se dessinait autour d'un triptyque constitué par la facilité de l'identification du comportement, l'adaptation de la norme à sa spécificité et la mise en place d'un dispositif de prévention adapté⁶¹². Elle ne procède en ce sens aucunement d'une dynamique de répression, mais encadre et explicite l'acte incestueux⁶¹³. L'insertion de l'inceste dans le cœur terminologique de la répression a avant tout été dictée par des considérations énonciatrices et prophylactiques, et ne modifiait pas substantiellement le dispositif répressif existant⁶¹⁴.

136. - Les critiques n'ont pas mis longtemps à surgir à l'égard d'un dispositif orienté vers le contentement de l'opinion publique⁶¹⁵. La réforme a été mise en cause au motif qu'elle résulterait exclusivement d'un objectif de satisfaction des victimes et des associations assurant leur protection. Elle semble avoir eu pour effet de coucher sur le papier une réalité dont la société avait pleinement conscience et dont la spécificité était déjà affirmée⁶¹⁶. Sa particularité est en effet unanimement reconnue : « parce que la relation incestueuse se situe dans la cellule familiale, l'un des milieux de référence de notre société, l'inceste ne saurait être considéré comme une infraction sexuelle comme les autres »⁶¹⁷. Si tant est qu'il puisse

⁶¹¹ Pour cette obligation, v. la proposition de rédactions des nouveaux articles 222-31-2 et 227-27-3. Dans un objectif de lutte contre la récidive du comportement au sein de la même famille et de meilleur encadrement des victimes de l'inceste, la loi assimilait donc nécessairement le parent incestueux au parent indigne de conserver la totalité de son autorité parentale. Si elle se comprend aisément, cette obligation a pour effet la destruction anticipée et automatique du lien familial dont la reconstruction est parfois possible. Il convient à ce titre de laisser la question de l'autorité dans le domaine de la faculté.

⁶¹² V. not. sur les ambitions de cette réforme M.-L. FORT, *Rapport tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux*, AN n° 1840, 15 juillet 2009, p. 5, qui évoque « l'impérative nécessité de lever le tabou qui enferme les victimes d'inceste dans le silence ».

⁶¹³ Le législateur la considère ainsi comme une loi interprétative qui précise le contenu de certaines infractions sexuelles sans en modifier le contenu. V. not. Fr. DESPORTES et Fr. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Éd. Economica, 16^e éd., 2009, n° 329, p. 279.

⁶¹⁴ A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *art. préc.*, font à cet effet référence à un dispositif qui « explicite *de jure* sans aggraver *de facto* » grâce auquel le législateur souhaitait « expliciter la dimension incestueuse de certains actes à défaut d'aggraver la répression » en agissant à la fois « sur la définition de l'atteinte au consentement de la victime » et « sur ses liens familiaux avec l'auteur ». V. aussi A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G*, 2010, n° 12, p. 335 qui note que cette réforme a « eu pour objectif un subtil et curieux équilibre qui consiste à modifier la loi pénale dans un sens qui paraisse favorable aux victimes sans que s'ensuivent trop de conséquences juridiques tangibles ».

⁶¹⁵ V. not. les revendications de l'Association internationale des victimes de l'inceste (AIVI), www.aivi.org.

⁶¹⁶ V. en ce sens M.-L. FORT, *Rapport tendant à inscrire l'inceste (...)*, *op. cit.*, p. 42. Le rapport considère que notre droit répressif, « sans les désigner comme tels, réprime déjà la plupart des actes incestueux ».

⁶¹⁷ A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *art. préc.*, spéc. p. 290.

entrer dans cette catégorie spécifique, le comportement d'inceste ne saurait non plus être considéré comme une infraction familiale comme les autres. Si sa particularité n'était pas textuellement exprimée, elle était néanmoins factuellement et implicitement reconnue au moment du prononcé de la sanction pénale. À ce titre, il convient d'axer la réflexion sur la procédure spécifique de traitement dont il pourrait faire l'objet. En ce qu'elle semblait « destinée principalement à mettre un baume sur les souffrances des victimes et à permettre l'obtention de meilleures statistiques en matière d'inceste, cette loi est révélatrice d'une conception contestable du rôle des lois pénales »⁶¹⁸ et contrevient à la cohérence répressive. Le législateur s'était malencontreusement contenté « d'ériger en norme pénale un préjudice ressenti par la victime »⁶¹⁹. La mise en place de normes victimophiles et thérapeutiques, ayant l'absence d'impact substantiel pour objectif affiché et assumé, ne doit toutefois pas figurer dans le rôle du droit répressif. En effet, le danger est grand pour la cohérence de ce dernier et pour la sécurité juridique dont il doit se porter garant lorsqu'il pose la complaisance et l'apaisement en modalités premières de l'action, qu'il destine uniquement à « mettre des mots sur les maux »⁶²⁰.

137. - Non seulement dénoncée pour son caractère superflu, cette loi explicative, au sein de laquelle la qualification d'inceste n'était qu'une « sur-appellation »⁶²¹, aboutissait à de multiples incohérences. Elle avait pour première ambition de repenser la notion de contrainte, qui est un des modes d'action que l'auteur du viol ou de l'agression sexuelle est susceptible d'employer, à côté de la violence, de la menace ou de la surprise. La contrainte en représente un élément constitutif, quand elle prendra seulement le visage de circonstance aggravante

⁶¹⁸ A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste (...) », *art. préc.* L'auteur pointe à ce titre « un procédé troublant qui consiste pour le législateur pénal à désigner ce qui est odieux sans vouloir y attacher de particulières conséquences répressives ». V. dans le même sens l'étude de St. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 63, p. 10.

⁶¹⁹ O. BALDES, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén.*, 2010, n° 4, ét. 7.

⁶²⁰ A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *art. préc.*, spéc. p. 293. Les auteurs considèrent que cette pénalisation s'expose « à la critique d'un dévoiement du droit pénal à des fins déclaratives et symboliques ». V. aussi A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste (...) », *art. préc.*, qui reprend la même formule. V. spécialement sur cette question Chr. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, 2004, p. 194, qui rappelle les fonctions traditionnelles de pédagogie, d'expression et de répression de la loi pénale et qui s'interroge sur l'émergence de la déclaration comme nouvelle fonction naissant de la pression sociale et aboutissant à la création de normes inappliquées ou inapplicables. L'auteur s'interroge finalement en des termes inquiétants : « la loi pénale réduite à sa seule fonction déclarative n'est-elle pas dans l'incapacité d'apporter une réponse effective à un réel problème de société ? À tout demander au pénal, à tout espérer du pénal, on dévalorise la loi pénale aux yeux de ceux-là mêmes qui en ont le plus besoin, non pas dans sa fonction déclarative, mais structurante, dès lors qu'elle est expressive des valeurs essentielles d'une société. ». V. enfin sur la même question les observations de C. POMART-NOMDÉDÉO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *art. préc.*, qui relève que « le droit pénal cultive de plus en plus les effets d'annonce à travers des lois spectacles en droit de la famille ». L'auteur met en exergue les liaisons dangereuses qui existent entre le droit pénal et le droit de la famille et critique ce phénomène qui est à la fois source de dangers pour le justiciable et pour la cohérence globale du système juridique.

⁶²¹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, *op. cit.*, n° 574, p. 640.

pour les atteintes sexuelles. Or, en ce qu'elle est susceptible de revêtir plusieurs acceptions et de se placer aussi bien du côté de la sujétion physique que de l'oppression morale, la contrainte constitue une notion équivoque et ambiguë, qui peut parfois se confondre avec les modes d'action évoqués précédemment⁶²². La contrainte revêt plusieurs facettes et peut être caractérisée chaque fois que l'auteur profite de la vulnérabilité de la victime. Elle est susceptible de se manifester aussi bien du point de vue corporel que psychologique⁶²³. La notion est parallèlement utilisée pour prouver l'absence de consentement de la victime et fait souvent l'objet d'une interprétation extensive qui facilite la qualification de l'infraction. Pour toutes ces raisons, il est apparu nécessaire de préciser la notion afin de « permettre une meilleure appréciation des faits d'inceste par une démonstration simplifiée de l'absence de consentement »⁶²⁴. Le rappel de la dualité inhérente à la notion ne contenait cependant aucun caractère novateur, quand la précision relative à la contrainte morale introduisait davantage d'incohérences que d'éclaircissements. Relevant plus de l'hésitation⁶²⁵ et de l'incertitude que de la précision à laquelle elle prétendait, cette nouvelle rédaction était donc « tout à la fois incomplète, orientée et source de confusion »⁶²⁶ et insérait un « brouillage entre les deux

⁶²² V. not. en ce sens *Cass. crim.*, 14 octobre 1998, *Bull. crim.*, n° 263 : « la menace n'est qu'une forme de contrainte ».

⁶²³ Cette dualité ne constitue toutefois pas une nouveauté en ce qu'elle est admise de longue date par la jurisprudence. V. en ce sens *Cass. crim.*, 14 octobre 1998, *préc.* La référence au caractère physique ou moral de la contrainte est parallèlement utilisée pour apprécier l'imputabilité nécessaire à la caractérisation de l'élément moral de l'infraction et qualifier la suppression du libre arbitre de l'auteur de l'infraction. Dans le cas de l'inceste, il est intéressant de remarquer que l'auteur de l'infraction ne subit pas la contrainte mais peut lui-même se poser à l'origine d'une contrainte entraînant sa responsabilité pénale.

⁶²⁴ A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *art. préc.*, spéc. p. 291.

⁶²⁵ La contrainte telle que définie par cette loi apparaît comme un élément aléatoire et hasardeux puisqu'elle prend notamment en compte dans sa définition la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur de l'infraction. V. en ce sens les propos de A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste (...) », *art. préc.*, qui considère ce critère comme arbitraire et réducteur en ce qu'il amoindrit la portée du critère plus pertinent du jeune âge même si la potentialité inhérente à la définition n'exclut pas la prise en compte de ce dernier.

⁶²⁶ V. les propos de A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *art. préc.*, spéc. p. 291, par lesquels les auteurs précisent que cette rédaction exclut l'ascendant qui ne bénéficie pas de l'autorité mais qui reste un membre de la famille, qu'elle laisse penser à la nécessité du cumul des conditions d'âge et d'autorité et érige une présomption de contrainte dans laquelle le droit est déduit du fait. Cette rédaction serait source d'une double confusion en ce qu'elle reviendrait, d'une part, à confondre les agressions, pour lesquelles ces critères constituent des circonstances aggravantes et les atteintes sexuelles, pour lesquelles elles servent à caractériser la contrainte qui est un élément constitutif et que, d'autre part, elle laisse entières les incertitudes concernant l'âge de la victime en laissant libre l'appréciation de l'importance de la différence. Il est intéressant de noter que de nombreuses législations européennes ont fait le choix d'instaurer un âge minimum en dessous duquel la contrainte est par définition constituée. V. not. R. KOERING-JOULIN, « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 309, qui envisage l'âge de dix ans. V. aussi M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal, op. cit.*, n° 612, p. 671, qui remarque que « certains proposent de ramener l'âge légal à 13 ans dans la mesure où il apparaît que le seuil de plus ou moins grande dangerosité d'un individu recherchant des plaisirs sexuels avec des enfants paraît se situer à cet âge de la victime » puisque la réelle question est celle de savoir « jusqu'à quel âge de la victime l'auteur des faits est coupable d'avoir, avec un mineur, même consentant, des relations sexuelles ». Cette conception facilite en outre la qualification d'agression par rapport à celle de l'atteinte sexuelle et augmente finalement de ce fait la répression.

ordres de qualification »⁶²⁷ que constituent les éléments constitutifs et les circonstances aggravantes des infractions sexuelles. Par un assemblage troublant, les critères d'âge et d'autorité, qui sont des circonstances aggravant traditionnellement les infractions de viol et d'agressions sexuelles, y sont utilisés pour définir la contrainte, qui est un élément constitutif de ces dernières⁶²⁸. Les qualités de la victime et de l'auteur sont en effet classiquement considérées comme des critères qui aggravent les infractions pour lesquelles la contrainte est un élément constituant. En cela, ils ne peuvent légitimement servir à caractériser l'existence du critère constituant mais doivent au contraire être éventuellement déduits de sa présence préalable. En les incluant directement dans la définition de la contrainte, la réforme a contribué à l'inversion du fondement du système répressif classique⁶²⁹. Si elles ne doivent pas fonder le constat de leur présence, ces qualités sont souvent utilisées pour préciser les critères constitutifs. Puisque la contrainte se veut par essence multiforme, ce système engendre la naissance d'un critère à géométrie variable, qui pourra tantôt se contenter d'aggraver un comportement, tantôt servir à le constituer dans le même temps. Ce processus participe à l'émergence d'un flou catégoriel et peut aboutir à une répression unitaire, au sein de laquelle chaque élément pourrait être réciproquement déduit de la présence de l'autre. Ce mode de fonctionnement n'est toutefois pas viable quand ces composantes ne sont pas issues des mêmes causes et ne produisent pas les mêmes effets⁶³⁰. La logique de l'imposition de l'autorité en élément constitutif aurait commandé son exclusion corollaire de la catégorie des

⁶²⁷ A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste (...) », *art. préc.*, relève à cet effet que cette conception facilite la qualification d'agression par rapport à celle de l'atteinte sexuelle et augmente finalement la répression. Elle déplore une cohérence des infractions sexuelles ébranlée et rappelle que « les bons sentiments ne font pas nécessairement les bonnes lois ». L'infraction d'atteinte sexuelle qui se commet sans contrainte se trouverait ainsi totalement vidée de sa substance. V. aussi O. BALDES, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *art. préc.*, qui rappelle que suite à une décision jurisprudentielle contraire à la tendance classique, dans laquelle les juges ont directement déduit l'existence de la contrainte de la circonstance aggravante de minorité de la victime (*Cass. crim.*, 7 décembre 2005, *Bull. crim.*, n° 326 : *RSC*, 2006, n° 2, p. 319, note Y. MAYAUD), la doctrine avait attiré l'attention sur le danger de la confusion des genres. Il semble cependant que le législateur ait ici succombé à la tentation de l'amalgame et de la facilité. V. enfin les observations de C. POMART-NOMDÉDÉO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *art. préc.*, qui qualifie de dommageable le fait que « le lien filial ou la relation d'autorité est à la fois une circonstance aggravante et un élément constitutif de la nouvelle infraction ».

⁶²⁸ La double référence au caractère juridique ou factuel de l'autorité ne comporte en outre rien d'innovant puisqu'elle concrétise une conception désormais admise par la jurisprudence. V. par ex. *Cass. crim.*, 3 septembre 2008, inédit, n° 08-84.092.

⁶²⁹ V. not. pour l'affirmation de cette idée les propos de Chr. GUÉRY, « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pénal*, 2010, p. 126, qui qualifie ce procédé d'« incongruité juridique majeure ». Il est en effet aberrant qu'un même comportement puisse à la fois aggraver et constituer un comportement incriminé. L'auteur précise enfin que cette rédaction porte atteinte aux principes essentiels du droit pénal en ce qu'elle revient à poursuivre deux fois le même auteur sur des faits identiques. V. dans le même sens l'argumentation de A. BOURRAT-GUEGUEN, « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal », *Dr. fam.*, 2010, n° 6, ét. 15.

⁶³⁰ V. à cet égard les précisions apportées par I. CORPART, « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le Code pénal », *RJPF*, 2010, n° 6, p. 8, qui émet bien des réserves à ce dispositif qui « opère une confusion entre deux démarches : prouver l'existence de l'infraction et, *via* les circonstances aggravantes, intensifier la répression ».

circonstances aggravantes. La clarification désirée de la notion de contrainte se solde par un obscurcissement, qui revient à insérer le lien familial entendu pénalement au rang des éléments constitutifs d'infractions qu'il aggrave habituellement. La question de savoir si un même fait, tiré de l'autorité exercée par l'auteur de l'agression sexuelle sur la victime, peut constituer à la fois un élément de l'infraction et une circonstance aggravante, fait actuellement l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité à laquelle la chambre criminelle a donné droit⁶³¹ en considérant que la question de savoir si ce doublon est susceptible de porter atteinte au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines, ainsi qu'au principe de nécessité et de proportionnalité de la loi pénale, présente un caractère sérieux. Le Conseil constitutionnel a considéré l'article 222-22-1 du Code pénal conforme à la Constitution en estimant que la précision « a pour seul objet de désigner certaines circonstances de fait sur lesquelles la juridiction saisie peut se fonder pour apprécier si, en l'espèce, les agissements dénoncés ont été commis avec contrainte »⁶³² et « qu'elle n'a en conséquence pas pour objet de définir les éléments constitutifs de l'infraction »⁶³³. Si la décision est compréhensible dans son essence, tant les éléments permettant de retenir l'infraction sexuelle sont parfois difficiles à caractériser, le brevet de constitutionnalité accordé à cette disposition reste cependant critiquable. Hormis les hésitations qui subsistent quant au caractère alternatif des critères évoqués et les confusions qui résultent de l'utilisation d'un vocabulaire identique à celui qui définit la contrainte, la précision reste uniquement destinée à guider l'interprétation du juge et fait primer le fait sur le droit⁶³⁴. Dans ces circonstances, il aurait dès lors été bien avisé de statuer en faveur de l'inconstitutionnalité du dispositif, qui manque de clarté et de précision.

138. - La majeure partie des critiques s'est concentrée sur le second effet de cette loi, qui s'est bornée à mettre en place un processus de surqualification de l'infraction incestueuse, à l'intérieur duquel elle n'a pratiquement pas modifié la répression. Le droit positif n'a subi aucun changement substantiel, tant en ce qui concerne les éléments constitutifs que les circonstances aggravant la répression des infractions sexuelles. Les peines encourues n'ont pas été modifiées et il est de ce fait impossible de noter l'existence d'une nouvelle incrimination. La loi, qui n'avait de réforme que l'apparence, s'est entièrement consacrée à la tournure formelle des mots et s'est restreinte à désigner spécifiquement la relation sexuelle qui se produit dans un cadre particulier. La réforme est enfin particulièrement intéressante pour cette étude en ce qu'elle se situe au plus près de son objet. Dans une dimension

⁶³¹ *Cass. crim.*, 13 novembre 2014, inédit, n° 14-81.249.

⁶³² Cons. const., n° 2014-448 QPC, 6 février 2015, *Aggression sexuelle commise avec une contrainte morale*, considérant n° 7.

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ Pour une critique de cette décision, v. E. DREYER, « Un contrôle si faible contrôle de constitutionnalité... », *AJ pénal*, 2015, n° 5, p. 248 ; Y. MAYAUD, « Rebondissement sur la structure matérielle des infractions sexuelles », *RSC*, 2015, n° 1, p. 86.

microfamiliale, elle restreint l'infraction incestueuse en la localisant uniquement à l'intérieur de l'institution familiale. La lettre du texte faisait directement référence à une infraction commise « au sein de la famille ». Il était possible de l'interpréter de plusieurs façons et de considérer que cette formule évoquait le milieu familial dans son acceptation matérielle ou personnelle. La première solution reviendrait à considérer comme incestueuse toute relation qui se commet géographiquement à l'intérieur du foyer familial, quand la seconde ne tiendrait pas compte de ce critère spatial et serait uniquement relative à la qualité des protagonistes concernés. La suite de la rédaction invite à adhérer à cette dernière conception, puisque le texte énumère les différents membres de la famille qui peuvent être impliqués dans une relation incestueuse. Elle adopte une vision macrofamiliale partielle des protagonistes de l'inceste. La réforme fait d'abord référence à l'ascendant, au frère ou à la sœur de la victime. Il est intéressant de relever que la notion globale d'ascendance consacre la fin de la distinction, désormais anachronique, qui existait auparavant entre les différents types de filiation légitime, naturelle ou adoptive. Cette suppression se pose en parfaite adéquation avec la primauté accordée au lien d'autorité, composante commune à ces dernières. La chose étant suffisamment rare pour ne pas être relevée, il convient de remarquer que ce triple renvoi témoigne d'une adaptation du droit pénal aux classifications du droit civil puisqu'il se conforme aux liens qui relèvent d'un empêchement absolu à mariage, insusceptible de dérogation. L'adhésion n'est cependant que partielle, puisque la matière répressive assoit ensuite son autonomie, en incluant dans la nouvelle qualification toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait et précise que le concubin d'un membre de la famille est compris dans cette catégorie. Le droit pénal étend son champ d'application du lien de famille juridique au lien de famille purement factuel⁶³⁵, au sein duquel se trouvent diluées la collatéralité et l'alliance. Le droit répressif adopte alors une vision globale de l'acte incestueux, qui recouvre de multiples réalités, quand le droit civil met en place une gradation dans la sanction qu'il convient d'y apporter. Il est certainement temps d'écrire l'inceste au pluriel : à l'inceste civil restreint et catégorisé, correspond un inceste pénal élargi et globalisé. Du point de vue répressif, les actes commis par les ascendants et frères et sœurs de la victime le sont nécessairement dans la famille. En ce qu'ils constituent les protagonistes de la « zone d'horreur »⁶³⁶ de l'inceste, cette seule qualité leur confère une présomption d'autorité. Lorsque l'inceste est commis par toute autre personne, il est dès lors nécessaire de caractériser l'autorité. Cette dernière n'est cependant pas uniquement juridique et peut aussi s'entendre

⁶³⁵ V. en ce sens les développements de N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, *op. cit.*, n° 447, p. 282. L'auteur considère que le droit pénal prend en compte les situations « péri-incestueuses ». Il engloberait donc à la fois les relations sexuelles intra et extrafamiliales. Il est cependant possible de voir les choses autrement si l'on considère le lien familial pénal comme une notion autonome englobant à la fois le lien de droit et la relation factuelle comme composantes du lien de famille. Sur cette vision v. not. *infra*, n° 146, n° 265 et n° 283.

⁶³⁶ L'expression est utilisée par le doyen J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit et droit civil*, *op. cit.*, n° 539, p. 1195.

d'une autorité purement factuelle. Le caractère incestueux de la relation est uniquement exclu dans le cas où un autre membre de la famille ne dispose d'aucune autorité ou dans celui où une personne disposant d'une autorité ne commet pas l'acte à l'intérieur de la famille. Malgré le fait qu'elle excluait délibérément de son domaine l'inceste commis entre mineurs ou sur un enfant majeur⁶³⁷, la réforme laissait place à un domaine d'incrimination personnel très étendu, au sein duquel le lien d'autorité opère de façon déterminante. La relation peut donc être incestueuse lorsque les critères du milieu familial et de l'autorité, présumée ou non, sont cumulativement présents et manifestent une rupture dans l'intimité et la protection censées être reconnues à l'enfant mineur. Si l'équation semble simple, elle n'est en réalité pas aisée à résoudre.

139. - La délimitation du périmètre familial fait poindre de nombreux écueils. Il est souvent très délicat de savoir avec précision quel protagoniste doit être considéré comme appartenant au milieu familial. La notion est insaisissable, puisqu'elle n'est pas légalement circonscrite et revêt des acceptions multiples selon la culture et le champ disciplinaire qui l'appréhende. L'inclusion textuelle du concubin d'un membre de la famille dans le champ de l'inceste révèle d'ailleurs parfaitement cette imprécision⁶³⁸. La nécessité de formaliser son insertion dans la sphère personnelle de l'inceste témoigne de l'incertitude qui règne autour de la notion de famille. Parce qu'il concerne sans distinction les relations familiales verticales ou horizontales et se projette sur le lien d'autorité de droit ou de fait, le lien familial concerné par l'inceste est empreint d'une certaine élasticité⁶³⁹. Cette extensibilité revient à inclure à la fois dans la répression la relation incestueuse qui se commet par nature, mais aussi celle qui existe par destination. La liste des auteurs potentiels n'était pas exhaustive et le législateur avait fait le choix paradoxal de n'y inclure explicitement que les membres pour lesquels le qualificatif était le plus évident, ainsi que ceux à l'égard desquels il suscitait le plus de polémiques. En choisissant de délimiter partiellement la partie de la famille concernée par l'incrimination, cette réforme laissait ouverte une brèche au sein de laquelle l'appartenance familiale pouvait être sujette à de multiples interprétations. Elle est donc révélatrice d'une conception hésitante de la famille, qui revient paradoxalement à éluder une part de la réalité de la relation incestueuse. Si la famille incestueuse ne semble pas connaître de limites quand le mineur est

⁶³⁷ Cette exclusion peut paraître paradoxale avec la compassion affichée pour les victimes d'inceste. Ce dernier peut en effet être ressenti de façon identique par un descendant mineur pour lequel l'importance du lien de famille domine celle du lien d'autorité qui tombe avec la majorité.

⁶³⁸ Puisque le concubinage constitue la figure la plus libre – ou la moins institutionnalisée – des formes de couple, il peut être logique de considérer que cette précision inclut nécessairement le partenaire et le conjoint d'un membre de la famille, bien que le statut de ce dernier ne présente pas d'incertitude. Il en est cependant tout autrement en ce qui concerne les membres de la famille du concubin à l'égard desquels l'appartenance familiale reste très incertaine.

⁶³⁹ La remarque sera généralement conservée pour l'appréhension générale du lien de famille par le droit pénal qui le conçoit comme un objet modelable et flexible en fonction des buts qu'il cherche à atteindre.

concerné, elle se trouve étrangement réduite lorsqu'elle inclut le majeur ou quand il s'agit d'envisager la relation de mineurs entre eux. Cette réforme repousse finalement encore plus loin dans l'ombre la relation incestueuse en voulant la faire apparaître au grand jour sans se préoccuper des conséquences de cette fausse clarification⁶⁴⁰.

140. - Au terme de l'étude qui lui est consacrée, l'inceste apparaît comme un « tabou à géométrie variable »⁶⁴¹, dont la répression spécifique instaure davantage de confusion que de clarté. En ce qu'elle ne générerait aucun impact fondamental, cette nouvelle qualification était à classer au rang des infractions inutiles⁶⁴², voire dangereuses pour la cohérence du système répressif. En sa qualité de génitrice d'une infraction redondante et symbolique, qui assombrissait plus qu'elle n'éclaircissait, elle prend le statut de loi a-répressive voire a-juridique. Il a alors pu être dit à son propos qu'elle ne constituait « pas une véritable évolution juridique, mais essentiellement sociologique »⁶⁴³. Telle qu'elle a été mise en œuvre – et au regard des effets que toute spécification pourrait avoir à l'avenir – l'appréhension du fait d'inceste constituerait à l'inverse un recul sociologique certain. La réforme a délibérément exclu la famille juridique de son domaine pour se concentrer sur la famille sociologique qui peut être entendue comme un « groupement d'individus qui vivent ensemble sans être rattachés entre eux par des liens de droit »⁶⁴⁴. La largesse de son champ avait pour objectif délibéré l'inclusion d'une majorité de comportements dans la répression. Partant, il était impossible de spécifier davantage, car elle « visait expressément des situations qui n'étaient pas familiales en droit »⁶⁴⁵. Le nouveau droit pénal de l'inceste était coincé entre deux écueils : être trop large pour pouvoir être suffisamment précis et clair ou se conformer à ces principes en éludant le lien d'autorité non strictement familial. Entre deux maux, la répression

⁶⁴⁰ *Contra*, v. les développements apportés par G. DELORS, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC*, 2011, p. 599, qui regrette l'absence d'incrimination spécifique de l'infraction mais considère que « cette loi a toutefois le mérite de mieux adapter le système pénal à la lutte contre les faits incestueux » et « confère une meilleure lisibilité à la valeur protégée ». Cette étude se situe à l'inverse dans une optique diamétralement opposée et considère que cette loi a eu pour effet de désavouer la cohérence du système répressif et de repousser l'inceste encore plus loin dans l'ombre.

⁶⁴¹ Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *art. préc.*, spéc. p. 55.

⁶⁴² V. not. V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 71. V. dans le même sens les développements de O. BALDES, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *art. préc.*, qui relève la double inutilité de cette réforme qui se manifeste tant du côté de la nouvelle qualification pénale que de celui de sa sanction. V. aussi les propos de I. CORPART, « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le Code pénal », *art. préc.*, qui critique la perplexité et l'insatisfaction qui émanent de cette loi.

⁶⁴³ O. BALDES, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *Dr. fam.*, 2010, n° 3, alerte 17.

⁶⁴⁴ Cl. NEIRINCK, « Inceste : qui peut définir la famille ? », *art. préc.*

⁶⁴⁵ *Ibid.* L'auteur relève très justement le caractère impossible de la conciliation qui était souhaitée entre la moralisation de la famille et l'extension de la sanction de l'inceste aux formes familiales tant juridiques que factuelles.

de l'inceste pensait avoir choisi le moindre, mais ne s'est finalement pas tournée vers le bon mot. Si elle a le défaut de jouer avec les maux, la répression pénale de la famille au sens sociologique du terme s'oppose diamétralement à son encadrement civil. La relation incestueuse prend le visage de tabou à géométrie variable, au sein duquel l'inceste pénal est à mettre en opposition avec l'inceste matrimonial. Cette divergence d'opinions peut aboutir à une situation paradoxale, qui reviendrait à réprimer une relation considérée comme incestueuse du point de vue répressif, mais qui ne donnerait pas lieu à un empêchement matrimonial en cas d'union librement consentie. Le contresens n'est cependant qu'apparent et s'avère en réalité logique, puisqu'il résulte du fait que les deux matières n'ont pas les mêmes objectifs. Le droit civil s'intéresse à la préservation du principe exogamique dans son acception restreinte, quand le droit répressif s'en désintéresse totalement pour se concentrer sur la protection du consentement⁶⁴⁶.

141. - Au regard de l'ampleur des critiques et des complications qu'elle a engendrées, il n'est finalement guère étonnant que cette réforme ait été constitutionnellement censurée⁶⁴⁷. Cette condamnation était extrêmement prévisible, en ce que la réforme « souffrait d'une malformation congénitale : l'imprécision »⁶⁴⁸ rédactionnelle. L'ensemble du dispositif instaurant la qualification incestueuse a été censuré comme portant atteinte au principe de légalité des délits et des peines⁶⁴⁹ et à l'interprétation stricte de la norme pénale⁶⁵⁰. Le Conseil constitutionnel a ici fait preuve d'une grande rigueur et a montré un attachement tout particulier aux principes qui gouvernent le droit répressif étant donné que le choix de l'absence de censure aurait été tentant, dès lors que la modification n'avait aucune conséquence factuelle. Le Conseil constitutionnel a en effet considéré que « s'il était loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille »⁶⁵¹. Le dispositif a alors été entièrement et immédiatement abrogé et toute mention au caractère incestueux d'une infraction a été

⁶⁴⁶ *Ibid.* L'auteur considère que le droit pénal n'est « pas l'instrument logique d'une approche renouvelée de la famille », dont la définition de l'aire ne peut venir que de la matière civile.

⁶⁴⁷ Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011, *Définition des délits et crimes incestueux*, Rec. CC, p. 446 et Cons. const., n° 2012-222 QPC, 17 février 2012, *Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses*, Rec. CC, p. 123 : « le principe de précision de la loi pénale impose que le législateur désigne précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ».

⁶⁴⁸ Cf. NEIRINCK, « Inceste : qui peut définir la famille ? », *art. préc.*

⁶⁴⁹ C. pén., art. 111-3. V. D. DASSA LE DEIST, « Les infractions en matière sexuelle à l'aune du principe de légalité pénale », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 301, p. 4, sur la tendance actuelle des infractions sexuelles à manquer au principe de légalité en raison de définitions impropres voire inexistantes portant atteinte à la sécurité juridique.

⁶⁵⁰ C. pén., art. 111-4.

⁶⁵¹ V. Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011, considérant n° 4.

supprimée. Cette disparition instantanée de la relation incestueuse au sein du vocabulaire répressif revient désormais à agir comme si elle n'avait jamais existé⁶⁵². Les dispositions portant sur la nouvelle définition de la contrainte ont cependant été validées malgré les critiques évoquées précédemment. L'amalgame qu'elle contribue à créer est alors malheureux et il serait bon que le droit pénal retrouve ici la clarté qui doit être la sienne.

142. - Ces multiples obstacles amènent à se rendre à l'évidence : « à défaut d'épouser complètement la prohibition des rapports sexuels avec des proches, le droit pénal ne pourrait donc incriminer l'inceste qu'en le nourrissant de tant d'exceptions et de précisions qu'on y perdrait le sens des mots »⁶⁵³. Définir précisément ce que comporte la relation incestueuse semble relever de l'impossible⁶⁵⁴. S'il est difficile de traduire de façon figée un concept socialement évolutif et difficilement cerné par le droit, il est cependant envisageable d'esquisser une définition juridique correspondant à sa conception répressive contemporaine. L'inceste pénal correspondrait dès lors en l'imposition d'une relation sexuelle à une personne mineure considérée non consentante par un individu exerçant sur cette dernière une autorité juridique ou factuelle, cette dernière étant présumée si les deux individus sont unis par un lien de famille. Appréhendé pénalement, l'inceste se distingue de son sens traditionnel et se confond avec le lien général d'autorité. La répression de l'inceste aurait finalement pour objet la sanction de l'utilisation abusive de l'autorité à des fins sexuelles. L'intégralité du problème vient du fait que la pénalisation des conflits familiaux ne semble pas la solution adéquate à l'apaisement des tensions⁶⁵⁵. Dans une problématique aussi tortueuse que celle de l'inceste, plus que dans bien d'autres, il convient de plaider pour le recours raisonnable au droit pénal⁶⁵⁶. La pénalisation des conflits familiaux doit donc rester exceptionnelle, quand les sanctions civiles doivent être mobilisées dans toutes leurs potentialités.

⁶⁵² Les décisions en cause ont par conséquent été immédiatement appliquées aux affaires en cours non encore jugées définitivement et le qualificatif incestueux a été retiré du casier judiciaire des auteurs d'infractions définitivement jugées. V. J.-Cl. PLANQUE, « Infractions incestueuses : objets pénaux non identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 110, p. 13, pour le détail des conséquences judiciaires et juridiques de cette abrogation.

⁶⁵³ Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *art. préc.* L'auteur précise notamment qu'« il n'est pas évident qu'on gagne symboliquement à spécifier *l'inceste social* de *l'inceste pénal* ».

⁶⁵⁴ La difficulté que l'on rencontre à définir précisément la relation incestueuse a pu être perçue comme constituant un des grands paradoxes de l'inceste. V. not. X. LABBÉE, « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 334, p. 5.

⁶⁵⁵ V. not. pour des interrogations à ce sujet Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La documentation française, coll. « Rapports officiels », 1999, p. 125 : « pénaliser les conflits familiaux n'est-ce pas ajouter à la violence des passions individuelles, la violence de procédures qui privilégient le besoin de punition et de vengeance au détriment du besoin de réparation et de restauration des liens rompus ? ».

⁶⁵⁶ *Ibid.* Le rapport s'interroge sur la « nécessité de maintenir la pénalisation du droit de la famille » et conclut à l'impossibilité de supprimer les incriminations pénales d'atteinte à la famille, sans quoi certains des principes fondateurs du droit de la famille se verraient ébranlés et fragilisés.

143. - De façon quelque peu paradoxale, rendre compte de l'infraction incestueuse dans sa spécificité ne semble aucunement passer par l'instauration d'une infraction spécifique d'inceste. Les incohérences démontrées de cette dernière commandent de ne pas adhérer à sa création⁶⁵⁷. L'inceste demeure le « nœud gordien qui enserre la famille »⁶⁵⁸ et il ne peut être tranché en faveur de sa spécification. Ses velléités d'identification ont conduit à créer un « objet pénal non identifié »⁶⁵⁹ et lui ont fait prendre la figure de véritable « trouble-fête du droit pénal »⁶⁶⁰. Les inquiétudes que suscite son insertion terminologique au sein du dispositif répressif semblent cependant avoir échappé aux pouvoirs publics puisque les députés ont récemment adopté à l'unanimité un amendement à la proposition de loi sénatoriale sur la protection de l'enfant, visant à son rétablissement⁶⁶¹. Dans un souci de cohérence, l'inceste doit toutefois incontestablement retrouver sa place originelle et rester « l'inconnu du droit positif »⁶⁶². Si la question fait toutefois l'objet d'un dissensus doctrinal⁶⁶³, la cohérence du

⁶⁵⁷ Les solutions mises en place par le droit comparé ne sont pas précisément transposables dans notre système. Le droit italien ne réprime que le fait incestueux qui a donné lieu à un scandale public quand le droit allemand réprime par exemple le « commerce charnel » entre proches parents et les législations étrangères permettent la plupart du temps de réprimer les deux protagonistes même majeurs. L'acte incestueux y est appréhendé comme une infraction spécifique distincte des infractions sexuelles et la répression, qui se désintéresse des liens d'alliance et de parenté, met avant tout l'accent sur la condamnation des relations pédophiles. L'instauration d'une infraction spécifique d'inceste a la plupart du temps pour corollaire la renonciation à la liberté sexuelle du mineur.

⁶⁵⁸ Cl. NEIRINCK, « Préface », in N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, op. cit., p. 13.

⁶⁵⁹ J.-Cl. PLANQUE, « Infractions incestueuses : objets pénaux non identifiés et conséquences identifiables », art. préc.

⁶⁶⁰ C. POMART-NOMDÉDÉO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », art. préc.

⁶⁶¹ V. M. MEUNIER et M. DINI, *Proposition de loi relative à la protection de l'enfant*, AN n° 515, 13 mai 2015, spéc. art. 22 et art. 22 (bis). Le texte propose de rétablir le qualificatif incestueux au sein du code pénal en énumérant précisément les membres de la famille concernés, qui sont ceux pour lesquels le code civil prévoit un empêchement à mariage, ainsi que leurs conjoints, partenaires ou concubins, sous réserve pour certains d'entre eux qu'ils disposent sur la victime d'une autorité de droit ou de fait. Seuls l'ascendant, le frère ou la sœur sont exonérés de cette dernière condition. L'oncle, la tante, le neveu ou la nièce sont donc traités identiquement au tuteur, aux personnes qui disposent d'une délégation totale ou partielle d'autorité parentale et aux personnes avec lesquelles l'auteur est inscrit dans un lien de couple. Si, par sa précision, cette énumération met le dispositif en conformité avec le principe de légalité, elle reste toujours critiquable dans son essence. De ce fait, la référence au tuteur et à la personne disposant d'une délégation partielle ou totale d'autorité parentale a été supprimée en deuxième lecture. La référence à l'autorité de droit ou de fait a également été supprimée, l'inceste ayant été considéré comme délié de l'autorité. Ce retrait est en adéquation avec la conception étendue du lien familial qui est celle du droit pénal qui n'exige pas l'autorité en plus du lien de famille.

⁶⁶² St. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », art. préc. L'auteur relève l'inconsistance de l'inceste qui n'a pas franchi le seuil de l'ordonnancement juridique et que la réforme ne contient aucune conséquence répressive.

⁶⁶³ V. not. en faveur de la création d'une infraction spécifique, les observations de S. PORTELLI, « Crimes et délits de famille, l'état de droit », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1997, n° 28, p. 90, qui considère que « l'on peut regretter ce silence législatif car l'inceste correspond à une criminalité spécifique ». V. aussi les développements de D. DUVAL-ARNOULD et M. DUVAL-ARNOULD, *Droit et santé de l'enfant*, Mimi Edition, Masson, coll. « Droit médical pratique », 2002, p. 163 qui estiment qu'une infraction spécifique aurait pour effet de « poser plus clairement et simplement au sein de la famille l'interdiction de tout agissement de nature sexuelle ». V. dans le même sens les propos de N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, op. cit., n° 534, p. 322 qui affirme en outre que « la création d'une infraction d'inceste permettrait de clarifier l'état du droit » au sein duquel le silence du droit pénal fait écho à celui de la société qui « refuse de

silence nous semble en ce lieu préférable au désordre de l'identification. L'inter-dit, au sens de ce qui est dit entre individus, est loin d'être bénéfique à l'interdit. Il est en effet possible de souscrire à l'assertion suivante : « il y a souvent fort à redire au droit, mais il y a plus à perdre à ne pas dire le droit »⁶⁶⁴. Il est toutefois bien complexe de dire la loi à propos d'une chose que la loi ne dit pas⁶⁶⁵. Le maintien du « statu quo répressif »⁶⁶⁶ qui caractérise la sphère de l'inceste apparaît nécessaire et « dans ces conditions, il ne paraît pas souhaitable, *de lege ferenda*, d'aller au-delà de la répression très partielle de l'inceste qui est actuellement organisée par le législateur »⁶⁶⁷. Il nous semble cependant que, si la répression actuelle est bel et bien dissimulée et organisée à travers celle d'autres infractions plus générales, elle n'en demeure pas pour autant partielle, dans le sens où l'intégralité des comportements répréhensibles est concernée. Il est préférable d'avoir pleinement conscience de la réalité constituée par la relation incestueuse, tout en maintenant une appréhension pénale globalisée par l'intermédiaire de la qualification d'infraction familiale. Cette dernière englobe les relations sexuelles se produisant au sein de la *famille pénale* mais peut par exemple concerner dans le même temps les violences intrafamiliales.

reconnaître et d'admettre le particularisme de cette infraction » et conclu par le fait que « la création d'une infraction autonome d'inceste apparaît donc comme une nécessité juridique et judiciaire ». V. aussi en faveur de cette création A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 763, qui estime que « la valeur symbolique du droit en ce domaine justifierait une détermination précise de l'interdiction » et qui se questionne sur la sagesse ou la démission du juriste qui instaure « un droit flexible », ce qui n'est pas concevable en matière familiale dans laquelle la prohibition de l'inceste reste un principe fondateur ; M.-L. RASSAT, « Inceste et droit pénal », *art. préc.*, qui note que la loi aurait « tout à gagner à sortir l'inceste du cadre des infractions banales contre les mœurs pour le doter d'une qualification particulière » et que ce processus apporterait « clarté et efficacité » au droit pénal. L'auteur déplore le fait que l'inceste soit « constitué en grande partie de mesures qui n'ont pas été pensées pour lui » et pointe le « danger qu'il y a toujours à faire application à des situations particulières d'incriminations générales non prévues pour elles ». V. enfin les développements de P. SOLAIRE, *L'inceste entre analyse et vécu, Le mur du silence*, Privat, 2002, p. 5, qui considère que le silence qui entoure le terme relève de la conspiration.

⁶⁶⁴ Y. MAYAUD, « Inceste, loi du silence et lois pénales », obs. sous Lyon (Ch. d'acc.), 28 mars 1997, *RSC*, 1997, p. 636.

⁶⁶⁵ V., pour illustrer cette difficulté, les écrits de Fr.-L. COSTE, « Comment dire la loi qui ne dit pas l'inceste », in *L'inceste et autres violences*, Bull. CLCJ, 1989, n° 20, p. 35.

⁶⁶⁶ Expression utilisée par D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *art. préc.*, spéc. p. 11. L'auteur précise qu'il est inutile de légiférer dans un tel cas puisque cela reviendrait à confondre violences et inceste mais qu'il est certainement nécessaire de réprimer davantage la catégorie générale des violences à enfant et d'aller vers des évolutions civiles en ce qui concerne la levée de l'interdiction de la double filiation, la mise à égalité successorale et l'augmentation des dispenses à mariage.

⁶⁶⁷ D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *art. préc.*, spéc. p. 215. L'auteur considère que « la voie de la répression ne paraît pas le moyen le plus efficace de lutter contre les incestes » et que le retrait du droit pénal de la sphère de l'inceste est « la meilleure protection que le droit puisse offrir à la société contre la violation d'un tabou dont celle-ci à tout intérêt à détourner les yeux ». Il insiste sur le fait que, « pareillement inutile, la sanction pénale est dérangeante » et que le scandale risque le plus souvent de parvenir « de la lumière faite par le procès que des faits d'incestes eux-mêmes ». Si la pénalisation de l'inceste n'est certainement pas toujours la réponse la plus adéquate, la présente étude n'adhère pas à l'argument de la protection sociale par le détournement du regard du droit. Le tabou existe et doit être considéré dans la plénitude de sa manifestation, mais il doit avant tout être appréhendé par l'intermédiaire de mesures préventives et protectrices.

144. - La principale difficulté réside dans le fait de pouvoir rendre compte de la spécificité du fait incestueux sans pour autant lui octroyer une qualification pénale particulière. En effet, par son caractère interne à la famille, « l'inceste constitue une forme de violence à la fois singulière et particulièrement destructrice »⁶⁶⁸ et « génère l'un des plus graves désordre psychique qui soient, désorganisant profondément et durablement la personnalité »⁶⁶⁹. Pourtant, cette conduite, qui « agit au sein de l'intimité familiale et de son espace secret, reste le plus souvent opaque aux regards extérieurs »⁶⁷⁰. L'obscurité qui enserre le comportement a pour conséquence une très faible connaissance de son existence par l'autorité répressive⁶⁷¹ et impose le doute quant à la capacité du droit répressif à pouvoir contrer cette « conspiration du silence »⁶⁷². L'appréhension spécifique de l'inceste – lorsqu'elle est matériellement possible – ne doit pas se faire par l'intermédiaire d'une qualification mais par son insertion dans la nouvelle classification envisagée par cette étude. L'apposition d'un fait en élément constitutif d'une infraction ne lui octroie pas forcément plus de valeur s'il en résulte une pénalisation incohérente. L'absence de prise en compte spécifique du fait d'inceste ne dessert pas forcément l'identification de l'infraction ni la prise en charge de ses victimes. L'intrafamilialité inhérente à l'infraction doit conduire à lui octroyer un outil de traitement spécifique. La particularité de l'inceste pénal doit être reconnue au stade des mesures⁶⁷³ mises en place pour prévenir ce comportement ainsi qu'à celui du soutien accordé à ses victimes. À cette fin, il est nécessaire d'accroître la prise en charge psychologique que nécessitent ces dernières en mettant en œuvre un encadrement spécifique aux relations incestueuses⁶⁷⁴. Il est

⁶⁶⁸ V. par ex. l'analyse de M. GABEL, S. LEOVICI et Ph. MAZET (dir.), *Le traumatisme de l'inceste*, PUF, 4^e éd., 2002. L'inceste est notamment décrit comme engendrant un sentiment de mort et d'annulation de soi-même pour sa victime.

⁶⁶⁹ S. PORTELLI, « Crimes et délits de famille, l'état de droit », *art. préc.* V. pour les troubles existant chez l'auteur du comportement incestueux, H. PARAT, *L'inceste, op. cit.*, pp. 80 et s., qui caractérise un déni des différences, un narcissisme aigu et une tendance à la destructivité. L'inceste existe alors comme un facteur issu de pathologies de la structuration de la personnalité et engendre parallèlement une déstructuration similaire chez ses victimes.

⁶⁷⁰ H. PARAT, *L'inceste, op. cit.*, p. 3.

⁶⁷¹ V. not. les précisions apportées par A. RACINE, « Quelques aspects psychologiques du phénomène de la délinquance cachée », *Revue de l'Institut de Sociologie*, « Évolution sociale et criminalité », 1963, n° 1, p. 164. L'auteur impute le secret à « un mélange de crainte, de pudeur, d'attachement et de sentiment de culpabilité ». V. aussi les développements de L. DALIGAND, « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *LPA*, 1995, n° 53, p. 56. Selon la psychothérapeute, le secret constitue pour l'enfant une sclérose interne qui aboutit à un processus de dégénération incluant l'absence de lien et ne pouvant être dissout que par la révélation. La nature spécifique de l'infraction rend alors cette dénonciation particulièrement difficile, voire impossible.

⁶⁷² I. CORPART, « L'inceste en droit français », *art. préc.*

⁶⁷³ Si ces mesures préventives concernent avant tout le domaine de la répression, elles doivent répondre à la nécessité d'encadrement pluriel de ce comportement et prendre dans le même temps une dimension sociale et familiale.

⁶⁷⁴ L'effet thérapeutique qui a parallèlement pu être accordé au prononcé du terme d'inceste n'est en rien comparable avec la mise en œuvre d'une prise en charge psychologique concrète et spécifique des victimes d'inceste.

en effet indéniable que « la spécificité de cette infraction ne réside pas dans la qualification mais dans la situation de la victime »⁶⁷⁵. Le traitement de ses auteurs doit aussi être envisagé sous un angle particulier puisque « ces criminels ne sont guère dangereux pour l'avenir, car leur délinquance, si elle fut continue, fut aussi occasionnelle à son origine »⁶⁷⁶. Si cette affirmation correspond à certains profils criminels, elle paraît cependant assez catégorique et ne semble guère généralisable. Il est des auteurs d'inceste qui présentent une dangerosité sociale particulière et plus globale, comme il existe des comportements incestueux successifs. L'auteur d'inceste peut limiter son action envers la personne pour qui il développe une relation affective particulière, quand il peut tout aussi bien répéter son comportement sur d'autres victimes mineures, à l'égard desquelles il dispose ou non d'une autorité ou d'un lien affectif. En tout état de cause, le comportement incestueux, qui fait partie de la catégorie plus générale des infractions sexuelles, doit faire l'objet d'un traitement spécifique adapté à sa particularité.

145. - La resocialisation de l'auteur d'inceste doit passer par la mise en œuvre de mesures médicales et psychothérapeutiques⁶⁷⁷. Un encadrement médical et social approprié de la victime et de l'auteur rend parfois possible la reconstruction du lien familial. Sa réinsertion dans le milieu familial peut cependant être dévastatrice pour la victime qui vit la restauration du lien comme une négation de sa souffrance étant donné que « le plus grand dommage ne vient pas de l'acte lui-même mais de ses suites »⁶⁷⁸. En marge des questions suscitées par la resocialisation de son auteur, il a, assez ironiquement, été remarqué que « l'inceste est le type même de l'infraction dont la répression est inutile, puisque le délinquant n'a pas le sentiment d'être coupable »⁶⁷⁹. Le véritable remède résiderait dans la mise en œuvre de mesures préventives⁶⁸⁰, même s'il reste évident que le sentiment de légitimité éprouvé à l'égard d'une

⁶⁷⁵ V. en ce sens Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *art. préc.*, qui précise que la dialectique de l'autorité et de la dépendance dans laquelle s'insère l'inceste lui octroient sa particularité et que « c'est bien dans le domaine de la procédure pénale, et non du droit pénal, que l'on attend que l'inceste ait une spécificité reconnue ».

⁶⁷⁶ P. CANNAT, « Chronique de criminologie : les délinquants sexuels », *RSC*, 1951, n° 4, p. 706.

⁶⁷⁷ V. en ce sens les propos de L. COHEN, « Les lectures de l'inceste – Du signalement aux remèdes », *art. préc.* La psychologue, pour qui la conduite incestueuse résulte de la mise en place d'une loi privée gouvernant l'intimité du système familial et révélant « un retournement de la dialectique autorité/responsabilité », considère notamment que « seule une intervention thérapeutique curative et préventive précoce, accompagnant l'intervention judiciaire, semble pouvoir pallier ce dysfonctionnement familial ».

⁶⁷⁸ A. RACINE, « L'enfant victime d'actes contraires aux mœurs commis sur sa personne par un ascendant », *Dr. pén.*, 1958-1959, p. 639.

⁶⁷⁹ V. les observations de M. STANCIU rapportées par M. GENDREL, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *Rev. pénit.*, 1964, vol. 88, p. 31, spéc. p. 38.

⁶⁸⁰ V. sur le rôle prophylactique de la loi pénale et sa double fonction répressive et protectrice, Fr. DESPORTES et Fr. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 47 et s., pp. 21 et s. V. plus généralement, sur les fonctions traditionnelles du droit pénal, Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. « U », 7^e éd., 2004, n° 20, p. 9 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis et droit privé », 6^{ème} éd., 2001, p. 54. et J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, n° 72, p. 64. La fonction

action ne doit pas fonder l'absence de sa répression. La prophylaxie sociale insisterait sur les causes de l'inceste et prendrait en compte les facteurs déclencheurs de cette criminalité⁶⁸¹. La réflexion doit avant tout s'orienter vers l'identification des étiologies de l'inceste et de ses facteurs criminogènes, qui semblent bien souvent relever davantage de l'ordre du social que de celui des causes biologiques ou individuelles qui lui sont fréquemment attribuées⁶⁸². La pénalisation de la conduite incestueuse apparaît comme une réponse inappropriée au maintien du lien de famille. Sa nécessité ne peut cependant pas toujours être éludée et elle doit exister comme relais secondaire, destiné à suppléer l'échec des mesures préventives. Dans cette acception, il serait possible d'envisager un abaissement des pénalités favorable à la résurrection du lien. En tous les cas, il convient de se souvenir que les vertus de la pudeur sont parfois préférables aux vices de l'impudence par laquelle le droit peut perdre sa lucidité.

146. - À travers l'identification formelle de la conduite incestueuse, la protection du principe exogamique a pu être affichée comme une valeur sociale primordiale. La ferveur fut toutefois de courte durée puisque l'infraction, qui avait pour vice principal la vertu affichée de sa terminologie, s'est avérée totalement illusoire. Son inutilité a été portée à la hauteur de son opportunisme et a généré bien des désagréments. Si la lutte contre la délinquance sexuelle et le respect du consentement et de la généalogie sont sans conteste des objectifs louables, la fin ne justifie pas tous les moyens. La famille doit donc rester un espace de protection de l'enfant, mais cette dernière ne doit pas se réaliser au prix du bouleversement de l'institution. Une politique criminelle qui se veut « plus sensible aux effets d'annonce qu'à la construction d'une stratégie complexe de réponse organisée, préventive et répressive au phénomène criminel »⁶⁸³ doit nécessairement être désavouée. La protection pénale du principe exogamique s'avère en définitive doublement illusoire puisqu'elle élude volontairement le

prophylactique de la loi pénale se trouve en outre exacerbée quand elle touche au domaine des mœurs et de la famille.

⁶⁸¹ La protection devrait se faire en amont par une politique sociale fondée sur l'aide au logement et la lutte contre la promiscuité familiale, sur la lutte contre l'alcoolisme et sur la protection de l'enfance. V. à ce propos les précisions apportées par M. GENDREL, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *art. préc.*, spéc. p. 38. L'auteur décrit les effets de l'absorption quotidienne d'alcool, qu'il convient de ne pas confondre avec la situation épisodique d'ivresse, en matière de libération des instincts entraînant la suppression du frein moral. Cette déchéance morale peut être perçue comme la cause indirecte de l'inceste. La promiscuité malsaine aurait quant à elle un rôle facilitateur chez l'auteur de l'infraction souhaitant d'ores et déjà commettre l'inceste. Au sein du processus de réflexion sur les causes de l'inceste, il apparaît nécessaire de « traiter de l'influence, et de l'alcoolisme et de la promiscuité familiale due à des conditions de logement défectueuses ».

⁶⁸² V. en ce sens les développements de G. CANEPA et T. BANDINI, « La personnalité des victimes des délits d'inceste », Étude criminologique, Institut d'Anthropologie criminelle de l'Université de Gênes, *Revue internationale de police criminelle*, 1967, p. 141. Les chercheurs relèvent en outre chez les auteurs d'inceste la prégnance d'altérations cliniques névrotiques qui donnent lieu à des mécanismes de compensation abolissant tout frein moral et laissant libre cours à la réalisation des pulsions instinctives. La victime de l'inceste présenterait quant à elle fréquemment une personnalité frustrée et instable générant des phénomènes de soumission ou d'opposition.

⁶⁸³ Chr. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *art. préc.*

terme de l'arsenal répressif et qu'elle ne s'y intéresse que de façon secondaire, lorsqu'elle vient effectivement à réprimer la relation incestueuse. La répression de l'inceste se fait presque uniquement par l'intermédiaire des infractions de droit commun et ne peut pour le moment faire l'objet d'une répression spécifique unitaire et cohérente⁶⁸⁴. L'inceste s'avère finalement « consubstantiel à la définition des seuls liens qui fondent en droit la famille : l'alliance et la parenté »⁶⁸⁵. Dans la mesure où le droit pénal choisit délibérément d'asseoir son autonomie en adoptant une conception autonome des liens familiaux, il devrait exclure l'inceste de son champ, sauf à considérer que ce comportement puisse se décliner en plusieurs catégories. Le choix de sa répression témoigne en réalité non seulement d'un intérêt pour celle du manquement aux obligations familiales ou assimilées, puisque le lien considéré par le droit pénal va largement au-delà du lien de famille traditionnellement entendu⁶⁸⁶, mais plus encore de la protection générale de l'intégrité physique et psychique de l'enfant mineur, considéré comme le plus vulnérable des êtres⁶⁸⁷. Si le principe exogamique a pu pendant un temps constituer la principale motivation de l'action pénale, « la plupart des raisons métaphysiques sur lesquelles se fondait la répression de cette infraction n'ont plus de valeur dans notre droit positif, dont l'objectif essentiel est la protection de la liberté »⁶⁸⁸. Partant, le droit répressif ne doit plus se cantonner à imposer le respect de la morale familiale. Quand il concerne sa protection, le lien familial pénal se rapproche d'un lien de proximité qui émerge, au-delà d'un simple droit pénal de la famille, comme critère de référence d'un droit pénal des proches. Par conséquent, « on constate une sorte d'effacement de l'inceste qui est puni, non plus en tant que tel, mais surtout parce qu'il porte atteinte à la liberté et à l'intégrité de l'enfant qui ne peut

⁶⁸⁴ V. A. MONTAS et G. ROUSSEL, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *art. préc.*, spéc. p. 295.

⁶⁸⁵ *Ibid.* Les auteurs mettent en lumière le fait que la prohibition civile de l'inceste n'existe que par l'intermédiaire des interdits qui rendent compte de son impossibilité. À ce titre, il est précisément considéré pour son absence d'existence puisque le droit civil s'emploie à empêcher sa réalisation. Son inclusion dans le droit pénal relèverait d'une conception totalement inversée puisqu'elle se destinerait à la répression d'une conduite existante et ferait en sorte non pas qu'il n'existe pas mais qu'il n'existe plus.

⁶⁸⁶ V. en ce sens les propos de I. CORPART, « L'inceste en droit français », *art. préc.*, spéc. p. 893 qui précise qu'« à la différence des dispositions civiles traitant de l'inceste uniquement pour les parents ou tuteurs, le droit pénal élargit le champ des adultes susceptibles de peser sur le consentement du mineur ».

⁶⁸⁷ V. not. les développements de G. LEVASSEUR, intervenant en tant que rapporteur des débats sur le rapport de M. GENDREL, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *art. préc.*, spéc. pp. 53-54, qui note que « la tendance est à la discrétion des interventions du droit pénal dans le domaine des activités sexuelles » et que « c'est ainsi que la législation française se préoccupe seulement de protéger les mineurs ». Partant, le trouble social qui résulte de l'inceste n'en est précisément pas un et ne justifierait donc pas une intervention accrue ou spécifique.

⁶⁸⁸ M. ESCANDE, intervenant dans le débat sur le rapport de M. GENDREL, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *art. préc.*, spéc. pp. 53-54.

se défendre »⁶⁸⁹. La protection pénale du principe exogamique prend finalement la figure d'une abstraction.

147. - La protection répressive du principe exogamique rejoint le domaine de la chimère, puisque le droit pénal ne s'intéresse nullement au lien structurel de couple. Le lien d'autorité demeure le seul concerné et la famille est uniquement considérée de façon fortuite lorsqu'elle s'y cumule. Elle n'existe que de façon secondaire et est faussement déduite de la protection d'une autre valeur sociale fondamentale. Il est possible de considérer que la relation incestueuse ne doit pas avoir de place dans un droit répressif qui ne sait ou ne peut l'appréhender. Le législateur pénal pourrait à l'inverse retenter le pari de la conceptualisation de l'inceste, auquel cas, il ne devrait pas se tromper de cible et se rappeler que « plus peut-être que chacun de ses membres considéré isolément, c'est la sphère familiale dans son entièreté, considérée comme cellule universelle et sphère relationnelle d'épanouissement affectif et social, qui doit faire l'objet d'une réponse juridique pertinente et circonstanciée »⁶⁹⁰. Le phénomène ne peut en effet être correctement révélé que dans la globalité du champ qu'il recouvre et de l'institution dans laquelle il s'insère. La relation incestueuse pourrait s'écarter de la catégorie de l'infraction distincte et prendre le visage de circonstance aggravante générale. Cela supposerait cependant d'être à même de délimiter ce qu'elle recouvre, ce qui semble demeurer un objectif inatteignable. Les multiples obstacles qui naissent de ces réflexions sont issus de l'obscurcissement qui nimbe le fait incestueux et résultent peut-être de l'assertion désormais ancienne qui consiste à penser que « l'inceste est socialement absurde avant d'être moralement coupable »⁶⁹¹. L'insertion du comportement dans la répression générale semble relever d'une humilité qui consiste à ne pas chercher à aller au-delà du possible. La sagesse appelle dès lors à ne pas s'engager vers une désacralisation outrancière du comportement et à se tourner principalement vers la prise en charge de ses conséquences.

148. - Le terme de cette réflexion conclut à un bilan pauvre et disparate. La protection du principe exogamique ne fait plus partie des préoccupations du droit répressif et existe de manière totalement illusoire aux endroits dans lesquels elle semble transparaître. La protection pénale contre les atteintes internes susceptibles d'être portées au lien matrimonial matériel s'avère en définitive extrêmement limitée et démontre une indifférence croissante de la part du droit répressif. Il pourrait alors être tentant d'imputer l'intensité de cette restriction

⁶⁸⁹ M. ANCEL, prenant la parole au sein de cette conférence pour conclure qu'il ne paraît pas opportun d'aller plus loin dans l'encadrement actuel de l'inceste puisque la création d'une nouvelle incrimination implique la possibilité de saisir le fait que l'on veut punir dans ses manifestations, ce qui n'est pas toujours possible à l'égard de l'inceste.

⁶⁹⁰ I. CORPART, « L'inceste en droit français », *art. préc.*, spéc. p. 893.

⁶⁹¹ Cl. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, *op. cit.*, p. 601.

au caractère intrafamilial de ces comportements. Leur aspect purement privé aurait pour effet la mise en retrait de la répression, qui choisit délibérément de laisser le règlement des conflits au cercle familial restreint. Quelle que soit l'orientation privilégiée, la problématique de l'inceste doit toujours être abordée avec prudence. Entre interdit emblématique et répression fantomatique, l'inceste fait inexorablement partie de la catégorie du « sujet que l'on aborde avec certitudes et que l'on quitte avec pour seule conviction que rien n'est sûr »⁶⁹². L'étude de la protection pénale contre les atteintes externes à la perpétuation du lien matrimonial matériel n'est guère plus convaincante et invite à accentuer le constat du retrait et du désintéret, puisqu'elle s'inscrit dans un amoindrissement encore plus manifeste.

B. La protection pénale amoindrie contre les atteintes externes à la perpétuation du lien matrimonial matériel

149. - L'immense majorité des atteintes portées à la formation du lien matrimonial matériel est perpétrée au sein même du milieu familial. En ce qu'ils sont immédiatement concernés par son élaboration, les membres de la future union sont les protagonistes les plus susceptibles d'y porter atteinte. La famille matrimoniale en devenir se situe au cœur du processus de création du lien et s'avère la plus à même de manipuler l'institution dont ils souhaitent bénéficier. Ce constat ne doit cependant pas mener à éluder un phénomène parallèle, qui se traduit par l'existence d'attaques venant de l'extérieur. Malgré la portée secondaire qui leur est attribuée, les atteintes à la création du lien matrimonial matériel perpétrées par des personnes tierces au cercle familial constituent une réalité à ne pas négliger au sein de la perspective réflexive d'ensemble à laquelle s'attache cette étude. Pour comprendre le fonctionnement d'un système et pour pouvoir aboutir à sa catégorisation, il est primordial de savoir préalablement en apprécier la globalité. Cette analyse postule donc la prise en compte des atteintes externes au lien familial matériel, qui, bien que largement minoritaires, forment le second volet de l'ensemble des comportements susceptibles de neutraliser sa construction. Ces altérations externes peuvent prendre la coloration d'infractions familiales, puisqu'elles portent sur le même objet que celles qui proviennent de l'intérieur et engendrent les mêmes effets relativement à la neutralisation du processus d'établissement du lien. L'assimilation n'est cependant qu'apparente, dès lors que l'extranéité du commanditaire de l'atteinte empêche par définition de l'inclure dans cette classification. Le raisonnement pourrait s'achever car le caractère extrinsèque de ces atteintes les exclut nécessairement de la catégorie des infractions familiales. Au regard de l'appréhension globale de la protection pénale du lien

⁶⁹² D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *art. préc.*

familial, il est cependant essentiel de poursuivre en s'interrogeant plus largement sur la pertinence de la prise en compte répressive de telles atteintes.

150. - Il est en premier lieu intéressant de constater que la répression des atteintes externes au lien matrimonial matériel ne semble pas embrasser le domaine du principe exogamique, mais se concentre essentiellement sur l'assise du principe monogamique. Pour rester pertinent, le raisonnement ne devra pas s'organiser autour de la variété du principe protégé, mais se concentrera sur la qualité de l'acteur en cause. Il est en second lieu possible de remarquer que ces atteintes revêtent un certain particularisme, qui tient au statut de ses initiateurs. L'offense portée au lien matrimonial matériel ne peut pas émaner de n'importe quel tiers. Il est nécessaire que ce dernier soit originellement inclus dans le parcours de vie du lien et joue un rôle dans son institutionnalisation pour qu'il puisse y porter directement atteinte. L'officier public semble le seul protagoniste extérieur susceptible de porter atteinte à la perpétuation du lien matrimonial matériel. Les offenses qui pourront être imputées au ministre du culte participent en réalité des atteintes externes à la création du lien matrimonial volontaire et sont par conséquent exclues de cette catégorie⁶⁹³. L'officier d'état civil prend la figure de personnage central de la question des atteintes apportées de l'extérieur à la permanence du lien matrimonial matériel. Son encadrement pénal, principalement fondé sur la répression de « l'institution civile du lien de bigamie »⁶⁹⁴, en tant qu'assise de la bonne organisation familiale et politique de la société, ne semble pourtant pas être à la hauteur de la valeur affichée. L'incertitude qui entoure cette protection externe ressort encore amplifiée par rapport à celle qui gagne déjà son terrain interne. Afin de pouvoir se prononcer sur la stabilité et sur la permanence de cette protection, il est primordial d'en saisir la pertinence des fondements.

1. Les fondements incertains de l'appréhension pénale des atteintes externes au lien matrimonial matériel

151. - L'officier d'état civil est l'officier public traditionnellement chargé d'établir les actes de l'état civil, de les conserver, ainsi que d'en délivrer copies et extraits. Il a pour mission de porter sur le registre de l'état civil la tenue de certains événements, au titre desquels figure notamment l'institution du mariage. En tant que pièce maîtresse du dispositif qui encadre l'union matrimoniale, c'est en toute logique qu'il occupe le rôle de garant de la qualité de sa formation et de la paisibilité de sa permanence. Par l'intermédiaire de contrôles préventifs

⁶⁹³ V. *supra*, n° 71 et s.

⁶⁹⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 18, p. 60.

obligatoires, le droit matrimonial lui a naturellement accordé un rôle de filtre, permettant ainsi d'éviter certaines utilisations abusives de l'institution. À cette fin, l'officier d'état civil a notamment l'obligation de vérifier l'absence de toute opposition à mariage⁶⁹⁵ et de recevoir une copie intégrale de l'acte de naissance de chaque protagoniste désireux de s'inscrire dans une union conjugale⁶⁹⁶. Partant, l'officier public peut intervenir au stade de la création du lien lorsqu'il assure la bonne application des formalités civiles indispensables à sa constitution. Le droit répressif le sanctionne seulement d'une peine contraventionnelle, qui a pour but principal d'affermir les exigences formelles du droit matrimonial et de renforcer le crédit qui doit leur être octroyé⁶⁹⁷. Par le pouvoir dissuasif dont elles sont empreintes, ces sanctions permettent une observation accrue des règles qui régissent la forme du mariage. Le bon fonctionnement de l'institution matrimoniale s'affiche comme l'objectif de ces contraventions, dont l'effet dissuasif reste en outre limité au seul domaine économique. Quand elle concerne les formes attenantes au consentement parental, l'infraction semble cependant se tenir à distance de l'institution matrimoniale, puisqu'elle réprime en réalité l'absence de reconnaissance étatique de l'expression de la volonté parentale. À travers l'assise de l'authenticité du consentement familial, elle protège davantage l'autorité parentale et l'intégrité psychique de l'enfant qui est par définition considéré comme trop vulnérable pour prendre seul l'initiative de la création d'un lien matrimonial à son égard. Si le renfort répressif attribué en ce lieu au droit matrimonial paraît dès lors plutôt cohérent, l'analyse est tout autre

⁶⁹⁵ V. en ce sens les articles 66 et s. ainsi que 172 et s. du Code civil pour les modalités relatives aux actes d'opposition au mariage. L'article 68 du Code civil est particulièrement intéressant pour cette étude en ce qu'il inflige une peine d'amende à l'officier public qui n'attendrait pas la mainlevée de l'opposition pour procéder à l'union. Cette sanction contraventionnelle témoigne alors du soutien que le droit répressif apporte aux formalités du droit matrimonial.

⁶⁹⁶ C. civ., art. 70 : « [l]a copie intégrale de l'acte de naissance remise par chacun des futurs époux à l'officier de l'état civil qui doit célébrer leur mariage ne doit pas dater de plus de trois mois si elle a été délivrée en France et de plus de six mois si elle a été délivrée dans un consulat ».

⁶⁹⁷ V. en ce sens l'article R. 645-3 du Code pénal qui fait notamment référence aux « dispositions réglementaires concernant la tenue des registres et la publicité des actes d'état civil » ou aux consentements nécessaires à la validité de certains mariages, étant précisé que les personnes qui ont reçu délégation de sa part pourront être sanctionnées des mêmes peines et que la nullité civile reste sans incidences sur l'effectivité de la sanction répressive. Il est nécessaire de préciser que la formalité qui concerne la réception de l'acte de mariage d'une femme ayant déjà été mariée est totalement obsolète puisque le délai de viduité a été supprimé depuis plusieurs années. V., pour une analyse de cette infraction, les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 42 et s., pp. 76 et s., qui la catégorisent au sein des limites formelles que le droit répressif apporte à l'expression des volontés individuelles. Les auteurs s'interrogent notamment sur la propension de l'infraction à protéger directement la volonté de la personne vulnérable et sur la nécessité de son renforcement et de son extension au non-respect de la condition d'absence de lien de parenté prohibé entre les époux par exemple. L'extension de l'infraction aux formalités exigées pour la conclusion du pacte civil de solidarité est par ailleurs envisagée, à condition que la valeur réellement protégée par l'infraction réside dans les structures familiales et non dans la forme de l'état civil. Cette extension ne nous paraît cependant pas souhaitable dans le sens où le droit répressif semble uniquement s'intéresser à l'individu vulnérable par le biais de la protection de l'expression de sa volonté et se désintéresse en réalité tant des exigences formelles de l'état civil que du lien familial structurel.

pour ce qui intéresse le rôle de l'officier d'état civil dans la perpétuation du lien matrimonial matériel.

152. - Parce qu'il est tenu de vérifier qu'il n'existe pas d'union préalable similaire, valable et non dissoute, l'officier d'état civil joue un rôle non négligeable dans la stabilité et l'exclusivité du lien matrimonial. L'exigence de vérification de l'acte de naissance sert directement celle du respect du principe monogamique. La violation de ce dernier aurait pu logiquement conduire à l'instauration d'une sanction pécuniaire, à l'instar de la solution adoptée en ce qui concerne les formalités de création du lien. Le choix du droit répressif ne s'est cependant pas limité au domaine financier, puisqu'il a préféré relier directement le cas de l'officier ayant célébré une nouvelle union en connaissance de l'existence de la précédente à celui de l'infraction de bigamie⁶⁹⁸. Cette jonction aboutit à une assimilation répressive, qui se manifeste du point de vue de la sanction. Si les éléments constituant les deux infractions restent pour partie distincts, la peine encourue est quant à elle strictement identique. À l'image de l'époux déjà engagé dans une précédente union, l'officier d'état civil qui a connaissance de cette dernière encourt un an d'emprisonnement ainsi qu'une amende de quarante-cinq mille euros. Cette combinaison s'avère révélatrice de la volonté d'accorder davantage de valeur à la formalité qui a trait au principe monogamique. Elle instaure une gradation au sein des conditions de forme du mariage et conduit à l'émergence de formalités à géométrie variable. Ce procédé engendre des conséquences néfastes, puisqu'il conduit à instituer une distinction là où le droit matrimonial ne distingue pas⁶⁹⁹. En associant le cas de l'officier public à celui de l'époux, le droit répressif assoit son autonomie car il s'inspire des formalités du droit matrimonial tout en les modelant à sa convenance. Cette méthode est critiquable en ce qu'elle revient à traiter de façon égalitaire des personnes qui ne sont pas placées dans la même situation vis-à-vis du lien familial en cause. L'époux est acteur de son propre lien quand l'officier public intervient seulement comme tiers approbateur du lien d'autrui. Cette union ne peut donc avoir de sens du point de vue de la situation matérielle des auteurs de l'infraction. Si la peine est identique, il ne s'agit nullement de la même infraction, puisque l'officier public ne peut directement être inquiété de bigamie. La condition du lien matrimonial personnel, antérieur et valable, lui fait en effet défaut et le comportement qui lui est reproché consiste seulement en la célébration d'une union qui inclut au moins une personne inscrite dans ce lien. L'assimilation, qui se réalise dans et par la sanction, se trouve

⁶⁹⁸ C. pén., art. 433-20, al. 2 : « est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent ». Cette disposition n'est en outre pas strictement limitée au cas de l'officier d'état civil, puisqu'elle vaut aussi pour l'autorité consulaire qui célèbre un mariage à l'étranger.

⁶⁹⁹ Si le droit matrimonial distingue selon les différents types de nullités que le non-respect des formalités est susceptibles d'engendrer, il n'opère pas de distinction entre les conditions de forme ou de fond au sein de chaque catégorie de nullité. Les cas de bigamie, d'inceste, de clandestinité du mariage ou d'incompétence de l'officier d'état civil se concrétiseront par exemple tous par la sanction de nullité absolue.

en réalité fondée sur le facteur commun de la moralité. Le vecteur identique est celui de la connaissance partagée de l'existence de l'union préalable. Cette association émerge comme le fruit d'une identité d'élément moral, mais ne se justifie guère du point de vue de la matérialité du comportement.

153. - Si l'officier d'état civil ne peut jamais être regardé comme auteur ou coauteur du délit de bigamie, la question de son éventuelle complicité à l'infraction a cependant suscité de nombreuses polémiques. La complicité requiert traditionnellement⁷⁰⁰ la réalisation de deux conditions, qui se manifestent par l'existence d'un acte principal objectivement punissable commis par l'auteur principal de l'infraction auquel le complice participe de façon consciente, positive, antérieur ou concomitante et par le biais de procédés spécifiques⁷⁰¹. Par application de la théorie générale de la complicité, l'officier d'état civil pourrait alors être considéré comme complice de l'époux, en ce qu'il participe à l'acte principal punissable que constitue la bigamie⁷⁰², à travers l'acte positif et concomitant de célébration de la seconde union matrimoniale, et y apporte son assistance de façon consciente, puisque sa répression suppose la connaissance morale de l'union préalable. Si la présente discussion ne revêt qu'un aspect théorique, du fait que l'officier public encourt en tout état de cause des peines identiques⁷⁰³, elle n'en demeure pas moins primordiale pour identifier les fondements répressifs de ce comportement. L'affectation de la théorie générale de la complicité au cas de l'officier public présenterait une première incohérence, qui se concrétise dans l'existence de dispositions spécifiques qui lui sont justement réservées au sein de l'infraction de bigamie et qui sont susceptibles de plusieurs interprétations. Leur présence peut exclure l'application de la théorie générale, sans quoi elles seraient surabondantes. Cette précision pourrait alors dans un sens être vue comme une restriction du domaine d'application de la complicité, qui ne vaudrait qu'à l'égard de ce seul protagoniste pour cette seule infraction.

154. - Il est possible d'inverser le raisonnement et de considérer que, bien que la bigamie fasse partie du domaine d'application générale de la complicité, le développement du cas spécifique de l'officier a été rendu nécessaire par une difficulté à mettre en œuvre les critères classiques. Elle servirait de renfort et aurait pour but la confirmation de l'application de la théorie générale à ce cas spécial. Il est en effet possible de douter de la réunion des critères

⁷⁰⁰ V. B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 342 et s., pp. 297 et s. ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 406 et s., pp. 233 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 425 et s., pp. 366 et s.

⁷⁰¹ V. l'article 121-7 du Code pénal pour le détail des modalités précises de la complicité.

⁷⁰² Étant précisé que la complicité est par principe toujours punissable pour les crimes ainsi que pour les délits.

⁷⁰³ Prenant acte de la suppression de l'emprunt de pénalité au profit du seul emprunt de criminalité, l'article 121-6 du Code pénal prévoit désormais effectivement que le complice de l'infraction en « sera puni comme auteur ».

communs en ce que l'officier n'a précisément pas la qualité requise pour commettre l'infraction principale. Le débat rejoint le problème plus général qui consiste à se demander si une personne peut participer à une infraction qu'elle n'a précisément pas la possibilité de commettre en tant qu'auteur principal. La question est classique : « peut-on punir celui qui facilite ou provoque la commission de la bigamie, alors qu'il ne saurait être lui-même poursuivi comme auteur ? »⁷⁰⁴. Si la théorie de l'emprunt de pénalité a longtemps conduit à répondre par l'affirmative⁷⁰⁵, le principe d'interprétation stricte de la norme pénale invite désormais théoriquement à réprimer l'officier public comme s'il était lui-même auteur de l'infraction et non de façon identique à l'auteur de cette dernière. Malgré la survivance du caractère punissable de l'infraction principale, cumulé à l'existence d'une participation matérielle, le principe de l'emprunt de criminalité empêche toutefois théoriquement la mise en œuvre effective de la sanction et mène nécessairement à l'impunité. L'assimilation de l'officier à l'auteur principal, par l'intermédiaire de la théorie générale de la complicité, se heurte ici à une aporie épistémologique au sein de laquelle la précision relative à ce cas spécifique prendrait tout son sens⁷⁰⁶. Nonobstant l'évidence qui semble en émaner, ce raisonnement n'est pas absolu puisque la jurisprudence y a fait défaut dans diverses matières⁷⁰⁷. À l'image de ce qui a été mis en œuvre dans d'autres branches du droit⁷⁰⁸ pour

⁷⁰⁴ Ph. BONFILS, « Bigamie », *préc.*, n° 41.

⁷⁰⁵ V. not. en ce sens *Cass. crim.*, 13 mars 1936, *Bull. crim.*, n° 33. La chambre criminelle considère que « la circonstance que la qualité personnelle de l'auteur de l'infraction est un élément constitutif et nécessaire de celle-ci n'exclut en rien la complicité des tiers ». Le raisonnement n'est par ailleurs pas réservé à la personne de l'officier d'état civil et peut tout aussi bien être étendu au conjoint de la personne coupable de bigamie.

⁷⁰⁶ Le débat n'est pas sans faire penser à celui qui entoure la question de la répression de la complicité en cas de bonne foi de l'auteur principal. La bonne foi empêche en effet de caractériser l'élément moral de l'infraction principale et lui enlève son caractère punissable. Cette configuration ne devrait normalement pas autoriser la répression du complice. Cette impunité est cependant délicate quand ce dernier est de mauvaise foi et réunit en sa personne tous les éléments constitutifs de l'infraction à laquelle il a sciemment participé. Si la solution a pu varier par le passé, il est désormais admis que l'absence d'intention coupable n'exclut pas la répression du complice puisque l'acte de complicité reste attaché au fait et non à l'auteur de l'infraction principale. V. not. *Cass. crim.*, 8 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 5 : *RSC*, 2003, n° 3, p. 553, note B. BOULOC ; *D.*, 2003, n° 39, p. 2661, note É.-A. GARÇON. Ce choix peut être critiquable en ce qu'il revient à faire primer la matérialité de l'infraction sur sa composante intentionnelle et à réprimer le complice alors que le fait principal n'est pas établi dans tous ses éléments constitutifs. V. *Cass. crim.*, 4 mars 1998, *Bull. crim.*, n° 83. Le défaut de cette solution paraît cependant moindre par rapport au risque de laisser impuni un individu socialement dangereux.

⁷⁰⁷ Le débat rejoint le problème plus général de la répression du complice n'ayant pas la qualité requise pour commettre l'acte principal. Certains comportements constituent en effet des infractions uniquement dans le cas où ils sont commis par des personnes disposant d'une qualité spécifique. La mise en œuvre de l'emprunt de criminalité devrait donc conduire à ce que le complice qui ne dispose pas de cette qualité reste impuni. La jurisprudence fait cependant échec à ce mécanisme et semble à nouveau aller à l'encontre du principe de l'interprétation stricte du droit pénal quand elle réprime malgré tout ce dernier en l'assimilant à l'auteur principal et en lui octroyant fictivement une qualité qui permet sa répression. Ce mouvement d'assimilation se manifeste notamment dans le domaine du droit pénal des affaires à travers la répression de l'abus de biens sociaux. V. *Cass. crim.*, 17 février 2015, inédit, n° 13-87.948, qui reconnaît qu'« un comptable, fût-il salarié, peut être déclaré complice du délit d'abus de biens sociaux ».

⁷⁰⁸ V. C. com., art. L. 654-3 (ancien). L'ancienne rédaction précisait que les complices de banqueroute encourent les mêmes peines que l'auteur « même s'ils n'ont pas la qualité de commerçant, d'agriculteur ou d'artisan ou ne dirigent pas, directement ou indirectement, en droit ou en fait, une personne morale de droit privé ».

éviter l'impunité du complice, le législateur pénal est intervenu pour préciser le statut spécifique de l'officier public impliqué dans le délit de bigamie. Cette mise en lumière est certainement révélatrice des difficultés d'application antérieure de la théorie générale de la complicité. Exiger une disposition spécifique marginale légitimant l'application de la complicité aurait cependant pour effet pervers d'aboutir à l'absence de répression du conjoint de la personne bigame, à l'égard de qui ces dispositions n'existent pas. Afin d'éviter de telles impunités, la majorité de la doctrine est favorable à l'encadrement de la bigamie par la théorie générale de la complicité⁷⁰⁹. L'adoption du système de l'emprunt relatif de criminalité ne résulte en effet pas de la volonté de rendre impuni le protagoniste exempt de qualité, mais a majoritairement – si ce n'est exclusivement – été guidée par un souci de mise en conformité avec le principe de la responsabilité pénale générale de la personne morale, qui ne peut logiquement encourir une peine égale à celle attribuée aux personnes physiques. Bien que l'étroite application du principe de l'interprétation stricte puisse susciter des réserves, la cohérence de la répression, couplée à l'adhésion à l'esprit du législateur, invite à ne pas sortir du sentier tracé par les précédentes décisions⁷¹⁰. L'observation des fondements de l'appréhension pénale des atteintes externes au lien matrimonial matériel fait finalement ressortir des fondements incertains, tant du point de vue des justifications discutables de l'assimilation répressive du statut de l'officier à celui de l'auteur de la bigamie, que de celui des hésitations générées par le régime de la complicité. Si le volet théorique de la répression des atteintes externes au lien matrimonial matériel fait défaut, il est envisageable de fonder des espoirs de clarification dans l'étude de son applicabilité pratique. L'examen de cette dernière confine néanmoins au désespoir et ne contribue pas à restaurer la clarté. La concrétisation de cette protection apparaît comme le reflet direct du flou qui accompagne ses fondements et l'insère plus encore dans la nébuleuse répressive qui l'entoure.

2. Les conséquences manifestes des lacunes de l'appréhension pénale des atteintes externes au lien matrimonial matériel

155. - L'état des lieux de l'utilisation actuelle de l'infraction de bigamie à l'égard de l'officier d'état civil mène à un constat négatif à plusieurs égards. L'absence de justification qui a été mise en exergue à propos des fondements de cette intégration se reflète nécessairement au niveau de l'applicabilité pratique de cette infraction. Si les éléments constitutifs de l'infraction diffèrent, ils se trouvent incorporés dans le régime de la bigamie du point de vue de la sanction. La bigamie accessoire, dont l'officier public est réputé coupable,

⁷⁰⁹ V. en ce sens M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, op. cit., n° 720, p. 769 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 567, p. 379.

⁷¹⁰ V. dans le sens de cet avis Fr. DESPORTES et Fr. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 562, p. 532.

aboutit en effet à une assimilation aux peines encourues par l'époux coupable de la bigamie principale. Partant, il est possible de considérer que cette assimilation engendre l'existence d'une véritable bigamie par destination commise par l'officier d'état civil. Que la prononciation de l'union résulte d'une imprudence naïve ou d'un manque d'attention délibéré, il encourra dans tous les cas une année d'emprisonnement et quarante-cinq mille euros d'amende. Les développements qui ont conduit à mettre en évidence les incohérences répressives dont souffre la bigamie par nature peuvent y être identiquement appliqués. Les imperfections de l'appréhension pénale des atteintes internes au lien matrimonial matériel paraissent ici très largement accentuées. Si le principe répressif peine, d'une part, à se justifier à l'égard de l'époux directement inscrit dans le lien conjugal existant, il est logique que sa légitimité soit encore plus controversée en ce qui concerne les atteintes provenant d'une personne étrangère au lien. La réflexion qui s'écarte de la question générale du bien-fondé de la répression en ce domaine mène rapidement à remarquer que le défaut d'applicabilité imputable à l'encadrement des atteintes internes ne fait que s'amplifier au sujet des atteintes externes.

156. - L'infraction qui consiste, pour l'officier d'état civil, à célébrer le mariage en connaissance de l'existence d'une précédente union de même nature connaît en effet une dévaluation quantitative qui se mêle à une dépréciation de ses fondements. L'analyse peut paraître paradoxale, puisqu'une peine identique ne sera pas interprétée de la même façon en fonction de l'origine de l'atteinte. Si la sanction paraît clémente à l'égard du protagoniste directement inséré dans le lien, elle semble à l'inverse bien trop sévère pour celui qui en est exclu. Ces cas de figure divergent alors substantiellement mais appellent cependant tous deux à relativiser l'utilité de la sanction. L'argument qui consiste à écarter la sanction répressive au profit de la sanction matrimoniale ne peut en premier lieu être retenu au sein de l'étude des atteintes externes. La répression qui existe à l'égard de l'officier d'état civil ne peut être le relais d'aucune sanction civile, puisqu'il n'est précisément pas un acteur naturel du lien. Il paraîtrait en effet totalement absurde d'attribuer à son comportement des effets sur le maintien du lien familial d'autrui. Le droit répressif n'intervient pas en ce lieu dans le but de pallier un éventuel échec du droit matrimonial, mais assoit directement son autonomie en faisant le choix de lui octroyer une sanction pénale personnelle. L'alignement sur la nature et le *quantum* des peines encourues par l'époux coupable de bigamie semble cependant disproportionné. L'encadrement répressif de ses agissements peut se comprendre du fait du rôle accessoire qu'il occupe dans la préservation du principe monogamique et de l'institution familiale. L'officier public est en effet l'organe chargé des contrôles préventifs permettant l'absence de perpétration de l'infraction de bigamie. Dans un système qui réprime la commission de cette dernière, il peut sembler logique de ne pas laisser impuni celui qui la

favorise sciemment⁷¹¹. Si la théorie générale de la complicité a vocation à s'appliquer en cette hypothèse, la conformité des peines se montre légitime afin de ne pas instaurer une répression différenciée entre celui qui est reconnu complice du bigame par nature et celui qui est inquisiteur à titre autonome de bigamie par destination. La seule option qui pourrait justifier la scission serait de renoncer à l'application de la complicité, ce qui ne semble correspondre ni à la position doctrinale majoritaire, ni à l'esprit de la jurisprudence actuelle. Quand bien même cet abandon surviendrait, la peine encourue par l'officier public serait toujours bien trop sévère et il conviendrait de procéder à son abaissement⁷¹². L'harmonie globale de la répression actuelle postule néanmoins l'assimilation répressive. L'ensemble pourrait s'avérer rationnel si les déficiences de la protection pénale n'avaient pas préalablement été démontrées. Le constat d'un système défaillant rend cependant la cohérence illusoire et aboutit à un ensemble peu harmonieux, au sein duquel il convient de restaurer l'équilibre.

157. - Si l'argument selon lequel le rétablissement de la cohérence passe nécessairement par le retrait de l'encadrement répressif au profit de la restauration de la protection civile du lien matrimonial matériel emporte l'adhésion, la réflexion change d'orientation. La dépénalisation de la bigamie par nature entraînerait effectivement une impossibilité matérielle d'analogie entre les peines, puisque le comportement principal de bigamie ne serait précisément plus appréhendé par la matière répressive. L'époux bigame serait uniquement passible de la sanction matrimoniale de nullité et toute complicité se verrait par conséquent proscrite. Pour les raisons précédemment évoquées, il serait de même inconcevable d'affecter une sanction civile au comportement de l'officier public. La modification de la répression actuelle ferait émerger une alternative à deux branches, dont la première consisterait en l'impunité globale de l'officier d'état civil quand la seconde se concrétiserait par la mise en place d'une répression purement pénale. L'officier public, qui a sciemment favorisé l'atteinte au mariage monogamique sanctionnée par le droit matrimonial, pourrait être l'objet d'une intervention pénale autonome. Le principe de son impunité peut être rejeté, en ce que son comportement porte bien atteinte à une valeur sociale fondamentale qu'il est légitime de protéger. Si l'idée même d'un encadrement répressif n'est pas remise en cause, il n'en est pas de même en ce qui concerne sa substance. La nature de la valeur protégée par l'encadrement, actuel ou futur, de l'action de l'officier public ne semble une nouvelle fois pas correctement identifiée. Or, il est difficilement concevable d'œuvrer en faveur de la cohérence d'une protection sans connaître

⁷¹¹ Étant précisé que la rédaction de l'article 433-20, al. 2 du Code pénal invite à penser que la célébration en connaissance de l'existence de la précédente union présuppose nécessairement l'intention d'officialiser un cumul de liens matrimoniaux en pleine conscience de l'interdit social de bigamie.

⁷¹² L'abaissement a par ailleurs la possibilité de se manifester dans la pratique puisque la peine prononcée serait certainement bien inférieure à la peine encourue.

préalablement ce sur quoi elle porte. Un éclaircissement doit à ce stade nécessairement être apporté sur le véritable objet de cette protection.

158. - La protection des atteintes externes au lien matrimonial matériel souffre de lacunes identiques à celles qui ont résulté de la réflexion sur sa protection interne. L'institution familiale est pareillement affichée comme la valeur sociale principalement protégée par cette infraction. L'encadrement répressif des agissements de l'officier d'état civil devrait en ce sens avoir pour première conséquence un renforcement du lien matrimonial et agirait en faveur de la préservation de l'intégralité de l'ordre familial. Le contresens est toutefois important quand cette répression semble au contraire ne susciter aucune influence sur le respect du principe monogamique. Hormis l'existence de cas extrêmement rares de collusion entre un époux et un officier public qui tirerait un profit matériel de la célébration de la seconde union, cette dernière ne présente jamais d'intérêt direct pour l'officier d'état civil. Étant donné qu'il ne récolte aucun profit personnel de la situation de bigamie qu'il engendre, il est peu probable que ce dernier ait volontairement désiré porter atteinte au principe monogamique. La majorité des cas qui donneront naissance à une double union matrimoniale résulteront alors soit d'une imprudence, soit d'une absence de conscience de l'existence de la précédente union. Dans ces deux cas, l'officier n'a nullement désiré contrevenir au principe monogamique et il est incohérent de réprimer pénalement son comportement. À moins d'envisager un acte réalisé dans un pur esprit de contradiction aux normes sociales, qui peut généralement être écarté, la situation dans laquelle l'officier participe sciemment à la bigamie, sans en tirer de profit personnel, paraît quasiment inexistante. Parce qu'elle n'a aucun impact sur la perpétuation du bon ordre familial, la répression de celui qui a eu simplement conscience de l'existence de la précédente union prend alors la forme d'une coquille vide, que la sanction matrimoniale suffit à protéger. L'institution de la famille apparaît une nouvelle fois comme un prétexte justifiant une répression en réalité fondée sur une valeur sociale distincte. S'il posait la préservation du lien familial comme principe premier de son action, le droit répressif s'attaquerait uniquement à celui qui désire porter atteinte au principe monogamique en vue d'en retirer un profit personnel. En ce qu'il réprime aussi celui qui n'a pas désiré porter atteinte à l'institution familiale, il est possible de dire que le droit pénal désire garantir uniquement le bon ordre politique de la société. Si ces deux organisations sont malgré tout intimement liées, l'idéal de transparence empêche d'accepter que l'assise de l'un puisse se faire sous couvert de celle de l'autre. Cette infraction a en effet pour fonction première la garantie de la bonne application des règles sociales par les représentants du pouvoir étatique et œuvre directement pour la protection de l'organisation politique de la société⁷¹³. La préservation du lien familial et celle

⁷¹³ Les violations des règles sociales par les représentants étatiques ne sont cependant pas toutes encadrées pénalement. Le droit répressif procède à une hiérarchie au sein de laquelle les règles relatives à l'institution matrimoniale occupent une position prioritaire. Le contexte familial de la règle exacerberait son encadrement

du principe monogamique se manifestent comme des conséquences secondaires, pouvant résulter de la mise en œuvre de cette répression⁷¹⁴.

159. - À ce stade du raisonnement, il est possible d'affirmer avant toute chose que l'encadrement répressif du comportement de l'officier d'état civil ne concerne pas directement la préservation du lien familial et doit par conséquent être exclu de la catégorie des infractions familiales. L'interrogation subséquente peut porter sur la substance de cette répression. Si tant est que la répression de tout officier ayant eu connaissance de la précédente union puisse être justifiée, elle ne saurait rester identique à celle de la bigamie par nature. Couplée au caractère suffisant de la sanction civile de nullité, la désaffection sociale que rencontre le principe monogamique appelle en effet à l'abaissement de la sanction pour l'officier public imprudent qui ne retire aucun profit personnel. L'assise du bon ordre politique dans ce cas ne nécessite en rien la menace d'une peine privative de liberté. La paix publique peut effectivement tout à fait être préservée à travers la sanction contraventionnelle qui responsabilisera l'officier d'état civil imprudent. Il pourrait alors paraître judicieux de ne réprimer que le cas de celui qui a retiré un profit personnel de la dualité d'unions matrimoniales, pour lequel la sanction correctionnelle paraît davantage proportionnée. Cette proposition manque cependant cruellement de rationalité, puisque ce comportement fait en réalité déjà l'objet d'une répression accrue par l'intermédiaire de l'infraction de corruption⁷¹⁵.

160. - L'examen complet de la protection actuelle contre les atteintes portées de l'extérieur au lien matrimonial matériel appelle à évoquer plusieurs issues. Il est en premier lieu nécessaire d'utiliser la dépénalisation de la bigamie par nature comme critère distinctif de deux hypothèses. La première, au sein de laquelle la bigamie par nature demeure un objet de répression, peut à son tour être scindée de deux ensembles, selon que la théorie de la complicité est considérée comme applicable à son cas. Dans un système qui encadre pénalement le comportement de bigamie et qui admet une application de la théorie générale de la complicité, la sanction de l'officier d'état civil, bien qu'elle ne porte pas réellement sur la préservation du lien matrimonial, ne peut qu'être assimilée à celle de l'époux bigame, sous peine d'aboutir à une répression différenciée et inégalitaire. Dans un système qui diffère car refusant l'application de la complicité à l'infraction de bigamie, la scission peut être opérée et

répressif et la famille pourrait revêtir une importance particulière même s'il constitue uniquement le moyen d'atteindre un objectif supérieur.

⁷¹⁴ La nécessité d'étendre cette pénalisation au contrôle des autres conditions du mariage à l'image de l'âge légal ou de l'inexistence d'un lien de parenté a par ailleurs pu être envisagée. Ces conditions existent cependant pour préserver la liberté individuelle de la personne concernée et il est encore une fois très incertain qu'elles puissent réellement être l'objet d'infractions familiales.

⁷¹⁵ V. en ce sens l'article 432-11 du Code pénal qui fait encourir pour ce comportement dix ans d'emprisonnement et cent cinquante mille euros d'amende.

l'officier public peut être réprimé de façon autonome. Puisque l'hypothèse de l'officier public qui commet sciemment l'infraction sans profit personnel relève du cas d'école, la sanction actuelle mérite d'être abaissée dans le cas de l'officier imprudent. Celui qui retire un profit personnel doit quant à lui être inquiété pour corruption passive. En revanche, au sein d'un système qui choisit de dépénaliser l'infraction de bigamie par nature, les peines pourront alors demeurer celles de la pénalisation sans complicité, soit que la valeur sociale défendue par l'encadrement du comportement de l'officier s'avère différente de celle dont la protection pénale a été abandonnée, soit qu'elle s'avère identique, mais que la société n'ait d'autres choix que la voie répressive pour intervenir à l'encontre de l'officier qui se trouve à distance du lien de famille et qui doit de ce fait encourir des peines moins lourdes. En second lieu, il n'est pas inconcevable d'envisager une totale dépénalisation fondée sur la dépréciation du principe monogamique, qui inclurait à la fois celle de la bigamie par nature et de la bigamie par destination. En effet, cette dernière a en partie pour but la légitimation de l'existence de la première, pour laquelle des incohérences ont été démontrées. Si la bigamie par nature venait à être supprimée en tant que délit, le maintien de la bigamie par destination serait purement superfétatoire. Le retrait du droit pénal s'y avérerait encore plus légitime que pour les atteintes internes, puisque l'atteinte au lien n'est pas la valeur réellement protégée et que seule la sanction matrimoniale peut intervenir pour défendre un lien de droit privé. À défaut de pouvoir l'appliquer à l'officier imprudent, la cohérence supposerait alors l'absence totale d'encadrement étatique. L'extrême faiblesse des peines effectivement prononcées⁷¹⁶ témoigne à ce titre du caractère marginal de la protection actuelle.

161. - Le caractère limité de la protection pénale du lien familial matrimonial matériel semble en définitive s'étendre à tous les types d'atteintes. L'étude spécifique des atteintes qui trouvent leur origine à distance du lien a conduit à les discerner pour pouvoir légitimement les écarter de la classification des infractions familiales. Qu'il aboutisse à leur inclusion dans une autre classification pénale ou à leur exclusion du domaine répressif, ce rejet ne doit cependant pas être interprété comme une négation de leur existence, puisqu'il n'est pas fondé sur l'absence d'offense générale à une valeur sociale, mais sur le défaut d'atteinte effective à la valeur sociale représentée par le lien familial. Les atteintes externes au lien matrimonial charnel semblent davantage tournées contre l'ordre politique et se désintéressent de l'ordre familial, alors que la protection des atteintes internes au même lien concerne directement celle de l'intégrité de l'individu et la dignité humaine. L'observation met finalement en lumière une protection répressive incohérente révélant la relativité de la défense pénale du modèle familial conjugal, ce qui mène au constat de l'inexistence de véritables infractions conjugales qui

⁷¹⁶ Le comportement de bigamie représente moins de 0,7 % de l'ensemble des condamnations prononcées pour atteintes à la famille. V. *Annuaire statistique de la Justice*, 2011-2012, p. 173. La difficulté d'obtenir des statistiques officielles témoigne en outre de l'opacité de ce comportement.

poseraient la conjugalité en critère opérant de la répression. La nébuleuse répressive dans laquelle se perd la protection fragmentaire du lien de couple matrimonial augmente au surplus en imprécision en ce qui concerne les liens de couples extraconjugaux, à l'égard desquels elle aboutit à une absence globale de protection effective.

SECTION 2. L'ABSENCE DE PROTECTION PÉNALE EFFECTIVE DES LIENS DE COUPLE EXTRACONJUGAUX

162. - Le lien conjugal est très longtemps resté « l'acte fondamental qui crée la cellule familiale »⁷¹⁷. La famille contemporaine semble cependant davantage fondée sur le lien de filiation et fait revêtir au couple de multiples acceptions. La diversification du lien de couple a en effet appelé à la multiplication des schémas familiaux. Dorénavant protéiforme, le lien de couple n'est plus caractérisé par la conjugalité et répond à l'appel de la diversité, directement issu des aspirations émancipatrices de la vie sociale actuelle. Libéralisé et privatisé, le lien familial de couple doit être pensé dans sa pluralité. Si le mariage reste sans conteste « la plus vieille coutume de l'humanité »⁷¹⁸, il ne demeure plus la forme unique et naturelle du lien de couple. La cellule familiale se crée désormais dans le couple appréhendé au pluriel et, si la figure du couple conjugal constitue encore un choix social majoritaire, l'existence du couple extraconjugal se pose comme une réalité qu'il convient de ne pas négliger⁷¹⁹. La dyade constitutive du couple composé de deux individus bénéficie dès lors d'un choix multiple quant à la forme à donner à son union, puisque la simple affection ou la vie commune suffisent désormais à fonder la famille. Cette dernière peut donc aussi bien être ordonnée autour d'une union institutionnalisée que d'une union a-institutionnalisée, voire désinstitutionnalisée. Si les membres du couple n'ont d'autres choix que de recourir à l'institution matrimoniale dans le premier cas, plusieurs possibilités s'offrent à eux dans le second. Les personnes qui vivent en couple et qui ne souhaitent pas pour autant engendrer la naissance d'un lien matrimonial peuvent alors opter pour la conclusion du contrat de pacte civil de solidarité ou demeurer dans une relation de concubinage. Si la première de ces unions ne se conforme pas au statut d'institution, qui est encore accordée au mariage⁷²⁰, elle

⁷¹⁷ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », *art. préc.*

⁷¹⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, T. 1, PUF, 2004, n° 722, p. 1139.

⁷¹⁹ Sur cette réalité v. *supra*, n° 20, spéc. notes 305 et 306.

⁷²⁰ Le consensus s'accorde cependant désormais pour reconnaître au mariage un statut contractuel. Le mariage demeure une institution sociale instaurant des droits et obligations exclusifs de l'emprise des volontés individuelles, mais ces dernières jouent toutefois un rôle non négligeable dans sa formation comme dans sa dissolution.

bénéficie néanmoins d'un cadre juridique précis, quand la seconde reste à l'inverse totalement libre.

163. - Saisi dans sa globalité, le couple s'entend de la mise en commun de deux individualités différentes en vue de la formation d'une entité unique. Le rapport de couple participe du domaine des relations privées, qui peut être sujet à un encadrement juridique. Le droit répressif, qui s'est éloigné du rôle pédagogique qui a longtemps pu lui être conféré, ne saurait faire de choix didactiques et devrait les appréhender dans une perspective égalitaire. Au sein de la dynamique émergente du « droit commun des couples »⁷²¹, la cohérence appellerait à un traitement, sinon égalitaire, du moins uniforme des différents liens de couple. Le droit répressif intervient logiquement quand il considère le couple dans son acception fragmentaire, en tant que somme de deux individualités distinctes, pour encadrer les infractions commises au sein du couple et intéressant directement ces dernières. Il ne s'intéresse pas directement au couple, mais a pour principale considération la protection du lien relationnel de couple qui existe entre ses composantes individuelles⁷²². L'appréhension pénale du lien structurel de couple est cependant bien plus délicate en ce qu'elle revient à considérer le couple en tant qu'entité unique. Son statut d'acteur social lui ferait bénéficier d'une protection contre les atteintes directement perpétrées à son encontre. Loin de se conformer aux aspirations de l'égalité, l'appréhension pénale des différents liens structurels de couple souffre toutefois de nombreuses disparités. Les liens de couples extraconjugaux semblent endurer dans leur ensemble une absence de protection pénale effective. Si le désintérêt du droit répressif a pu être remarqué en ce qui concerne le lien conjugal de couple, il apparaît encore plus manifeste à leur égard. L'examen amène à déceler une absence de protection générale dont l'intensité reste différenciée en fonction de la nature du rapport concerné. L'union extraconjugale de droit, que constitue le partenariat, engendre un lien contractualisé et bénéficie en ce sens davantage de protection pénale au sein de cette carence globale. Le concubinage se conçoit à l'inverse comme une union extraconjugale de fait, gouvernée par une liberté qui la rend exempte d'encadrement juridique. La protection pénale du lien de partenariat se montre donc dérisoire (§1), quand celle du lien de concubinat s'avère pratiquement inexistante (§2).

⁷²¹ V. not. sur cette question X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Presses Universitaires du Septentrion, 2012. Pour l'auteur, le droit commun du couple serait basé sur la logique contractuelle et la judiciarisation des trois formes de conjugalités. V. aussi X. LABBÉE, « Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ? », *LPA*, 2007, n° 254.

⁷²² V. *infra*, n° 261 et s.

§1. Une protection pénale dérisoire du lien de partenariat

164. - Le pacte civil de solidarité s'entend d'un « contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »⁷²³. Le lien de couple issu du partenariat relève de la dynamique contractuelle et s'oppose en ce sens au lien matrimonial, classiquement considéré comme le reflet de l'adhésion à une institution. Les partenaires ne restent pas moins unis par un lien de droit qui bénéficie d'un encadrement juridique. Ce partenariat prend la figure d'un contrat de droit, qui se situe en deçà de l'union institutionnelle mais au-delà de l'union factuelle et dont la nature juridique peut paraître ambivalente⁷²⁴. « Plus stable qu'une union libre, moins contraignant qu'un mariage »⁷²⁵, il peut à cet égard être vu comme « une institutionnalisation de l'union libre et une contractualisation du mariage »⁷²⁶. Puisqu'il n'est pas entièrement considéré comme une institution qui gouverne les règles de vie en société, le pacte civil de solidarité ne constitue pas par essence un sujet de l'application du droit pénal. Si sa conclusion peut parfois avoir un impact incident sur l'application de certaines règles répressives (*B*), l'imposition des règles relatives à la formation du lien de partenariat souffre d'un soutien pénal inexistant (*A*).

A. Un soutien pénal inexistant à l'imposition des règles relatives à la formation du contrat

165. - Contrairement à ce qui est mis en œuvre à l'égard de l'institution matrimoniale, le droit pénal n'apporte aucunement son soutien à l'imposition des règles relatives à la formation de ce contrat. L'ignorance dont le droit pénal fait preuve à son égard peut paraître légitime, puisqu'il ne se conforme pas aux critères institutionnels de l'union matrimoniale. Malgré toutes les incohérences et les contradictions qui la caractérisent, l'intervention du droit pénal peut se comprendre en ce qui concerne l'assise des règles fondatrices d'une institution sociale. Cette intervention devient cependant illégitime lorsqu'elle se rapporte à la création d'un contrat issu de la seule rencontre des volontés individuelles. Mêlé de conséquences à la fois patrimoniales et personnelles, le pacte civil de solidarité « cherche son identité »⁷²⁷. Il

⁷²³ C. civ., art. 515-1.

⁷²⁴ V. not., pour l'ambiguïté relative à la nature juridique du pacte civil de solidarité, Fr. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G*, 2000, I, n° 48, p. 275. L'auteur insiste sur la double facette du PACS qui constitue une communauté d'intérêts fondée sur l'échange de volontés individuelles mais qui relève également du droit des personnes qui impose des obligations juridiques particulières.

⁷²⁵ Ph. MALAURIE, « Sur le PACS », *Dr. fam.*, 1999, hors-série, p. 30.

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ Fr. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *art. préc.*

n'est pas un contrat comme les autres⁷²⁸, dès lors qu'il a pour objet l'existence d'une communauté d'intérêts et inclut nécessairement la gestion de rapports personnels. Si son contenu est uniquement tributaire de l'orientation des volontés individuelles qui l'engendrent, son processus de formation dépend d'un régime juridique spécifique.

166. - Il est possible d'affirmer, au sujet de ce contrat, qu'il « n'est guère une institution reconnue par la loi sauf dans sa formation »⁷²⁹. Le pacte civil de solidarité aurait uniquement une valeur institutionnelle s'agissant de ses règles de formation et de dissolution, mais reprendrait le statut contractuel dès lors qu'il s'agit de regarder son contenu et son mode de fonctionnement. Cet angle de vue revient à le considérer comme un mode de conjugalité semi-institutionnel qui pourrait justifier un intérêt minimal de la part du droit répressif. Ce dernier semble cependant réticent à lui octroyer ce caractère, puisqu'il n'existe aucun outil de traitement spécifique des atteintes internes ou externes qui peuvent être commises à l'encontre du lien structurel de partenariat. Le droit familial se charge en toute logique d'imposer certaines interdictions aux partenaires et sanctionne civilement le cumul du lien de partenariat avec un lien matrimonial ou celui de plusieurs liens partenariaux entre eux, ainsi que la conclusion du pacte entre parents. Il est possible de percevoir dans ces mesures une extension de l'assise des principes monogamique et exogamique qui encadrent le lien matrimonial de couple. Eu égard au principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le juge ne peut cependant se permettre d'étendre la répression à la prise en compte du lien de couple qui existe entre les partenaires. La répression de la *polypacsie* sur le fondement des dispositions applicables à la bigamie contreviendrait directement aux dispositions textuelles qui ne prévoient pas strictement cette possibilité. Puisque l'inceste n'est spécifiquement pas prohibé entre les personnes majeures, à qui le pacte civil de solidarité est notamment réservé, il s'avère impossible de leur appliquer ces dispositions. Si la répression pénale de la conclusion de ce contrat entre proches parents est conceptuellement impossible, celle de son cumul avec une union matrimoniale ou celle de la pluralité d'unions partenariales pose davantage de questionnements.

167. - L'atteinte sociale générée par l'accumulation de ces unions ne semble pas différente de celle qui résulte de la pluralité de liens matrimoniaux. Si le droit répressif a pour objet le maintien d'un lien de couple unique, son application ne devrait pas différer en fonction de la nature du lien concerné. Outre les difficultés pratiques qu'elle engendre, il n'est pas certain que la répression de la polygamie de fait entre dans le rôle du droit pénal. La valeur affichée semble cependant se tourner vers la protection de l'état civil des personnes, ce qui rend

⁷²⁸ V. Cons. const., n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au PACS*, Rec. CC, p. 116, spéc. considérant n° 28, qui qualifie le pacte civil de solidarité de « contrat spécifique ».

⁷²⁹ Ph. MALAURIE, « Sur le PACS », *art. préc.*

l'adaptation du dispositif exempté de sens. Le débat s'avère néanmoins biaisé et la chose nuancée si la réflexion qui consiste à penser que la valeur réellement protégée se situe ailleurs emporte l'adhésion. L'existence d'un droit pénal réaliste, avant tout désireux de protéger l'intégrité physique et psychique de l'individu, devrait conduire à assimiler la protection des différents liens de couple. Puisque l'étude de la protection existante du lien matrimonial a permis de mettre en lumière de nombreuses défaillances, la cohérence suppose de ne pas l'étendre au lien de partenariat et à se concentrer sur celle des partenaires pris dans leur individualité. À cet effet et bien que les causes actuelles divergent des nécessités théoriques évoquées, il convient de se réjouir de l'inexistence du soutien pénal accordé à l'imposition des règles relatives à la formation du pacte civil de solidarité. Cette dernière doit se perpétuer à l'égard du lien structurel de partenariat, qui mérite de rester régi par les volontés individuelles. Le soutien répressif doit à l'inverse considérablement augmenter en ce qui concerne la prise en compte des atteintes commises par l'un des partenaires à l'encontre de l'autre. Loin de revêtir le statut de bras armé du droit familial, le droit répressif impose son autonomie et s'érige en définitive en contradicteur des interdictions civiles faites aux partenaires.

168. - L'ignorance dont la répression fait preuve à l'égard du lien de partenariat peut toutefois sembler paradoxale lorsque le droit pénal est à l'inverse pensé au service du pacte civil de solidarité et « devenir le révélateur de sa nature juridique profonde »⁷³⁰. Cette révélation passerait par le biais de la mise en place d'une répression des infractions commises en violation des droits et obligations nés de ce contrat, couplée à une protection centrée sur la vie de couple commune qui le caractérise. L'objectif affiché par cette idée est clair : « au moyen de la répression d'abord, puis de la protection ensuite, le droit pénal permet de passer d'un partenariat fondé sur une communauté de biens, à la définition d'une union centrée sur la "conjugalité" »⁷³¹. Le paradoxe est cependant à nuancer puisque l'utilisation abusive qu'un partenaire pourrait faire de son contrat peut être seulement appréhendée au travers des règles répressives de droit commun. Cette restriction nuance le caractère inexistant de l'intervention pénale et témoigne de l'impact incident que peut avoir la conclusion du pacte sur l'application des règles répressives.

⁷³⁰ Fr. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *art. préc.* L'auteur précise à cet égard que le droit pénal est susceptible de dessiner les contours du PACS par les moyens de la répression et de la protection. Le droit répressif est décrit comme mettant en œuvre une approche plus réaliste que celle du droit civil quant à la perception de l'existence d'un foyer élargi pouvant esquisser « l'ébauche d'une certaine entité familiale nouvelle ».

⁷³¹ *Ibid.* L'auteur précise que « l'appréhension du PACS par le droit se fait en deux temps » et que « si la répression s'applique à l'abus du PACS, la protection garantit le fondement du PACS ». La conjugalité entendue au sens large n'est plus réservée au mariage. Elle peut embrasser toutes les formes de vie de couple et se distinguer de la *matrimonialité*.

B. L'impact incident de la conclusion du pacte sur l'application des règles répressives

169. - Puisque le lien de partenariat n'est pas spécifiquement protégé par le droit pénal, qui l'exclut même délibérément de sa sphère, l'impact que peut avoir la conclusion d'un pacte civil de solidarité sur l'application des règles répressive relève de l'accessoire. La répression des effets que peut produire la formation de ce contrat ne fait pas l'objet d'infractions particulières. Les conséquences de sa création sont simplement appréhendées de façon incidente à travers l'application des règles répressives de droit commun et ne peuvent participer du droit pénal de la famille. Si le pacte civil de solidarité n'est pas appréhendé par le droit pénal, son existence est cependant susceptible d'entraîner des retombées répressives dans certaines circonstances. Par la double nature qui le caractérise, le pacte civil de solidarité donne naissance à un contrat patrimonial ainsi qu'à un contrat de vie commune. Le contrat initial se divise en deux sous-ensembles de nature différente qui n'ont pas le même objet. Le premier se situe du côté de la gestion du patrimoine commun, alors que le second se concentre sur la vie de couple. Le droit pénal est dès lors susceptible d'intervenir sur les deux versants. Il peut tantôt sanctionner « les fraudes susceptibles d'être commises au contrat patrimonial »⁷³² et étend tantôt « sa répression aux fraudes commises à l'encontre du contrat de vie commune »⁷³³.

170. - Le pacte civil de solidarité peut notamment être conclu à des fins utilitaires et qualifié de pacte de complaisance⁷³⁴, « chaque fois que la promesse de conclure le contrat détermine la remise d'un avantage »⁷³⁵ ou que son application donne lieu à une appropriation frauduleuse des biens du partenaire. Seuls les agissements répréhensifs commis entre partenaires sont susceptibles d'entrer dans le champ de cette étude, puisqu'ils peuvent concerner le lien structurel ou relationnel de partenariat⁷³⁶. La sanction de l'altération du lien structurel de partenariat passe nécessairement par la répression générale de la fraude que constitue l'escroquerie au pacte civil de solidarité, par l'abus de faiblesse commis à l'encontre de son partenaire, préalablement à la conclusion de l'union ou pendant son déroulement ou par l'appropriation illicite des biens de son partenaire⁷³⁷. La répression des atteintes qui

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ *Ibid.*

⁷³⁴ L'expression est empruntée à Fr. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 276.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ Les fraudes commises par les partenaires contre les tiers, qui constituent les comportements les plus fréquents, sont nécessairement exclues du champ des infractions familiales puisqu'elles ne concernent ni la protection du lien structurel de couple, ni celle du lien relationnel de partenariat.

⁷³⁷ V. en ce sens les développements de Fr. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 277 qui considère que l'escroquerie au PACS peut être réprimée si elle est corroborée par des éléments extérieurs, ainsi que l'appropriation illicite des biens du partenaire se produisant durant l'exécution du contrat. L'auteur relève dans le même temps que, si les pressions ou contraintes nécessaires sont caractérisées, « la personne qui abuserait d'une situation de faiblesse ou de dépendance de l'autre pour se faire accorder des

peuvent être causées au lien structurel de partenariat est donc dérisoire, puisque la plupart des fraudes concernent le lien relationnel de partenariat. Qu'elles concernent le vol, l'escroquerie ou l'abus de faiblesse, ces fraudes relèvent uniquement du droit commun et n'ont aucunement pour objet la protection du lien structurel de couple⁷³⁸. Le facteur familial reste totalement indifférent et leur répression relève de la protection générale du droit de propriété et de la liberté de consentement des personnes. Partant, il n'est nullement envisageable de les inclure dans la classification des infractions familiales. Le lien de partenariat juridicisé fait incontestablement l'objet d'une judiciarisation, cette dernière ne semble pas embrasser le domaine du droit pénal de la famille. L'indifférence dont le droit répressif fait preuve à l'égard du lien structurel de partenariat résulte du désintéret général qu'il démontre à l'égard des unions extraconjugales. Les conséquences répressives incidentes, qui peuvent être engendrées par ce lien, appellent cependant à nuancer quelque peu le propos pour constater une indifférence relative, qui donne toutefois lieu à une protection pénale dérisoire du lien de partenariat. De relatif, le détachement devient absolu lorsque l'union libre est concernée, puisqu'il se manifeste par une protection pénale inexistante du lien structurel de concubinat.

§2. Une protection pénale inexistante du lien de concubinat

171. - Le concubinage se définit comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »⁷³⁹. La définition juridique dont il fait l'objet appelle à relativiser son absence d'encadrement juridique. Cette union factuelle n'est toutefois pas dotée d'un régime juridique particulier et ne dispose guère d'un statut d'ensemble complet et uniforme. Le concubinage reste toujours une façon de vivre en couple « hors le droit »⁷⁴⁰. Le choix délibéré de cette forme de vie de couple, qui consiste à se passer du droit, a longtemps engendré en retour l'ignorance de ce dernier⁷⁴¹. L'union libre bénéficie désormais d'une définition juridique, mais son absence de statut légal persiste et interdit de la faire passer du fait au droit. Si concubinage rime toujours avec exclusion du juridique, il n'est

libéralités, pourrait relever du délit de l'article 313-4 » du Code pénal. L'appropriation frauduleuse que constitue « le vol d'un bien propre ou celui d'un bien indivis » est en dernier lieu susceptible d'être sanctionnée et pourra « relever de l'escroquerie commise dans le PACS » si un partenaire dispose des biens indivis à l'encontre de l'autre après avoir frauduleusement abusé de la qualité vraie de gérant de l'indivision.

⁷³⁸ L'absence de vie commune pourra par ailleurs être à l'origine de la répression des pactes de complaisance qui seront envisagés sous l'angle de la protection du lien relationnel de couple. V. *infra*, n° 345 et s.

⁷³⁹ C. civ., art. 515-8.

⁷⁴⁰ D. FENOUILLET, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 285, p. 248.

⁷⁴¹ Cette affirmation n'est pas sans rappeler la formule attribuée à Napoléon Bonaparte lors des travaux préparatoires du Code civil de 1804 : « Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux ».

cependant plus certain que cette indifférence au droit doit toujours provoquer l'indifférence du droit.

172. - Si le concubinage constitue une forme de couple désormais répandue, il souffre toujours d'un statut répressif marginalisé. L'appréhension pénale de la conjugalité de fait est extrêmement rare et la réalité sociale constituée par cette union demeure exclue du champ de la pénalisation. L'absence d'institutionnalisation du lien de concubinat empêche en effet logiquement son encadrement répressif. La protection de la formation et de la perpétuation du lien structurel de concubinat ne peut exister quand elles sont précisément exemptes d'encadrement juridique et de régime obligationnel. En d'autres termes, cette sanction serait un non-sens, dès lors qu'il est impossible de contrevenir à des règles formelles qui n'existent proprement pas. Si l'interprétation stricte de la loi pénale interdit d'étendre la protection des principes monogamique et exogamique à une union extramatrimoniale de droit, cette prohibition doit être respectée avec encore plus de vigueur en ce qui concerne une union factuelle. Toute analogie en ce sens doit être logiquement proscrite. Dans sa formation comme dans sa perpétuation, le lien de couple factuel de concubinat est totalement ignoré du droit pénal. Dans son acception relationnelle, le lien de concubinat peut néanmoins être indirectement considéré par le droit répressif. Le concubin est protégé en tant que personne et se voit parfois assimilé au partenaire ou au conjoint lorsque son intégrité physique ou psychique est atteinte⁷⁴². Les infractions spécifiques relatives au mariage ou au conjoint lui resteront cependant étrangères et seront inapplicables à sa situation ou à sa personne.

173. - Qu'il concerne le couple vivant en union libre ou le couple pacsé, le lien structurel de couple extramatrimonial bénéficie globalement d'un statut répressif marginal, voire inexistant. Ce désintérêt actuel, qui est principalement la conséquence de la stricte application d'un droit qui s'en détache volontairement⁷⁴³, aboutit à l'exclusion du champ répressif du lien structurel de partenariat et, à plus forte raison, de concubinat. Dans une dimension prospective qui s'écarte du raisonnement à droit constant, ce même principe pourrait au contraire se voir correctement appliqué si le droit pénal choisit de se modifier dans le sens de la prise en compte de ces liens. L'argumentaire ne doit pas être principalement fondé sur la bonne application du principe mais sur l'objet auquel il se rapporte. Les liens de couple extramatrimoniaux ne sont pas considérés en eux-mêmes par le droit pénal. Si cette désaffection semble légitime, elle peut paraître paradoxale quand le regard se tourne vers l'étude du lien relationnel de couple. Le paradoxe n'est cependant qu'apparent, car si les

⁷⁴² L'émergence pénale de la qualité de concubin sera étudiée sous l'angle du lien relationnel de couple. V. *infra*, n° 345 et s.

⁷⁴³ Le principe de la stricte interprétation de la règle répressive pourrait au contraire mener à les prendre en compte si ces liens étaient juridiquement considérés par le législateur.

atteintes portées au partenaire et au concubin sont pénalement appréhendées, elles le sont avant tout par rapport à leur qualité de personne et ne se justifient pas par leur statut conjugal. Les deux entités formatrices du couple sont regardées dans leur individualité, qui nécessite davantage de protection. Le paradoxe reprend cependant toute sa vigueur quand l'intérêt se tourne vers la conception que le droit pénal adopte à l'égard du lien familial dans la répression des infractions. S'il n'attribue aucune spécificité aux atteintes portées au lien partenarial et de concubinat dans la création des infractions, il les assimile souvent au lien matrimonial en ce qui concerne la répression des infractions de droit commun. Le droit répressif adopte une conception très élargie du lien de couple lorsqu'il s'agit d'aggraver la répression de certaines atteintes physiques ou psychiques portées à l'un de ses membres. Les trois formes de conjugalité se voient totalement assimilées du point de vue de l'aggravation de la répression, qui va même bien au-delà quand elle inclut le lien de couple défait ou le lien factuel d'autorité, et s'apparente parfois à un droit pénal des proches. Entre exclusion globale du lien structurel de couple et inclusion exacerbée de son lien relationnel, l'appréhension pénale du lien extramatrimonial s'avère totalement antinomique⁷⁴⁴.

⁷⁴⁴ Lorsqu'il s'agit d'aggraver la répression, le lien familial pénal sera alors entendu bien plus largement que le lien familial saisi par le droit de la famille. Cette antinomie sera détaillée au titre de l'étude de l'aggravation générée par le lien relationnel de couple. V. *infra*, n° 275.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

174. - L'analyse de l'appréhension répressive du lien structurel de couple révèle une protection pénale partielle. Dans son acception matrimoniale, le lien de couple est protégé de façon relative. Le moment de la formation de ce lien ne fait l'objet d'aucune protection contre les atteintes internes. Les volontés individuelles de couple sont instrumentalisées par le droit répressif qui assoit une protection apparente de l'ordre public familial. La liberté matrimoniale s'exprime fictivement à travers la protection illusoire du consentement à l'union. Le constat de l'incomplétude est encore plus manifeste au sujet des atteintes externes au lien matrimonial volontaire, dont l'examen révèle une répression totalement obsolète qui doit mener au retrait du droit pénal. La protection pénale de la perpétuation du lien conjugal de couple ne suscite guère plus d'espoir. Si elle existe, elle reste toutefois limitée et ne s'oriente pas non plus vers la protection première du lien de couple qui structure l'institution familiale. L'étude de la protection répressive du lien matrimonial contre les atteintes qui proviennent du milieu familial démontre une protection pénale affaiblie par une répression lacunaire et incohérente du principe monogamique. Pour sa part, celle qui encadre le principe exogamique relève désormais du domaine de la chimère et se désintéresse de ce lien. L'encadrement répressif des atteintes externes dont il peut être victime augmente cette insuffisance, puisqu'il met au jour l'incertitude de fondements qui engendrent une appréhension répressive imparfaite. Si le lien matrimonial de couple fait l'objet d'une protection pénale sectorielle et imprécise, le lien de couple extraconjugal amplifie cette déficience et reste un non-sujet du droit répressif. Ce dernier témoigne en effet d'un manque global de considération à son égard, qui se caractérise par une protection dérisoire du lien structurel de partenariat et se concrétise par une protection inexistante du lien structurel de concubinat.

175. - La tendance globale est celle de l'indifférence du droit pénal pour le lien structurel de couple. Le constat, qui peut surprendre, est regrettable pour un droit qui affiche la famille comme une valeur sociale digne de protection, mais qui l'utilise en réalité pour la satisfaction d'intérêts différents. Si la considération répressive existe à son égard, il est certain qu'elle ne se manifeste pas à travers l'encadrement du lien structurel de couple. Dans les cas où la cohérence n'appelle pas à les exclure du domaine de la répression, ces comportements méritent d'être pris en compte au titre des atteintes à l'institution étatique ou aux personnes, et ne constituent nullement des infractions familiales. La fragmentation de cette protection peut dans une certaine mesure être imputée au caractère fluctuant qui marque le couple contemporain. La liberté qui le caractérise entraîne son instabilité. La fragilité inhérente au lien structurel de couple ne se retrouve cependant pas dans le lien structurel de filiation, qui

demeure immuable. Malgré « l'autonomisation des projets parental et conjugal »⁷⁴⁵ qui peut exister, cette durabilité a eu pour conséquence le fait que « nos sociétés se sont résolument inscrites dans cette nouvelle perspective : un mouvement de renforcement législatif du lien parental a pris le relais du mouvement de désinstitutionnalisation du lien conjugal »⁷⁴⁶. La fragilité du lien structurel de couple conduit à l'incomplétude de sa protection pénale alors que la solidité du lien de filiation lui attribue une protection renforcée. Cette dernière n'est malheureusement pas uniforme et reste relative du point de vue de son efficacité. Son examen révèle en effet une protection pénale irrégulière du lien structurel de filiation, dont l'étude est nécessaire à la compréhension globale de l'appréhension pénale des structures familiales.

⁷⁴⁵ J. MARQUET, « Couple parental – couple conjugal, multiparenté – multiparentalité, Réflexions sur la nomination des transformations de la famille contemporaine », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, « Penser la pluriparentalité et la pluriparenté », 2010, vol. 41, n° 2, p. 51.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

CHAPITRE 2 - LA PROTECTION PÉNALE IRRÉGULIÈRE DU LIEN STRUCTUREL DE FILIATION

176. - Permanent et immuable, le lien structurel de filiation semble à première vue contribuer à la continuité de l'institution familiale. L'indéfectible parenté se pose alors comme relais indispensable au lien structurel de couple, par essence destructible⁷⁴⁷. Les deux types de liens structurels s'inscrivent de la sorte dans un mouvement d'autonomisation et entretiennent des relations complexes. Le passage du couple conjugal au couple parental est souvent décrit comme la résultante d'un processus de maturation des individus membres du couple, qui se reconnaissent dans leur nouvelle fonction⁷⁴⁸. Le lien de filiation n'est pas nécessaire à la création de la structure familiale, qui peut exister en son absence. Il est néanmoins indispensable à sa perpétuation dès que la famille ne repose plus sur le lien de couple. La protection pénale du lien de filiation, par essence permanent, devrait donc logiquement être mieux assurée que celle qui entoure le lien de couple. Pourtant, la protection pénale accordée au lien de filiation présente en réalité bien des imperfections.

177. - Contrairement à ce qui a été démontré au sujet du lien structurel de couple, la protection pénale du lien structurel de filiation ne souffre pas d'un problème d'étendue quantitative. Elle englobe de façon égalitaire tous les types de filiations, mais s'avère néanmoins irrégulière au sein du domaine qu'elle recouvre. La problématique dans laquelle elle s'insère se situe du côté de son étendue qualitative. La protection répressive du lien structurel de filiation se révèle imparfaite, puisqu'elle s'applique de façon différenciée. Le droit de la famille met sur un pied d'égalité les filiations légitime, naturelle et adoptive, parmi lesquelles la distinction n'a plus lieu d'être⁷⁴⁹. Il ne se contente pas du lien de droit, mais

⁷⁴⁷ V. pour la même idée les développements de M. BOISSON, « Petit lexique contemporain de la parentalité. Réflexions sur les termes relatifs à la famille et à leurs usages sociaux », in P. GRELLEY (dir.), *Nouvelles figures de la parentalité*, IS, CNAF, vol. 5, n° 149, 2008, p. 11, qui considère que la parentalité permet de dissocier le conjugal et le parental, car la filiation n'est plus indissociable de l'alliance et intègre désormais les multiples composantes de « l'être parent ». La notion de parentalité est dans le même temps parfois utilisée pour décrire les nouvelles formes de conjugalité et de vie familiale, ainsi que pour exprimer les responsabilités des parents et stigmatiser leur échec à travers la mise en exergue de leurs défaillances, comme en témoigne le nouveau contrat de responsabilité parentale qui témoigne d'une immixtion dans la sphère familiale des pouvoirs publics qui lui dicte à nouveau des règles de conduite. Les nouvelles configurations factuelles induisent alors des nouvelles terminologies formelles dont l'utilisation peut engendrer des effets contradictoires.

⁷⁴⁸ V. not. les développements de S. LEOVICI, R. DIATKINE et M. SOULÉ (dir.), *Nouveau traité de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p. 2, qui qualifient de « parentification » le processus par lequel l'individu devient parent.

⁷⁴⁹ La référence terminologique aux différents types de filiation a été supprimée par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159. L'article 310 du Code civil dispose de ce fait que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère » et qu'« ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».

attache de nombreux effets au lien de fait vécu et aux volontés individuelles⁷⁵⁰. Le soutien pénal accordé au lien structurel de filiation se montre cependant limité et le droit répressif semble asseoir partiellement son autonomie en cette matière.

178. - Le lien de filiation recouvre plusieurs réalités et peut tout autant se rapporter à un fondement biologique que reposer sur l'expression des volontés individuelles. La vérité affective occupe une place de choix dans l'établissement contemporain de la filiation. Dans sa dimension biologique, le lien de filiation a essentiellement trait aux rapports charnels, mais peut aussi s'écarter de son caractère naturel lorsque la procréation devient médicalement assistée. Ce lien inclut dans tous les cas la notion de parenté et s'oppose à la parentalité, qui peut être liée au lien de filiation affectif. La parenté se rapporte au lien de filiation alors que la parentalité est liée à l'autorité parentale⁷⁵¹. La parenté inclut donc généralement la parentalité, mais la parentalité peut parfois exister sans parenté⁷⁵². La filiation est finalement un lien de parenté juridique, qui ne se restreint pas à sa dimension biologique. En lui accordant une protection différenciée, le droit répressif distingue à l'endroit où le droit familial ne distingue pas. Le « désir d'enfant »⁷⁵³ participe désormais aux revendications du couple⁷⁵⁴. Partant, « être parent devient une revendication de nos sociétés modernes »⁷⁵⁵, dont le droit répressif

⁷⁵⁰ Si elle a le mérite de se conformer à la réalité, cette vision ne fait qu'augmenter la difficulté. V. D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 23, p. 64 : « ce souci de composer entre des fondements divers conduit à un droit tout de nuances – d'hésitations ? –, ce qui retentit naturellement sur les incriminations pénales ». Dans cette conception, les incertitudes du droit de la famille concernant l'étendue de la filiation résonneraient directement sur l'appréhension pénale de ce lien.

⁷⁵¹ Pour des précisions relatives à cette distinction, v. D. FENOUILLET, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », in *La famille en mutation*, *Arch. phil. dr.*, 2014, T. 57, p. 95.

⁷⁵² La parentalité peut être entendue comme un terme qui désigne de façon très large la fonction d'être parent et se rapporte aux responsabilités juridiques, morales et éducatives. V. G. NEYRAND, V° « Parentalité », in J.-Y. BARREYRE et Br. BOUQUET (dir.), *Nouveau dictionnaire critique d'action sociale*, Bayard, 2006, pp. 404-406 : la parentalité « n'est pas une notion juridique, elle rend compte d'un changement de perspective sur les situations parentales, en incluant dans l'analyse des rapports parentaux non seulement la dimension de la désignation socio-juridique des liens de parenté, mais aussi celle des situations de fait ». V. aussi les propos de Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La filiation en question », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, A. DONVAL, Ph. JEAMMET et N. ROULAND (dir.), *Inventons la famille*, Bayard, coll. « Société », 2001, p. 18, qui insiste sur le caractère exclusif de la parenté et qui considère qu'elle « s'inscrit dans une lignée généalogique ».

⁷⁵³ L'expression est empruntée à Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *RSC*, 1986, n° 2, p. 275, qui le définit de façon très actuelle comme un « état psychologique intime que les pouvoirs publics tendent même à susciter », qui se rapporte aux « passions de l'âme qui, lorsqu'elles ne peuvent être satisfaites par des moyens licites, peuvent conduire à enfreindre la loi ».

⁷⁵⁴ V. G. DELAISI DE PARSEVAL et A. JANAUD, *L'enfant à tout prix*, Seuil, 1983, p. 21. Les auteurs précisent que, « symbole de la pérennité de l'espèce, l'enfant est aussi celui de l'identité sexuelle, de l'intégrité physique et de l'intégration sociale de l'individu et du couple » et que, « de nos jours, avoir un enfant est devenu un *must* dans le système de représentations de l'individu et de la famille ». V. dans le même sens G. DELAISI DE PARSEVAL, *Famille à tout prix*, Seuil, 2008, p. 27. La psychanalyste évoque l'idée d'un lien social spécifiquement organisé autour de la procréation.

⁷⁵⁵ C. AMBROISE-CASTÉROT, « Les infractions parentales », *D.*, 2013, p. 1846 : l'auteur précise à ce titre qu'« il n'y a pas de droit sans son pendant pénal » dans notre système juridique et que « la notion de parent, creuset du droit de la famille, est devenue un axe de réflexion du droit pénal de plus en plus riche, la matière répressive accompagnant l'évolution de la société et des mœurs ».

ne peut totalement se désintéresser. La protection pénale embrasse tous les types de filiations, mais diffère en fonction de l'origine de ces derniers. La répression accorde ainsi une place particulière à la protection de la volonté individuelle. La protection pénale du fondement biologique du lien de filiation souffre alors de nombreuses restrictions (*Section 1*), quand celle qui entoure son fondement volontaire existe mais reste modulée (*Section 2*).

SECTION 1. LA PROTECTION PÉNALE LIMITÉE DU LIEN DE FILIATION BIOLOGIQUE

179. - Le lien biologique se rapporte à un modèle de filiation basé sur la généalogie, qui est pendant longtemps allé de pair avec la primauté de l'institution du mariage⁷⁵⁶. Le système de la filiation a cependant évolué à mesure de la libéralisation du lien de couple et de la diversification des formes et recompositions familiales. Si l'organisation de la filiation est moins évolutive que l'institution familiale, elle a tout de même su s'adapter aux nouvelles formes de vie familiale. La famille peut en effet être considérée comme « l'élément actif ; elle n'est jamais stationnaire, mais passe d'une forme inférieure à une forme plus élevée, à mesure que la société se développe d'un degré inférieur à un degré plus élevé. Par contre, les systèmes de parenté sont passifs ; ce n'est qu'à de longs intervalles qu'ils enregistrent les progrès que la famille a fait au cours du temps, et ils ne subissent de transformation radicale que lorsque la famille s'est radicalement transformée »⁷⁵⁷. Si le fondement biologique ne constitue assurément plus le seul support du lien de filiation, qui assoit désormais dans le même temps une origine factuelle, il n'en constitue pas moins une dimension essentielle et toujours majoritaire.

180. - Lorsqu'il structure la filiation, le lien biologique résulte généralement d'un échange charnel librement consenti entre deux protagonistes, souvent désireux d'accéder au statut de parent. Le lien biologique de filiation peut aussi parfois s'écarter du caractère naturel de la procréation et émaner d'une procréation artificielle, issue de l'assistance médicale. Si la procréation médicalement assistée se détourne alors du caractère charnel de son versant naturel, elle n'en reste pas moins une filiation fondée sur un échange biologique. Dans ces configurations, l'établissement consensuel du lien de filiation des deux parents à l'égard de

⁷⁵⁶ Bien qu'il soit possible de les distinguer, les liens biologiques et généalogiques seront assimilés dans cette recherche pour des soucis de simplification. V., pour des précisions sur cette distinction, les développements de I. THÉRY, « Différence des sexes et différence des générations, l'institution familiale en déshérence », *Esprit*, 1996, n° 227, pp. 65 et s. L'auteur discerne les composantes biologique, domestique et généalogique de la filiation et différencie à ce titre les géniteurs, ceux qui élèvent l'enfant et ceux que la loi désigne comme les parents.

⁷⁵⁷ L.-H. MORGAN, *Ancient Society*, *op. cit.*, p. 435.

leur enfant se produit habituellement sans heurts. Les parents prennent en effet la double figure de créateurs et de protecteurs du lien qui les unit à leur progéniture. L'attachement qui naît de l'assemblage physique des patrimoines biologiques induit naturellement un réflexe défensif à l'égard de toute attaque susceptible de troubler cette relation. Dans la majorité des cas, l'offensive provient alors de l'extérieur. L'incursion dans la tranquillité de la filiation est généralement et logiquement extrinsèque au milieu familial. Les géniteurs se placent finalement le plus souvent en victime de l'atteinte au lien qu'ils s'emploient à créer. Puisqu'elles peuvent porter un préjudice inéluctable au lien de famille structurel et corollairement à la structure familiale globale, les atteintes externes au lien biologique de filiation prennent la coloration d'infractions familiales et constituent une réalité qui ne doit pas être éludée de l'objet de cette étude. Si elles ne constituent pas réellement des infractions familiales, il est toutefois nécessaire de les connaître pour mieux les encadrer. Dans un souci d'appréhension globale de la protection pénale du lien structurel de filiation et à l'instar de la méthode comparatiste qui a été mise en œuvre lors de l'étude du lien structurel de couple, il convient donc de les mettre en perspective avec les atteintes intrinsèques à la famille, pour savoir les en différencier davantage.

181. - L'atteinte au lien biologique de filiation, qui provient directement du milieu familial, se produit plus rarement. Les ascendants manifestent une propension naturelle à la protection de ce lien. Dans une perspective contraire, les parents, qui en sont les acteurs centraux, sont cependant les plus à même de porter une réelle atteinte au lien de filiation. L'inversion de cette tendance témoigne d'un conflit entre cette disposition innée et un désir d'obturation, voire de destruction du lien. Cette contradiction s'insère dans un schéma complexe puisqu'elle peut, d'une part, être imputée à des causes très diversifiées et, d'autre part, se voir alternativement interne à la conscience d'un seul parent ou membre de la famille ou relever d'une volonté partagée par les fondateurs du lien. Si l'offense peut à la fois être portée au lien qui structure la famille et à l'enfant qui en est le sujet principal, cette concordance n'est pas automatique. Il est primordial de rappeler qu'une atteinte au lien de filiation n'entraîne pas nécessairement une atteinte au sujet de ce lien. Assez curieusement, l'atteinte au lien aura parfois pour motif principal la croyance en la protection de l'enfant. La plupart du temps, l'altération du lien entraîne malheureusement une atteinte à la personne de l'enfant. Ce dernier prendra alors tristement la figure de victime innocente d'une situation imposée et désirée uniquement par celui ou ceux qui lui portent atteinte. Si la survenue des atteintes internes au lien biologique de filiation est minoritaire, elle n'en est pas pour autant exempte de gravité. Parce qu'elles détruisent au lieu de protéger, leur dangerosité est inversement proportionnelle à leur fréquence et leur étude est essentielle à la préservation de l'harmonie des filiations. La perpétuation pacifique du lien biologique de filiation peut finalement être inquiétée tant par un tiers au milieu familial que par un membre de la famille. Dès lors

qu'elles constituent les deux aspects d'une même réalité, il est nécessaire de se concentrer sur les atteintes qui lui sont directement portées de l'intérieur (§1), pour les mettre en perspective avec les atteintes indirectes qui proviennent de l'extérieur (§2).

§1. Les atteintes internes au lien biologique de filiation

182. - Quand elle se produit au cœur de l'intimité familiale, l'atteinte au lien biologique de filiation recouvre à son tour de multiples aspects. La relation familiale verticale peut être altérée par plusieurs biais et à des stades différents de son existence. L'atteinte peut concerner un seul lien de filiation et toucher uniquement son propre descendant. Elle peut cependant parfois inclure un lien de filiation extérieur au milieu familial qu'elle heurte dans le même temps. Dans ce second cas, l'ascendant prend la double casquette de perturbateur interne de son propre lien de filiation et de perturbateur externe du lien de filiation qui structure une autre famille. L'atteinte peut par ailleurs se situer à divers échelons du processus de création du lien. Le droit répressif est tant susceptible d'intervenir pour protéger l'établissement du lien biologique de filiation (*A*) que de s'étendre à la protection de la vérité du lien biologique d'ores et déjà établi (*B*).

A. L'atteinte à l'établissement du lien biologique de filiation

183. - La notion d'établissement peut se rapporter au processus d'installation durable d'un objet dans une réalité tangible. Rapportée au lien de filiation, l'action d'établir revient à ancrer solidement son existence au sein d'un milieu familial et d'une société déterminés. Dans sa dimension biologique, ce lien devient effectif à travers la naissance de l'enfant. Le mécanisme d'établissement du lien s'étend cependant davantage dans le temps et ne se confond pas uniquement avec le moment de l'apparition matérielle du lien, qui se concrétise par l'accouchement. Si elle désire embrasser ce lien dans l'intégralité de son instauration, l'action répressive doit se poser la question de la protection du lien biologique de filiation en devenir concernant l'enfant à naître, avant de s'intéresser à celle du lien biologique de filiation de l'enfant nouvellement né. Eu égard à l'obscurité qui entoure l'épineuse question du commencement de la vie, la potentialité du lien biologique de filiation souffre nécessairement d'une protection pénale très incertaine (*1*), quand celle de la création de ce lien est à l'inverse plutôt assurée, mais extrêmement restreinte (*2*).

1. La protection pénale inexistante de la potentialité du lien biologique de filiation

184. - Le lien biologique de filiation se trouve par essence fragilisé tant qu'il ne s'est pas concrétisé par l'existence effective d'un enfant né vivant et viable. L'étude de la protection de sa potentialité ramène directement à la délicate question de la temporalité de la vie humaine et du statut pénal qui doit être accordé à l'enfant à naître. Cette dernière problématique est extrêmement complexe à appréhender puisqu'elle se situe aux confins d'enjeux politiques, philosophiques, sociaux, éthiques, moraux et religieux. L'interruption de grossesse demeure « une question qui divise fondamentalement la société en général, les politiques et les juristes en particulier »⁷⁵⁸. Le statut juridique attribué à l'embryon et au fœtus est empreint d'une diversité spatiale et temporelle qui augmente sa complexité⁷⁵⁹. Par l'enchevêtrement et la variété qui le caractérisent, le statut juridique de l'enfant à naître suscite beaucoup d'interrogations et est sujet à de nombreuses controverses⁷⁶⁰. La protection pénale du lien

⁷⁵⁸ J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le droit et l'interruption de grossesse », *LPA*, 1996, n° 69, p. 19. L'auteur précise à ce titre que « l'interruption de grossesse demeure l'une des questions juridiques et éthiques les plus importantes de notre époque, notamment à cause du regard que les progrès et les réalisations scientifiques en matière de procréation assistée obligent à porter sur l'embryon ».

⁷⁵⁹ V. not. sur la question de cette diversité, Ph. PÉDROT, « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP G*, 1991, I, n° 3, p. 3483. L'auteur démontre notamment que la difficulté d'établissement d'un consensus éthique aboutit à une pluralité de régimes juridiques pouvant s'avérer néfaste à l'efficacité de la protection. Il milite en faveur d'une harmonisation des droits accordés à l'embryon et au fœtus, qui doivent être reconnus en leur qualité de personne humaine potentielle, digne de protection juridique. Une des clefs de résolution de ce débat tiendrait en la préférence du statut juridique au statut ontologique. Les questions du statut de l'enfant à naître et du commencement de la vie font en définitive l'objet d'un dissensus, qui explique tant la réserve que le malaise des juges européens. V. not. en ce sens les développements de J. PRADEL, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *D.*, 2004, p. 2456, à propos de l'arrêt Cour EDH, 8 juillet 2004, *Vo c/ France*, Recueil des arrêts et décisions 2004-VIII. V. enfin les développements de A. DORSNER-DOLIVET, « Les infractions en matière d'éthique biomédicale – Respect et protection du corps humain », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 16 à 16-13, n° 75 et s., qui dénonce une protection négligée de l'embryon humain qui reste « toujours à la recherche d'un statut ».

⁷⁶⁰ Les oppositions doctrinales et jurisprudentielles qui concernent l'application du délit d'homicide involontaire à l'enfant à naître témoignent bien de ces difficultés. V. not. en ce sens, J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant à naître », *D.*, 2001, p. 2907 ; J. SAINTE-ROSE, M.-L. RASSAT et P. SARGOS, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *JCP G*, 2001, II, n° 29, p. 10569 ; J. HAUSER, « L'Assemblée plénière et le fœtus : brèves remarques », *RTD Civ.*, 2001, p. 560 ; A. TERRASSON DE FOUGÈRES, « Le fœticide », *RDSS*, 2001, n° 4, p. 829, à propos de la décision *Cass. ass. plén.*, 29 juin 2001, *Bull. A. P.*, n° 8, qui s'oppose, au nom du principe de légalité des délits et des peines, couplé à son corollaire de l'interprétation stricte de la loi pénale, à ce que « l'homicide involontaire d'autrui, soit étendu au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon et le fœtus ». Cette solution, qui ne s'oppose en rien à la licéité de l'interruption de grossesse, n'a toutefois pas tardé à faire émerger un consensus doctrinal quant à son manque de clarté et à la trop grande sobriété de sa motivation. V. not. l'analyse de P. MURAT, « La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ? », *Dr. fam.*, 2001, n° 11, p. 10, à propos de la décision *Cass. ass. plén.*, 13 juillet 2001, *Bull. A. P.*, n° 10, qui considère que les hauts magistrats délivrent ici « un message pour le moins perturbant et guère convaincant », puisque « la solution fait naître un certain nombre d'incohérences flagrantes », qui se manifestent « tant du point de vue de la technique juridique que de celui du bienfait social ». Les critiques, pourtant nombreuses, n'ont cependant pas été entendues puisque la solution a par la suite été réaffirmée à plusieurs reprises. V. not. les développements de J. PRADEL, « La Chambre criminelle continue d'ignorer l'enfant à naître », *D.*, 2002, p. 3099 ; Fr. PLANCKEEL, « La naissance pénale de l'enfant », *D.*, 2003, p. 660, à propos de la décision *Cass. crim.*, 25 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 144, p. 531. V. aussi les commentaires de I. CORPART, « Une confirmation sans appel de l'absence de reconnaissance pénale pour le

biologique de filiation en devenir s'apparente à un problème inextricable, nécessairement placé sous l'ombre du doute. Si l'incertitude gouverne cette question, il s'avère tout de même essentiel, à l'heure où « il devient de plus en plus indispensable pour lutter contre l'émiettement du droit de garder une architecture d'ensemble aisément perceptible pour le juriste comme pour la société »⁷⁶¹, de tirer quelques convictions de l'obscurité.

185. - La clarté a en grande partie été apportée par la dépénalisation partielle de l'avortement⁷⁶². Ce dernier, qui était originellement punissable hormis lorsqu'il était pratiqué de façon thérapeutique en cas de péril pour la vie de la mère, a en effet fait l'objet d'une dépénalisation progressive, marquée par le passage de l'interdiction à la licéité de principe⁷⁶³. L'interruption de grossesse⁷⁶⁴ est depuis lors autorisée sous certaines conditions, mais reste spécifiquement encadrée. Le champ d'application occupé par les atténuations est cependant si étendu que le principe semble être devenu l'exception. La tendance paraît même s'être totalement inversée, puisque le droit répressif est venu instaurer un délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse⁷⁶⁵. L'arsenal répressif relatif à l'interruption de grossesse fait désormais partie des règles dans lesquelles « la mort l'emporte sur la vie »⁷⁶⁶. Si le comportement n'a pas été totalement dépénalisé, sa répression s'est graduellement amoindrie et ce qui constituait autrefois une infraction pour la femme désireuse de mettre fin à sa grossesse est d'abord devenu un droit subjectif pour être par la suite érigé au rang de

foetus ? », *Dr. fam.*, 2005, n° 7, p. 172, à propos de la décision CA Metz, 17 février 2005, inédit, juris-data n° 2005-272776. Si le foetus survit, ne serait-ce que de brefs instants, il pourra cependant devenir autrui au sens du droit pénal et être considéré comme la victime d'un homicide ou de blessures par imprudence. V. not. sur cette question, P. HENNION-JACQUET, « Le droit pénal n'est pas l'armurier des innocents : à propos de la protection pénale de l'enfant conçu », *RDSS*, 2008, p. 67, à propos de la décision *Cass. crim.*, 2 octobre 2007, *Bull. crim.*, n° 234. L'auteur dénonce le paradoxe de la protection pénale de l'enfant à naître qui résulte d'une qualification conditionnée à des critères étrangers à la matière répressive.

⁷⁶¹ P. MURAT, « La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ? », *art. préc.*

⁷⁶² L'article 317 de l'ancien code pénal qui réprimait la pratique abortive indépendamment de la question du consentement de la femme enceinte a été abrogé par la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975, dite « loi Veil », relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG), *JORF* du 18 janvier 1975, p. 739. Cette réforme, d'abord provisoire, a par la suite été rendue définitive par la loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979, dite « loi Pelletier », *JORF* du 1^{er} janvier 1980, p. 3.

⁷⁶³ V. not., pour davantage de précisions, les développements de A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC*, 2000, p. 47.

⁷⁶⁴ Il convient de noter qu'il n'est terminologiquement plus exact de parler d'avortement au titre du droit pénal puisque seul le vocable d'interruption de grossesse figure désormais dans notre arsenal répressif.

⁷⁶⁵ Cette infraction a été créée par la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, dite « loi de Neiertz », *JORF* n° 25 du 30 janvier 1993, p. 1576, puis modifiée par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JORF* n° 156 du 7 juillet 2001, p. 10823. L'article L. 2223-2 du Code de la santé publique réprime désormais « le fait d'empêcher ou de tenter d'empêcher une interruption de grossesse » et fait encourir deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende à l'auteur de ce comportement. Cette dernière réforme a parallèlement engendré un allongement de dix à douze semaines des délais requis en matière d'interruption volontaire de grossesse et a transposé de multiples dispositions pénales dans le code de la santé publique.

⁷⁶⁶ P. MURAT, « La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ? », *art. préc.*, spéc. p. 13.

liberté que le droit doit protéger⁷⁶⁷. L'inversion du paradigme est totale, dès lors que ce qui relevait hier de l'atteinte aux mœurs sociales constitue de nos jours la traduction d'une liberté individuelle. La répression est passée d'un extrême à l'autre puisque l'interdiction d'interrompre s'est mutée en interdiction d'empêcher d'interrompre. Bien plus qu'incertaine, la protection pénale contre les atteintes qui peuvent être portées de l'intérieur à la potentialité du lien biologique de filiation a été annihilée et s'avère désormais complètement inexistante. Le constat est un peu moins sévère en ce qui concerne l'instant de la création de ce lien, qui appelle une protection somme toute restreinte.

2. La protection pénale restreinte de la création du lien biologique de filiation

186. - Si la timidité de la protection pénale du lien biologique de filiation se comprend aisément en ce qui concerne les prémices de son existence, elle s'explique moins facilement pour l'instant de sa création. Le caractère effectif du lien devrait mener à lui octroyer la protection que sa potentialité lui refuse. La naissance pourrait se poser comme « exigence centrale dans l'économie du système de protection des personnes mis en place par le législateur pénal »⁷⁶⁸. La répression s'avère à la fois plus aisée et plus légitime lorsqu'il s'agit de réprimer les atteintes portées à une personne vivante. Cette affirmation n'est toutefois apte à s'appliquer que s'il est porté une attention particulière à l'objet en question. L'étude de la protection pénale de l'instant de la création du lien biologique de filiation va cependant démontrer un désintérêt manifeste du droit répressif à son égard. L'encadrement répressif des atteintes internes portées à ce lien peut se traduire à travers l'infraction de défaut de déclaration de naissance. La personne qui a assisté à un accouchement et qui ne se conforme pas à l'obligation de déclarer la naissance dans les conditions⁷⁶⁹ et dans les délais⁷⁷⁰ prescrits par la loi encourt désormais⁷⁷¹ une peine contraventionnelle⁷⁷². La mère ne peut en aucun cas

⁷⁶⁷ Il est ici possible de faire référence à la notion de « liberté procréative » utilisée par N. ROUSSEL, citée par M. FERRAND et M. JASPARD, *L'interruption volontaire de grossesse*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1987, p. 10.

⁷⁶⁸ Fr. PLANCKEEL, « La naissance pénale de l'enfant », *D.*, 2003, p. 660. L'auteur insiste sur les réticences de la société à concevoir une égalité de traitement entre l'enfant à naître et celui qui a vu le jour, qui « conserve l'avantage, tout superficiel, d'être plus visible ». L'invisibilité du lien biologique de filiation en devenir justifierait ainsi celle de sa protection pénale.

⁷⁶⁹ V. en ce sens les exigences de l'article 56 du Code civil : « [L]a naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée. L'acte de naissance sera rédigé immédiatement ».

⁷⁷⁰ V. le premier alinéa de l'article 55 du Code civil : « [L]es déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu ».

⁷⁷¹ La peine d'emprisonnement de dix jours à un mois que faisait encourir l'ancien article R. 40, 6° du Code pénal ayant été supprimée.

être inquiétée pour défaut de déclaration, puisqu'elle n'est pas formellement désignée comme auteur potentiel de cette incrimination. Cette dernière se teinte d'une couleur familiale et prend le visage d'une atteinte interne au lien biologique de filiation dans le seul cas où elle est commise de façon intentionnelle par le père de l'enfant⁷⁷³, sur lequel pèse essentiellement cette obligation. Lorsque ce dernier assiste à l'accouchement, les autres protagonistes visés ne peuvent traditionnellement pas se voir imputer le défaut de déclaration⁷⁷⁴. L'absence du père fait en revanche naître cette obligation à l'égard de chacun d'entre eux⁷⁷⁵. Le comportement matériellement répréhensible consiste en tous les cas en une omission ou une abstention de déclaration, qui peut aussi bien être réalisée intentionnellement que résulter de la simple négligence⁷⁷⁶, sauf si la personne témoigne d'une croyance légitime en la réalisation de la déclaration par autrui.

187. - En conférant à ce comportement la sanction contraventionnelle la plus grave, le droit répressif semble protéger l'instant de la création effective du lien biologique de filiation et peut, à cet effet, être saisi dans son rôle suiveur ou accessoire. L'établissement de la filiation engendre des droits et obligations de diverses natures et participe de l'état des personnes, qui relève naturellement du droit de la famille⁷⁷⁷. Cette infraction s'éloigne encore une fois de l'ordre familial, puisqu'elle constitue en réalité une atteinte à l'état civil des personnes, qui est protégé par le droit pénal au titre de l'ordre public général⁷⁷⁸. Partant, elle ne constitue pas en tant que telle une atteinte à la filiation, appréhendée comme critère structurant de l'institution familiale. Plus encore que de l'état des personnes, le droit pénal semble principalement se soucier de la protection de l'enfant, considéré comme le plus fragile des êtres⁷⁷⁹. La protection

⁷⁷² C. pén., art. R. 645-4 : « [l]e fait, par une personne ayant assisté à un accouchement, de ne pas faire la déclaration prescrite par l'article 56 du code civil dans les délais fixés par l'article 55 du même code est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe ».

⁷⁷³ Le même comportement commis par un tiers au lien familial sera appréhendé au titre des atteintes externes au lien biologique de filiation. V. *infra*, n° 197 et s.

⁷⁷⁴ V. en ce sens *Cass. crim.*, 12 novembre 1859, *Bull. crim.*, n° 244 : *DP*, 1860, n° 1, p. 50. Il est dès lors possible de penser que la présence du père induit une présomption de déclaration de sa part et exonère implicitement les autres protagonistes de cette obligation.

⁷⁷⁵ V. *Cass. crim.*, 28 février 1867, *Bull. crim.*, n° 47 : *DP*, 1867, n° 1, p. 190.

⁷⁷⁶ V. les développements de J. BRUNEAU, « Contraventions contre la nation, l'État ou la paix publique. Atteintes à l'état civil des personnes », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. R. 645-4 et R. 645-5, n° 9.

⁷⁷⁷ Le juge civil a d'ailleurs longtemps bénéficié d'une compétence exclusive par l'intermédiaire de la procédure de la question préjudicielle de filiation de l'ancien article 327 du Code civil. V. en ce sens *Cass. crim.*, 12 mars 1925, *Bull. crim.*, n° 88. Cette dernière a depuis lors été remplacée par l'exception préjudicielle qui ne constitue plus un frein absolu à l'action publique.

⁷⁷⁸ V. not. dans le même sens les propos de Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 285, qui précise qu'« un acte d'état civil est un acte authentique dont la force probante est protégée ; mais de surcroît, il touche à l'identification des individus, à laquelle l'ordre public est directement intéressé ».

⁷⁷⁹ V. en ce sens Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, qui pose la question rhétorique : « Symbole de l'innocence, l'enfant ne représente-t-il pas, au regard du droit pénal, la victime désignée ? ».

de l'intégrité physique et morale de l'individu, de surcroît vulnérable, semble une fois encore prendre le pas sur celle de l'institution familiale. L'incrimination aurait pour objet cumulé la reconnaissance de la protection civile de l'enfant et la protection globale de son identité juridique par l'intermédiaire de la déclaration effective de sa naissance⁷⁸⁰, ainsi que celle de son intégrité physique. Il est en définitive possible d'affirmer que « cette sanction pénale du défaut de déclaration de l'accouchement a pour objectif d'éviter que la naissance d'un enfant soit cachée à l'autorité publique, pour empêcher les atteintes à l'état civil de l'enfant mais également pour exclure que celui-ci, dont la naissance est ignorée des autorités publiques, soit à la merci des personnes qui l'entourent »⁷⁸¹. Le désintérêt du droit pénal pour le caractère familial de l'incrimination se manifeste en outre par le fait que le père biologique est théoriquement traité de façon identique à une catégorie de tiers spécifiques en ce qui concerne l'application de la répression. Ce qui compte est davantage la proximité physique et le rôle que ces personnes sont susceptibles de jouer dans la naissance de l'enfant que le lien biologique qui les unit. L'atteinte ne provient pas en réalité de l'intérieur de la famille mais de l'intérieur du processus d'accouchement, qui donne naissance au lien.

188. - Le droit de la filiation, qui devrait logiquement se voir exclu du domaine répressif, est en substance utilisé par le droit pénal pour protéger la personne de l'enfant. Dès lors qu'il instrumentalise la filiation, le droit répressif assoit son autonomie et dissimule ses désirs derrière des intentions trompeuses. Cette répression ne paraît toutefois pas attenter à une autre valeur qu'à celle constituée par l'exigence de cohérence interne du droit répressif. Dans la mesure où elle s'avère bénéfique à l'enfant et où elle se limite à une sanction financière, dont le pouvoir dissuasif peut suffire à éviter la perpétration de ce comportement, il convient d'en saluer les bénéfices. Le détachement dont elle fait preuve à l'égard de la structure familiale l'empêche néanmoins de figurer au sein de la classification des infractions familiales. L'établissement du lien biologique de filiation souffre en définitive d'une protection répressive tellement limitée qu'elle semble inexistante. Les atteintes qu'il est susceptible de subir ne se limitent cependant pas à son processus de création. Quand il est effectivement établi, ce lien peut parallèlement être perturbé de l'intérieur, au niveau de son authenticité.

B. L'atteinte à l'authenticité du lien biologique de filiation

189. - Si le lien de filiation est susceptible d'être annihilé dans sa potentialité ou paralysé dans son effectivité, il est par ailleurs propice à se voir corrompu dans son authenticité

⁷⁸⁰ V. not. A. GOUTTENOIRE, V^o « Enfance », *Rép. pén., D.*, 2004, n^o 13.

⁷⁸¹ *Ibid.*, n^o 16.

lorsqu'il est effectivement constitué. Perçue sous cet angle, l'atteinte ne concerne donc pas le processus d'établissement du lien, qui se fait souvent sans heurts, mais intéresse l'exactitude de ses origines. Le droit familial garantit clairement pour ses bénéficiaires un juste rattachement du lien biologique et lutte à ce titre contre les filiations mensongères. L'appréhension pénale des atteintes à l'authenticité du lien biologique de filiation s'avère bien plus obscure et témoigne quant à elle de nombreuses imperfections. L'étude de son champ d'application révèle une protection pénale hésitante (1), dont l'incohérence résulte en réalité d'une indifférence manifeste au principe biologique de la filiation (2).

1. Une protection pénale matériellement hésitante

190. - Le droit répressif œuvrait originellement en faveur de l'exactitude du lien en réprimant le crime de suppression d'enfant⁷⁸². Loin de se cantonner à la seule suppression d'enfant, cette infraction englobait au contraire un très grand nombre de comportements litigieux. Le panel des atteintes qu'elle recouvrait était en réalité trop vaste, ce qui avait eu pour effet malencontreux d'aboutir à une formalisation obscure. La variété matérielle de l'infraction de suppression d'enfant rendait alors sa rédaction formelle assez maladroite⁷⁸³. La même incrimination concernait le comportement d'enlèvement, qui « consiste à déplacer l'enfant du lieu où il se trouvait normalement et à l'emmener dans un autre lieu, de sorte qu'il perdra la trace de sa famille et les moyens de la retrouver »⁷⁸⁴ et celui de recel, compris dans le « fait de cacher ou de garder un enfant qu'on sait avoir été enlevé »⁷⁸⁵. Elle englobait par ailleurs le comportement de suppression, lorsque la disparition inexpiquée de l'enfant non retrouvé a « eu pour résultat de priver l'enfant de son véritable état civil »⁷⁸⁶, celui de substitution qui « suppose le remplacement volontaire d'un enfant par un autre »⁷⁸⁷, ainsi que celui de supposition, qui « consiste à prêter à une femme qui n'a pas accouchée la maternité de l'enfant né d'une autre »⁷⁸⁸ et peut être assimilé à la maternité de substitution.

⁷⁸² Le premier alinéa de l'article 345 du Code pénal de 1810 prévoyait que « les coupables d'enlèvement, de recélé, ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, seront punis de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans ».

⁷⁸³ V. en ce sens les propos de Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 286, qui précise que « ce terme recouvre en réalité plusieurs éléments matériels tendant tous à priver de son état civil un enfant né vivant ».

⁷⁸⁴ A. VITU, « Le crime de suppression d'enfant. Remarques pour servir à une refonte de l'article 345, alinéa 1^{er}, du Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du doyen P. BOUZAT*, Pedone, 1980, p. 383.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 286. L'auteur précise que « l'élément moral consiste en la conscience de cette privation d'état ».

⁷⁸⁷ A. VITU, « Le crime de suppression d'enfant (...) », *art. préc.*

⁷⁸⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 2145 et s., pp. 1742 et s.

191. - Les comportements inclus dans le champ d'application de l'ancienne infraction de suppression d'enfant mélangeaient clairement les objectifs de la protection de l'individu et de celle de son état civil. Ce crime était d'ailleurs appréhendé au titre des infractions commises envers l'enfant, qui tendent à détruire la preuve de son état civil ou à compromettre son existence. Or, s'ils peuvent sans conteste être liés, les desseins ne se confondent pas et la finalité affichée doit être claire. La cohérence de la répression pénale appelle à mieux distinguer ce que la nature n'assimile pas. La distinction des comportements a été opérée avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, qui a correctionnalisé ces atteintes⁷⁸⁹ et réprime désormais uniquement la substitution et la supposition d'un enfant vivant ainsi que leurs tentatives⁷⁹⁰. La nouvelle rédaction a en outre décomposé la supposition et vise distinctement la simulation, qui peut être uniquement imputée aux parents d'accueil, et la dissimulation, qui est nécessairement le fait de la mère qui accouche de l'enfant. La substitution a été textuellement conservée quand la supposition a été scindée et remplacée par les comportements de simulation et de dissimulation⁷⁹¹. Ce fractionnement aboutit au fait qu'il « existe désormais non plus une seule mais deux infractions qui peuvent être constituées indépendamment l'une de l'autre »⁷⁹². Malgré sa correctionnalisation, « l'incrimination nouvelle peut donc être considérée comme plus sévère dans la mesure où elle est susceptible de sanctionner un nombre d'actes plus importants »⁷⁹³. Dès lors que « l'élément matériel de l'infraction est à trois branches »⁷⁹⁴, il est possible d'affirmer qu'elle reste assortie d'une matérialité complexe. Dans son acception morale, l'infraction exige toujours un acte volontaire traduisant la conscience de porter atteinte à l'état civil de l'enfant⁷⁹⁵. Si le flou matériel a en quelque sorte été dissipé par cette restriction, la place qu'occupe sa nouvelle rédaction n'est pas sans susciter quelques interrogations. Elle constitue une atteinte contre les personnes et plus spécifiquement une atteinte aux mineurs et à la famille par l'intermédiaire de la filiation.

⁷⁸⁹ La rareté des poursuites et la grande sévérité des sanctions attribuées à cette infraction ont logiquement mené à l'abandon de son caractère criminel.

⁷⁹⁰ L'article 227-13 du Code pénal prévoit désormais que « la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende » et que « la tentative est punie des mêmes peines ».

⁷⁹¹ V. en ce sens *Cass. crim.*, 12 janvier 2000, *Bull. crim.*, n° 21 : *D.* 2001, n° 34, p. 2791, note C. POMART.

⁷⁹² A. GOUTTENOIRE, V° « Enfance », *préc.*, n° 28.

⁷⁹³ C. POMART-NOMDÉDÉO, « Délits de simulation et de dissimulation d'enfant : conflit de lois pénales dans le temps », *D.*, 2001, p. 2791.

⁷⁹⁴ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal, op. cit.*, n° 726, p. 775.

⁷⁹⁵ V. not. *Cass. crim.*, 19 décembre 1863, *Bull. crim.*, n° 301, qui exigeait déjà la caractérisation de « la pensée coupable d'arriver ainsi à la suppression de l'état civil » de l'enfant pour pouvoir réprimer ces comportements ; V. aussi *Cass. crim.*, 21 janvier 1928, *Bull. crim.*, n° 28.

192. - La valeur sociale dorénavant défendue par cette infraction peut paraître curieuse dans le sens où le faux en écriture publique⁷⁹⁶ en constitue la plupart du temps le mode de réalisation. À l'instar de ce qui est par exemple mis en œuvre pour le délit de bigamie, le comportement, qui porte aussi atteinte à l'état civil, devrait être appréhendé au titre des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique. Le faux peut être entendu comme une « altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques »⁷⁹⁷. L'acte de naissance falsifié, qui a pour objectif de prouver faussement l'identité et la filiation de la personne et que suppose nécessairement la supposition, peut à cet endroit altérer la vérité de l'origine de la filiation et engendrer des droits et obligations indues. Un fait matériel unique est appréhendé par plusieurs incriminations qui protègent des valeurs sociales distinctes. Si le faux recouvre un domaine plus large que celui de la supposition, le comportement peut parfois induire un concours idéal de qualification, puisqu'il porte autant atteinte à l'établissement de l'identité civile et de la filiation de l'individu qu'à l'autorité attribuée aux actes authentiques⁷⁹⁸. Qu'il se solde par l'application de l'infraction de faux en écriture publique ou par celle de supposition ou de substitution, le comportement se voit accorder des peines assez conséquentes⁷⁹⁹. Par l'intermédiaire de la répression des déclarations mensongères, le droit répressif semble protéger l'enfant dans son droit à l'identité juridique comme dans son intégrité physique, mais s'avère en tout état de cause indifférent au principe biologique de la filiation.

⁷⁹⁶ V. C. pén., 441-4, al. 1 : « [l]e faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

⁷⁹⁷ C. pén., art. 441-1.

⁷⁹⁸ V. en ce sens les développements de Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 288. L'auteur précise que le faux porte une atteinte à l'autorité même de l'acte alors que la supposition atteint quant à elle l'identification directe de la personne à travers son identité civile. Si le conflit existe entre l'assise des intérêts familiaux individuels et de l'intérêt collectif, il aboutira à l'application de la règle du non-cumul des peines de même nature et se soldera alors par l'application de l'infraction de faux en écriture publique. L'infraction spécifique pourra cependant parfois être préférée à l'infraction plus générale, qui n'a en outre pas pour objet la protection affichée de l'état civil et de la filiation. L'infraction qui correspond à la fin principalement visée par l'auteur peut aussi en dernier lieu absorber celle qui sert de moyen à sa réalisation.

⁷⁹⁹ Les peines complémentaires de l'article 227-29 du Code pénal, au titre desquelles figure notamment la nouvelle peine de stage de responsabilité parentale, sont également encourues. Pour des précisions sur le régime de cette sanction, v. *infra*, n° 434.

2. Une protection pénale indifférente au principe biologique de la filiation

193. - Force est toutefois de constater que « là encore, le soutien apporté au système civil de la filiation reste limité »⁸⁰⁰. L'incrimination semble totalement éloignée de son objectif originel de protection de la famille légitime⁸⁰¹ et ne se concentre désormais que sur la protection de l'enfant contre un déplacement familial, à la fois physique et juridique⁸⁰². La seule manipulation de la filiation semble à ce titre insuffisante à l'application de ces infractions, qui supposent nécessairement une appréhension matérielle de l'enfant. L'atteinte à l'état civil existe uniquement comme conséquence indirecte de l'atteinte à l'enfant. Si elle est nécessaire, elle n'est pas suffisante et peut même parfois devenir indifférente⁸⁰³. La filiation n'agit pas comme critère répressif opérant et le regard se tourne tout entier vers la protection de la personne de l'enfant⁸⁰⁴. Ce dernier se trouve finalement au cœur d'une répression censée concerner directement la filiation et non les personnes qui en bénéficient. Dans la mesure où la protection pénale de la vérité du lien biologique de filiation s'intéresse en réalité davantage à la personne vulnérable de l'enfant qu'à l'institution structurante de la filiation, il ne paraît pas envisageable de lui attribuer le qualificatif d'infraction familiale.

194. - Poussée à son extrême, l'analyse invite d'ailleurs à qualifier les infractions de supposition et de substitution d'enfant d'*a-familiales*, puisqu'elles ne font plus partie de la catégorie des infractions dont la mise en œuvre dépend uniquement de la volonté familiale. Pour être déclenchée, l'action publique relative à la supposition et à la substitution d'enfant

⁸⁰⁰ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 25, p. 65. Les auteurs remarquent en effet que la supposition et la substitution d'enfant n'ont pas « pour fonction principale de préserver le fondement biologique de la filiation ».

⁸⁰¹ V. en ce sens les propos de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 25, p. 65, qui précisent que l'incrimination visait originellement « à éviter la captation d'héritage par une femme au moyen de l'enfant ».

⁸⁰² V. pour plus de précisions les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 25, p. 65, note 63, dans laquelle les auteurs insistent sur le double caractère de ce déplacement et précisent que ces infractions, « parce qu'elles attribuent à une femme un enfant qui n'est pas d'elle, supposent nécessairement ce déplacement de la personne de l'enfant ».

⁸⁰³ V. en ce sens les explications de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 25, p. 65, qui précisent que la répression de la tentative de substitution ou de supposition s'applique même en l'absence d'atteinte effective à l'état civil de l'enfant et concluent à propos de cette infraction, qu'« il semble difficile de la présenter comme le soutien du principe biologique qui irrigue l'institution juridique de la filiation ». *Contra*, v. les propos de A. GOUTTENOIRE, « Enfance », *préc.*, n° 33 qui considère l'atteinte à l'état civil comme un élément constitutif de l'infraction, se traduisant par une destruction ou par une altération des preuves de la filiation, et sans laquelle l'infraction ne peut être constituée.

⁸⁰⁴ V. sur cette question les développements de A. GOUTTENOIRE, V° « Enfance », *préc.*, n° 12, qui rattache les atteintes à la filiation à l'intérêt de l'enfant, et plus précisément à son droit à l'identité, notamment garanti par l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant. V. dans le même sens Ph. BONFILS, « Atteintes à la filiation », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, 2008, n° 1, qui considère « qu'il s'agit surtout de protéger l'identité des enfants dont la filiation pourrait être menacée » et que « c'est au moins autant l'enfant qui est envisagé ici que ses parents ». Ces conceptions révèlent alors le caractère dualiste et complémentaire des atteintes à la filiation.

est longtemps restée dépendante de l'initiative privée. Ce cantonnement avait pour objectif la préservation de la paix familiale et résultait de l'idée selon laquelle il est préférable de « laisser aux familles le soin de décider elles-mêmes de l'utilité de mettre en mouvement des procédures qui sont de nature à leur apporter plus de trouble qu'elles ne procureront de satisfaction à l'ordre public »⁸⁰⁵. Cette garantie, qui entourait l'ancienne infraction de suppression d'enfant, a toutefois disparu en même temps que les objectifs poursuivis par la répression se sont transformés. S'il était logique de laisser à la famille le soin de conditionner la mise en œuvre d'une répression qui avait pour objectif direct de protéger l'institution familiale, l'érection dissimulée de la protection de l'enfant en motif principal de répression a eu pour conséquence le remplacement du domaine privé par la sphère publique. Cette conversion peut paraître paradoxale quand le conflit familial est parfois davantage susceptible de se régler par l'absence de répression que par sa mise en œuvre. En transférant la gestion de ces comportements à la seule intervention de l'ordre public, le droit répressif s'écarte de l'idéal de résolution interne des différends familiaux et œuvre pour la destruction assurée du lien familial. La solution retenue est finalement susceptible de porter atteinte à la paix des familles qui était l'objectif initialement poursuivi par la politique répressive. La relative inutilité de cette mesure peut être mise en exergue puisque l'infraction, qui était très peu mise en œuvre, reste actuellement rarement appliquée. La singularité de cette infraction appelle alors encore une fois à questionner sa pénalisation.

195. - L'analyse révèle un clivage important entre les desseins du droit familial et les intentions répressives puisque « les infractions en question ne semblent guère soucieuses de conforter le principe biologique, alors même que ce principe est sans doute devenu le fondement essentiel de l'institution contemporaine de la filiation »⁸⁰⁶. Le hiatus est encore

⁸⁰⁵ A. VITU, « Le crime de suppression d'enfant (...) », *art. préc.*

⁸⁰⁶ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 26, p. 65. Les auteurs précisent que « la confirmation de cette relative indifférence du droit pénal au facteur biologique se trouve dans le refus jurisprudentiel de sanctionner le silence quant à l'identité de la mère lors de la déclaration de naissance à l'état civil et, réciproquement, dans le refus d'appliquer la qualification de faux à la reconnaissance mensongère », sous prétexte qu'elle peut toujours être contestée. Compte tenu de sa forte valeur probatoire, l'admission de cette qualification serait bénéfique au soutien du fondement biologique de la filiation. V. spéc. note 67 p. 66, pour les détails du caractère techniquement discuté de ce procédé. Cette solution est cependant qualifiée de « symboliquement très signifiante » puisqu'« elle atteste le double souci qu'à le droit pénal, d'une part de laisser aux adultes la liberté de faire ou de ne pas faire établir leur parenté, et d'autre part de ne pas sanctionner une abstention ou un mensonge qui pourront s'avérer favorables à l'enfant, en permettant sa prise en charge par un autre que son parent biologique ». Les auteurs concluent toutefois en se demandant si elle n'est pas « quelque peu anachronique dans un système juridique qui tend à déduire du droit au respect à la vie familiale (art. 8 CEDH) un droit de chacun – parent, enfant – à faire établir la vérité biologique ». Les auteurs considèrent que « la substitution volontaire d'enfant est un cas d'école », mais relativisent le propos en affirmant que « la supposition d'enfant présente aujourd'hui un intérêt renouvelé, dans le cas d'une gestation ou procréation pour autrui » en permettant d'appréhender le comportement d'une mère biologique qui dissimule son enfant et des parents d'accueil qui simulent l'enfant. La répression ne doit pas être abrogée puisqu'elle peut freiner le développement de cette pratique sur territoire national voire international lorsque l'acte de transcription de la filiation a été commis sur notre territoire, même en l'absence de double incrimination. Il semble parallèlement

plus considérable lorsque l'analyse démontre que le droit de la famille s'est lui-même émancipé du droit répressif en supprimant⁸⁰⁷ la prise en compte des infractions de supposition et de substitution dans l'établissement ou dans la possibilité de contestation de la filiation. Le même objet est ici concurremment posé en cause d'accroissement de la répression et en cause d'application indifférenciée des règles du droit familial. L'observateur remarquera les incohérences qui peuvent résulter de l'absence de liaison entre les matières pénales et familiales en ce que « le résultat, quelque peu paradoxal, est que l'infraction pénale, analysée comme une infraction clandestine en jurisprudence (si bien que la prescription ne commence à courir que lorsque les faits sont découverts), pourra être poursuivi bien longtemps après les faits, alors même que la filiation ne pourra plus, civilement, être contestée ou établie »⁸⁰⁸. La clandestinité s'analyse en effet en procédure pénale comme une cause légitime de report du point de départ du délai de prescription. Les contours de l'infraction naturellement occulte sont cependant délicats à saisir dans la mesure où la dissimulation n'est pas un critère constituant l'infraction et l'imprécision de la notion peut porter atteinte au principe de légalité. La critique est toutefois à relativiser pour les infractions de simulation et de dissimulation d'enfant, pour lesquelles la clandestinité agit comme critère intrinsèque à leur matérialité. Cette inhérence a logiquement amené la jurisprudence à considérer que le point de départ de la prescription des délits de simulation ou de dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant doit être fixé au jour où l'infraction est apparue ou a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique⁸⁰⁹. Le report du point de départ de la prescription est donc normalement de droit en présence de ces infractions

nécessaire de se concentrer sur le trafic international d'enfant qui porte encore davantage atteinte à l'enfant et à l'ordre public.

⁸⁰⁷ Cette suppression est effective depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159. Lorsqu'elles étaient constituées, les incriminations de supposition ou de substitution avaient auparavant pour effet d'empêcher l'irrecevabilité de la contestation de la filiation qui jouait lorsque le titre et la possession d'état étaient concordants. Leur présence rendait alors la contestation recevable et avait un impact considérable sur l'institution de la filiation, qui restait en ce sens soumis au droit pénal. La constitution répressive de ces infractions n'a désormais plus aucun impact sur les règles de contestation de la filiation qui s'appliquent indépendamment de leur existence.

⁸⁰⁸ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 27, p. 67. Les auteurs objectent toutefois que « l'intangibilité civile de la filiation vise sans doute davantage, via la stabilité du lien de filiation, à la sécurité des règlements successoraux, qu'à la paix familiale et l'intérêt de l'enfant, si bien qu'il n'y a pas d'incohérences à fermer civilement toute discussion relative à la filiation de l'enfant, tout en admettant pénalement la poursuite de faits qui portent gravement atteinte à l'intérêt de l'enfant, en organisant le déplacement physique de sa personne ». Il est néanmoins possible d'objecter l'objection – ou plus précisément de la nuancer – en affirmant que la stabilité de la filiation vise davantage la protection de l'enfant que la sécurité des successions, même si les objectifs sont nécessairement liés.

⁸⁰⁹ V. en ce sens *Cass. crim.*, 23 juin 2004, *Bull. crim.*, n° 173 : C. CASTELLA, « Simulation et dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un mineur : article 227-13 du Code pénal », *Dr. fam.*, 2005, n° 1, comm. 18 ; M. VÉRON, « Infractions "clandestines par nature" », *Dr. pén.*, 2004, comm. 143 ; Ph. BONFILS, *RJPF*, 2004, n° 11, p. 24. V. enfin les développements de Ph. BONFILS, « Atteintes à la filiation », *préc.*, n° 45, qui analyse avant tout cette décision comme faisant « prévaloir la vérité biologique sur la vérité sociale, afin de lutter efficacement contre les détournements de l'adoption ».

occultes par essence⁸¹⁰. Nonobstant les incohérences qu'elle engendre par rapport à l'appréhension civile de ces infractions, cette technique jurisprudentielle, qui a pour objet le contournement de l'extinction de l'action publique par le biais de l'institution de la prescription, s'inscrit directement dans l'objectif de protection pénale de l'enfant mineur.

196. - L'étude de l'objectif réellement poursuivi ainsi que celle du mode de déclenchement de l'action publique démontrent un désintérêt manifeste de cette répression pour le lien structurel de filiation. Les infractions de supposition et de substitution d'enfant ainsi que l'institution de la filiation évoluent dans un rapport de détachement réciproque. L'application du droit pénal semble totalement indifférente à l'institution de la filiation, qui s'affranchit elle-même des catégories répressives. Cette ignorance mutuelle peut toutefois être nuancée en ce que les deux matières, qui s'émancipent l'une de l'autre, semblent en réalité œuvrer pour la finalité identique de la protection de l'enfant. Le droit familial et le droit pénal visent alors la même fin par l'intermédiaire de différents moyens : le premier défend l'enfant à travers la permanence de sa filiation en lui conférant une protection juridique conforme à la vérité sociale, quand le second protège directement sa personne et lui assure une protection physique conforme à la vérité biologique de la filiation. La protection pénale de cette dernière n'est cependant qu'un leurre, puisqu'elle sert en réalité directement l'objectif distinct de lutte contre les contournements illégaux de l'adoption⁸¹¹. L'intérêt de l'enfant se pose ici comme une valeur plurivoque, à la fois susceptible de justifier son déplacement juridique et de sanctionner son déplacement physique. Loin d'être tirailé entre plusieurs objectifs, le droit pénal assoit au contraire le choix prioritaire de la protection de l'enfant à travers des incriminations affichées comme portant atteinte à l'institution de la filiation. L'état civil se trouve une nouvelle fois instrumentalisé au profit de la protection des personnes. En ce qu'elles s'écartent de l'ordre public familial et participent directement de l'ordre public général, les atteintes internes au lien biologique de filiation ne peuvent être strictement considérées comme des infractions familiales. Si les atteintes à la filiation sont à même de toucher directement l'enfant lorsque le comportement frauduleux provient de ses parents, la

⁸¹⁰ V. cependant les propos de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 27, p. 67, note 70, qui s'interrogent sur le maintien de cette jurisprudence depuis la modification des règles de la prescription par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite LOPPSI II, *JORF* n° 0062 du 15 mars 2011, p. 4582. Cette réforme a modifié l'article 8 du Code de procédure pénale en insérant en son troisième alinéa une liste d'infraction pour lesquelles le point de départ du délai de prescription est précisément reporté au jour de l'apparition de l'infraction à la victime. Or, cette règle dérogatoire, qui légalise concrètement la notion de clandestinité, n'inclut pas les infractions de simulation et de dissimulation d'enfant dans son champ d'application. L'hésitation est donc permise à leur égard entre le fait de savoir si leur propension naturelle à la clandestinité les dispense de figurer dans cette liste qui est réservée aux infractions clandestines par destination, ou si l'exhaustivité potentielle de la liste invite désormais à les exclure de ce système.

⁸¹¹ V. en ce sens les développements de Ph. BONFILS, « Atteintes à la filiation », *préc.*, qui analyse avant tout le report de la prescription comme faisant « prévaloir la vérité biologique sur la vérité sociale, afin de lutter efficacement contre les détournements de l'adoption ».

famille dans son ensemble peut aussi être victime d'atteintes externes au lien biologique de filiation quand le désir d'enfant se trouve exploité par les tiers.

§2. Les atteintes externes au lien biologique de filiation

197. - Les infractions portant atteinte au lien structurel de filiation peuvent être entendues sous plusieurs acceptions. Elles sont tout autant susceptibles de provenir directement de l'intérieur du milieu clos de la famille qu'être le fait de tiers au cocon familial. La famille peut alors aussi bien embrasser le rôle d'auteur que de victime de l'infraction. L'atteinte qui émane de l'extérieur est plus fréquente, car considérée comme plus naturelle, à l'égard d'une institution que le tiers n'est pas censé protéger. Parce qu'elle lui est nécessairement étrangère, l'atteinte portée au lien biologique de filiation présente en outre un danger moindre pour le maintien de ce lien. Le caractère extrinsèque de l'atteinte favorise ainsi en quelque sorte la restauration du lien. Si le processus de perpétuation du lien de filiation demeure plus aisé que lorsque l'atteinte est le fait des géniteurs, cela n'amoindrit pas pour autant l'importance instantanée de l'attaque qui est portée à la filiation d'autrui. L'appréhension pénale des atteintes extérieures au lien biologique de filiation est dès lors aussi bien susceptible d'exister à l'égard des atteintes liminaires portées à l'établissement du lien qu'à l'encontre des atteintes postérieures qui entravent sa continuation. L'étude des atteintes externes à l'établissement du lien biologique de filiation (*A*) précédera alors celle des atteintes externes à sa perpétuation (*B*).

A. Les atteintes externes à l'établissement du lien biologique de filiation

198. - L'étude des atteintes externes à l'établissement du lien biologique de filiation se fera à l'aune de la division qui a préalablement été opérée lors de l'examen des atteintes qui lui sont intrinsèques. Lorsqu'elle se commet, l'attaque est en effet toujours susceptible de toucher le lien dans sa potentialité ou dans son effectivité, peu important son origine. Contrairement à ce qui a été mis en exergue à l'égard des atteintes internes, la protection pénale de la potentialité du lien biologique de filiation n'est pas totalement inexistante à l'endroit des atteintes externes. Elle témoigne toutefois de nombreuses inquiétudes, qui ne servent pas l'éclaircissement de la globalité de cette répression et mènent à une protection pénale incertaine du lien biologique de filiation en devenir (*1*). La protection pénale des atteintes externes à la création du lien biologique de filiation dépasse quant à elle le cadre de la restriction pour s'avérer totalement dérisoire (*2*).

1. La protection pénale incertaine du lien en devenir

199. - Appréhendé sous l'angle des atteintes externes qui peuvent être portées à sa potentialité, le lien biologique de filiation peut recouvrir plusieurs dimensions, qui diffèrent en fonction de la nature de son fondement. Le lien biologique de filiation en devenir est généralement issu de la rencontre directe des corps et arbore une origine naturelle. La dimension charnelle peut toutefois être absente, que les parents ne puissent médicalement pas concevoir ou qu'ils souhaitent au contraire éviter de transmettre un patrimoine génétique dangereux pour la santé de leur futur enfant. En ce qui concerne sa protection pénale, le lien biologique de filiation en devenir peut alors dans un premier temps être appréhendé aux prémices de sa création et se rapporter aux techniques artificielles d'assistance médicale à la procréation. Il peut dans un second temps dépasser le stade de la création médicale de l'embryon pour atteindre celui de son développement et se rapporter aux procédés de procréation naturelle. L'appréhension répressive du lien biologique de filiation en construction présente cependant bien des incertitudes. La protection pénale contre l'interruption de la grossesse engendre de nombreuses controverses (*b*), quand celle des règles d'accès à la procréation médicalement assistée prend uniquement la valeur de symbole (*a*).

a. La protection pénale symbolique des règles d'accès à la procréation médicalement assistée

200. - Dans sa dimension artificielle, le lien biologique de filiation bénéficie d'un encadrement juridique de la part du droit familial relativement à ses modalités d'accès ainsi qu'aux effets qu'il est susceptible d'avoir sur la filiation de l'enfant. La procréation médicalement assistée se conçoit comme un dispositif réservé au couple constitué d'un homme et d'une femme, qui justifient d'au moins deux ans de vie commune, sont en âge de procréer, toujours en vie, qui ne peuvent accéder naturellement au statut de parent ou justifient être porteur d'une grave maladie et qui consentent préalablement au transfert d'embryons ou à l'insémination⁸¹². Elle s'approche au plus près des critères inhérents à la procréation naturelle et « a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité »⁸¹³. L'édiction de ces critères restrictifs entend poser cette technique comme un mode d'accession subsidiaire à la parenté⁸¹⁴. Le droit

⁸¹² V. CSP, art. L. 2141-2.

⁸¹³ *Ibid.*

⁸¹⁴ Sur les conséquences de l'encadrement de l'assistance médicale à la procréation sur les structures sociales et l'adéquation de ces dernières avec les droits fondamentaux, v. P. MURAT, « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation*, *Arch. phil. dr.*, 2014, T. 57, p. 285.

familial interdit l'établissement du lien de filiation à l'égard du tiers donneur⁸¹⁵ et garantit à l'inverse l'établissement de ce lien avec le père, qui a préalablement donné son consentement à la procréation lorsque l'enfant en est issu⁸¹⁶. Le rejet pour le biologique, dont le droit familial fait preuve à travers les effets de la procréation médicalement assistée, peut paraître paradoxal quand il s'efforce dans le même temps de lui donner l'apparence de la nature à travers ses conditions d'accès⁸¹⁷.

201. - L'encadrement répressif de l'assistance médicale à la procréation n'est pas naturel⁸¹⁸. Le droit pénal pourrait paraître légitime à intervenir pour garantir le respect des critères d'accession à cette technique et les conséquences civiles attribuées à la procréation médicalement assistée, qui constitue désormais un mode de filiation certes secondaire, mais non moins spécifique. Il n'en est cependant rien, puisque l'examen démontre qu'il se situe une nouvelle fois à distance des considérations familiales, dès lors qu'« aucune infraction pénale ne renforce l'interdiction, ou l'obligation, de faire établir, ou contester, tel ou tel lien de filiation »⁸¹⁹. Partant, le droit répressif ignore totalement les règles civiles relatives aux répercussions que cette procréation peut avoir sur l'établissement de la filiation de l'enfant. L'encadrement pénal de la potentialité du lien biologique de filiation artificiel se concentre uniquement sur les conditions de souscription à cette technique. La répression s'attache à encadrer les comportements que peuvent adopter les différents professionnels de santé, notamment à travers « le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres »⁸²⁰ que celles qui légitiment l'accès au procédé, ainsi que par celui « d'exercer les activités nécessaires à l'accueil d'un embryon humain » sans respecter diverses conditions notamment relatives au recueillement écrit du consentement du couple à

⁸¹⁵ L'article 311-19 du Code civil dispose en ce sens qu'« en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ».

⁸¹⁶ Le deuxième alinéa de l'article 311-20 du Code civil dispose à ce titre que « le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet ».

⁸¹⁷ V. pour cette idée les propos de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 29, p. 68, qui relèvent que « implicitement, le modèle d'une famille constituée à partir de la procréation naturelle se dessine, et ce alors même que le droit tente de nier le lien de sang qui existe avec le tiers donneur, et impose un lien artificiel avec celui qui n'est pas le parent biologique ».

⁸¹⁸ V. les développements de Chr. BLANCHARD, « Le tourisme procréatif : consolider ou réprimer l'illicite – Le droit pénal », in *La famille en mutation*, *Arch. phil. dr.*, 2014, T. 57, p. 349.

⁸¹⁹ *Ibid.* La pénalisation de ces infractions résulte en effet davantage de considérations bioéthiques qui transcendent leur aspect familial.

⁸²⁰ L'article 511-24 du Code pénal dispose à ce titre que « le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

l'origine de la conception de l'embryon, à la connaissance de l'état de certaines maladies infectieuses ou au fait de procéder à cette technique dans un établissement spécifique⁸²¹.

202. - La convergence répressive, qui est uniquement à l'œuvre envers les agissements des professionnels de la médecine, conduit « à se demander si l'arme pénale n'est pas, avant tout, au soutien d'une régulation professionnelle »⁸²². Puisqu'il exclut délibérément les parents de l'enfant du rang des infracteurs potentiels, le droit pénal serait entièrement détaché du lien structurel de filiation et aurait pour unique vocation le contrôle disciplinaire des praticiens médicaux⁸²³. Bien triste se montre la répression qui se cache derrière un objectif falsifié pour adopter un rôle qui n'est pas le sien. Si elles peuvent parfois se cumuler, les sanctions pénales et disciplinaires doivent rester autonomes dans leur essence comme dans leur application. L'utilisation de la première en lieu et place de la seconde appelle par conséquent clairement à dénoncer la symbolique de son usage. Partant, « on se demande si l'infraction est destinée à s'appliquer effectivement, ou si elle poursuit seulement une fonction expressive »⁸²⁴, voire préventive, destinée à dissuader la catégorie spécifique des professionnels de la médecine d'apporter un concours illicite à la procréation. Ce constat peut cependant être complété puisque le droit pénal assoit parallèlement le respect des règles bioéthiques à travers les potentialités de la procréation médicalement assistée.

203. - L'examen du procédé répressif employé par le législateur pénal ne satisfait guère plus l'observateur et va même dans le sens du durcissement de la critique qui enserme ce dispositif. Ce dernier souffre en effet de nombreuses imperfections techniques, imputées à la méthode de l'incrimination par renvoi. En se référant indirectement à d'autres textes souvent complexes, le législateur pénal « rend très difficile la détermination des contours de l'infraction »⁸²⁵. Les comportements incriminés sont caractérisés par des termes confus et obscurs, issus du

⁸²¹ V. les dispositions de l'article 511-25 du Code pénal qui punit ces comportements « de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende » et qui réprime parallèlement des mêmes peines « le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à l'embryon et le couple qui l'a accueilli ».

⁸²² D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 30, p. 69.

⁸²³ V. not. les interrogations de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 30, p. 69, note 77, qui se demandent très justement si cette exclusion parentale n'est pas « le signe que le désir d'enfant est une noble considération, à tout le moins une passion justificative, même s'il se réalise en empruntant une voie illicite ». Les auteurs modulent cependant leurs propos en rappelant la possible complicité qui peut être retenue à leur égard, dans la mesure où ils ont conscience de leur participation à une action illégale.

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *JCP G*, 1997, I, n° 42, p. 4055. V. dans le même sens D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 30, p. 69, note 79, qui critiquent cette complexité comme étrangère à « la proclamation symbolique convaincante d'un modèle biologique jugé fondamental ».

processus de « bioéthicalisation du droit pénal »⁸²⁶, qui font craindre pour le respect du principe de légalité des délits et des peines. Ce « chef d'œuvre d'hermétisme »⁸²⁷ atteint de front la crédibilité d'une répression dont la valeur dissuasive reste très incertaine. Le droit pénal de l'assistance médicale à la procréation, qui s'affiche comme protecteur de la santé publique, de l'éthique biomédicale et de l'embryon humain, se tourne en réalité vers la satisfaction sociale et se caractérise par la fausseté⁸²⁸ et la complexité. Le danger pour la sécurité juridique et pour la cohérence du droit est finalement considérable quand l'arme répressive, qui a pour objet la protection de la vie humaine, perd de vue la clarté et l'assise de ses finalités.

204. - La répression pénale s'emploie, d'autre part, à encadrer le commerce dont l'embryon humain peut être l'objet, à travers les incriminations de trafic d'embryons et d'entremise en vue de ce trafic⁸²⁹ ainsi que les actes d'obtention illicite d'embryons⁸³⁰. La répression s'étend dans le même temps au trafic qui peut exister autour de l'obtention de gamètes⁸³¹ ainsi qu'au fait de les recueillir ou de les prélever sans le consentement écrit du donneur⁸³². S'il peut une nouvelle fois être tentant de penser au soutien pénal accordé aux institutions familiales, il semble en réalité que ces incriminations se tournent avant tout vers la lutte contre la marchandisation du corps humain, à travers la préservation du principe de gratuité du don, et vers la libre expression du consentement de la personne. Elle a pour objectif principal l'assise de l'intégrité physique et psychique de la personne humaine et n'affecte l'institution familiale que de façon accessoire. Le dernier espoir de concours apporté par le droit répressif aux règles

⁸²⁶ *Ibid.* L'auteur dénonce en ce sens l'absence de définition pénale de l'embryon, la référence quasi systématique à des termes purement médicaux et l'existence de frontières poreuses entre le licite et l'illicite.

⁸²⁷ *Ibid.* L'auteur fait métaphoriquement référence à une « potion indigeste » composée de « d'abus de renvois » et de « d'excès d'indéfinition ».

⁸²⁸ V. les propos de A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *art. préc.*, qui considère que « la fausseté tient en ce qu'en feignant d'interdire, le législateur ne fait qu'autoriser » et qui dénonce une pénalisation tournée vers la satisfaction de l'opinion publique.

⁸²⁹ V. en ce sens les dispositions de l'article 511-15 du Code pénal : « [l]e fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains ».

⁸³⁰ V. l'article 511-16 du Code pénal : « [l]e fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ».

⁸³¹ C. pén., art. 511-9 : « [l]e fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux des gamètes provenant de dons ».

⁸³² L'article 511-6 du Code pénal dispose en ce sens que « le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

du droit familial pourrait résider dans la répression des atteintes à l'anonymat du don de gamètes ou de l'accueil d'embryon⁸³³. Il peut être tentant d'y voir « un soutien indirect du droit répressif aux règles civiles de la filiation : la sanction pénale, en interdisant l'identification de l'auteur biologique de l'enfant, permettrait en aval d'empêcher l'établissement juridique du lien charnel »⁸³⁴. Si la concordance entre les deux objectifs peut exister, elle relève toutefois de la contingence, puisque le législateur pénal s'emploie en priorité à protéger le corps humain dans sa globalité. La rencontre entre le droit répressif et les règles du droit familial s'apparente à une conséquence fortuitement issue de la protection de l'intégrité de la personne et de l'enfant. Partant, « la sanction pénale ne soutient donc pas l'encadrement juridique du lien de filiation, mais vise plutôt l'équilibre psychologique de l'enfant, et plus largement son intérêt »⁸³⁵. En encadrant négativement le secret biologique, le droit pénal agit cependant en faveur d'un véritable droit à la préservation du secret tenant à ses origines ou à sa descendance et favorise le fondement juridique de la filiation. Il est peut-être finalement possible d'affirmer qu'« en somme, l'encadrement probatoire serait au service du système de fond de la filiation, et la sanction pénale affectant le non-respect du premier viserait, indirectement, à protéger le second »⁸³⁶. L'espoir est toutefois encore de courte durée puisqu'il s'agit essentiellement de protéger la personnalité de l'individu⁸³⁷.

205. - Les nombreuses déficiences techniques, qui résultent du droit pénal de l'assistance médicale à la procréation, couplées à l'incertitude qui entoure ses fondements théoriques, appellent à s'interroger plus largement sur la légitimité de cette pénalisation. Contrairement à ce qui a pu être affirmé⁸³⁸, le recours au droit pénal n'est pas l'unique solution envisageable en ce domaine, dans lequel l'option pour la pénalisation peut parfois devenir une

⁸³³ L'article 511-10 du Code pénal dispose à ce titre que « le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

⁸³⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 33, pp. 70-71. Les auteurs accusent toutefois le caractère artificiel de l'analyse qui vaut aussi pour le don du sang et font valoir un objectif général de protection du corps humain qui se désintéresse de la filiation de l'enfant et s'oriente vers la préservation du donneur et receveur contre les troubles psychologiques que peut engendrer une révélation d'identité non consentie.

⁸³⁵ *Ibid.*, p. 71. La protection que le droit pénal apporte aux individus en ce domaine est cependant amoindrie par le développement des pratiques de tourisme procréatif qui la rendent relativement impuissante. Sur l'analyse de ce phénomène et les perspectives de réforme, V. Chr. BLANCHARD, « Le tourisme procréatif : consolider ou réprimer l'illicite – Le droit pénal », in *La famille en mutation, op. cit.*, p. 349.

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ *Ibid.* Les auteurs pointent à nouveau le caractère artificiel de cette analyse puisque la répression intervient en fonction de « considérations individuelles et non pas institutionnelles ». La faiblesse des peines qui sont attribuées à ce comportement témoigne en outre certainement d'une « logique compassionnelle à l'égard de celui qui souhaite découvrir ses origines ou sa descendance », alors que la découverte peut être brutale pour le maintien de l'équilibre familial.

⁸³⁸ A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, L.G.D.J., 3^e éd., 2014, n° 962, p. 982. L'auteur précise que la technique répressive est « imposée par la quasi-impossibilité d'organiser des sanctions civiles adaptées ».

« curiosité »⁸³⁹. L'examen de l'encadrement pénal du caractère artificiel du lien biologique de filiation en devenir révèle un arsenal répressif inefficace, qui interpelle nécessairement le juriste : « la technique d'incrimination paraît tellement déficiente et la finalité de la répression si douteuse que le criminaliste en reste pantois »⁸⁴⁰. Le constat de l'inopérance et de l'hermétisme du droit pénal de l'assistance médicale à la procréation peut de ce fait légitimement entraîner une réflexion prospective sur son exclusion du champ répressif⁸⁴¹. La défaillance de l'arsenal existant invite à se souvenir qu'il est des matières dans lesquelles il convient de rester modeste pour être cohérent. Lorsqu'il se donne notamment pour objet de sanctionner le professionnel de la médecine, l'attitude du retrait semble certainement la plus humble quand le droit pénal et la bioéthique sont parfois deux matières trop complexes et singulières pour être correctement assimilées. Le caractère subsidiaire et fortuit de la protection de la filiation incite à plaider pour l'inexistence d'un véritable droit pénal de la filiation. La protection pénale du caractère artificiel du lien biologique de filiation en devenir s'avère totalement indifférente au lien structurel de filiation et ne peut en ce sens aspirer à entrer dans la catégorie des infractions familiales. Le caractère naturel du lien biologique de filiation en devenir, auquel le droit pénal semble parfois attaché, peut potentiellement engendrer davantage de certitudes et sortir la pénalisation de l'illusion. Sa potentialité suscite toutefois de nombreuses controverses, qui empêcheront l'émergence d'une protection efficace.

b. La protection pénale controversée contre l'interruption de la grossesse

206. - Puisque l'embryon reste considéré comme un « non-sujet de droit »⁸⁴² par le droit répressif⁸⁴³, la protection pénale contre les atteintes externes qui peuvent être portées au lien

⁸³⁹ A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *art. préc.*

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ V. not., sur la dialectique composée par la problématique de l'inflation pénale et de la dépenalisation, les développements de J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la 1^{re} République*, Flammarion, coll. « Forum », 1996, p. 143.

⁸⁴² L'expression est empruntée à J. CARBONNIER, « Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit », *Flexible droit*, 10^e éd., 2001, p. 76.

⁸⁴³ V. not. en ce sens les développements de J. SAINTE-ROSE, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP G*, 2004, I, n° 52, p. 194, qui considère que le refus d'application de l'homicide par imprudence à l'enfant à naître « revient à ignorer la liberté de procréer et infériorise l'être humain en formation par rapport aux choses que sont les animaux domestiques et les nombreuses espèces animales ou végétales qui bénéficient d'une protection pénale contre les atteintes, même involontaires, à leur existence ». L'auteur dénonce une justice décrédibilisée par la réification de l'enfant à naître et caractérise en définitive le fait de donner la mort avant la naissance comme une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale. V. aussi A. LE GOUVELLO, « Homicide involontaire et fœtus : les limbes du droit pénal », *Dr. fam.*, 2015, n° 4, comm. 85, note sous CA Pau, 5 février 2015, n° 14/00480. Les juges du second degré infirment la décision des juges de première instance qui avaient retenu l'homicide involontaire sur un fœtus qui n'était pas né vivant et viable. Ils valident la

de filiation biologique en devenir ne peut être réalisée que par l'intermédiaire de celle de la mère, qui porte en elle ce lien potentiel. Parce que l'enfant à naître demeure malgré tout une personne en puissance et ne peut être totalement assimilé à une chose, il doit bénéficier d'une protection par destination. La pénalisation actuelle se réduit essentiellement au délit d'interruption illégale de la grossesse d'autrui⁸⁴⁴, qui entraîne l'application de la répression lorsque les conditions légales, notamment relatives aux délais, aux personnes aptes à pratiquer cet acte médical et aux lieux dans lesquels il peut être exécuté, ne sont pas respectées. Cette infraction affiche cependant un important déclin. Les délais légaux sont en pratique très peu respectés et les réponses pénales et sociales apportées aux avortements clandestins sont volontairement inexistantes⁸⁴⁵. L'absence de répression qui en résulte semble relever davantage d'un choix conscient du droit répressif que d'une inaptitude à s'appliquer. La présence de cette infraction au sein de l'arsenal répressif est finalement uniquement symbolique, ce qui lui a très justement valu le qualificatif « d'infraction théorique »⁸⁴⁶. Le droit pénal contemporain est clairement tourné vers la protection de l'intégrité physique et psychique de la femme enceinte⁸⁴⁷ et n'a que peu de considérations pour l'institution familiale qui se posait jadis aux fondements de son application⁸⁴⁸. Davantage tourné vers la sanction que vers l'éducation, le droit pénal contemporain se détache de la morale familiale. L'inclusion de la défense de l'institution familiale et des liens qui la structurent dans la protection pénale résulte d'une insertion fortuite et indirecte dans la valeur sociale principalement protégée. Le dispositif qui concerne l'interruption de grossesse librement consentie est donc résiduel et volontairement inappliqué. Ce constat appelle en toute logique à s'interroger sur les nécessités de sa rationalisation⁸⁴⁹, voire sur son entière dépénalisation. Si

position traditionnelle de la chambre criminelle. Si la décision est conforme au principe de l'interprétation stricte du droit pénal, elle reste sujette à discussion et suppose de faire correspondre la personnalité juridique à l'existence humaine.

⁸⁴⁴ CSP, art. L. 2222-2.

⁸⁴⁵ L'absence d'extension du délai légal résulte en outre possiblement de préoccupations annexes qui concernent la lutte contre certaines pratiques eugéniques.

⁸⁴⁶ P. DECHEIX, « Interruption illégale de grossesse », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 223-10 à 223-12.

⁸⁴⁷ Le droit répressif érige d'ailleurs dans plusieurs cas l'état de grossesse en cause de vulnérabilité aggravant la répression.

⁸⁴⁸ V. pour des précisions générales sur l'influence des faits sociaux et de la prépondérance des traditions religieuses et morales sur la politique suivie en matière pénale, les propos de P. SAVEY-CASSARD, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *Rev. pénit.*, 1964, n° 4, p. 9. L'auteur considère notamment que les infractions d'avortement ou d'infanticide sont contraires à l'ordre naturel et que « la morale est ainsi fortement distinguée, mais non pas séparée, du droit », pour conclure que « le droit pénal n'élabore pas dans sa politique criminelle une réglementation des mœurs sans se référer à un idéal ou à une hiérarchie des valeurs sociales ». Si l'assertion a pu être partagée par le plus grand nombre, elle perd cependant en crédibilité au regard de la démoralisation du droit pénal contemporain qui semble détacher la protection des valeurs qu'il considère comme fondamentales de la morale sociale.

⁸⁴⁹ V. P. MISTRETTA, « Pour un droit pénal de l'avortement lisible et intelligible », *Gaz. pal.*, 2015, n° 223, p. 11.

cette dernière émerge comme la réaction la plus rationnelle, elle aurait pour défaut un abaissement corollaire de la protection physique accordée à la femme enceinte⁸⁵⁰.

207. - Cette infraction est en effet exclusivement justifiée par des motifs de santé publique qui aspirent directement à la protection de la personne humaine. La santé publique peut être présentée comme relevant conjointement de l'étude des déterminants physiques, psychosociaux et socioculturels de la santé de la population et de celle des actions destinées à améliorer ou rétablir la santé des personnes. Elle présente un double objet et se conçoit comme une appréhension sociale de l'état sanitaire d'une société, dont l'examen engendre des actions concrètes de préservation de l'ordre public sanitaire. Eu égard à son caractère intemporel et collectif, la santé occupe une place centrale dans la réflexion des autorités publiques. Elle « est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »⁸⁵¹. La santé englobe ainsi les constituantes essentielles de la personne, tant somatiques, psychiques ou sociales de l'être et ne se conçoit pas seulement comme résultante de l'absence de pathologie. La préservation de l'ordre public sanitaire, qui « impose aux pouvoirs publics de veiller à l'hygiène publique, à la prévention sanitaire et de contribuer au contrôle des professions de santé »⁸⁵², inclut des préoccupations de santé et d'environnement et passe par la mise en œuvre concrète d'actions fondées conjointement sur la prévention sociale du risque sanitaire et sur la protection de la santé collective. Parce qu'elle doit privilégier la prévention au traitement et le collectif au particulier, la politique de santé publique diffère de la médecine. Le bon ordre public sanitaire participe de l'intérêt général que le droit pénal est à même de préserver. En agissant sur les comportements collectifs pour sauvegarder la santé individuelle, les dispositions répressives acquièrent une légitimité. La protection de la santé publique est ainsi conçue comme un impératif supérieur auquel les libertés fondamentales doivent se conformer. Bien que cet objectif n'entre pas dans la fonction principale de la norme pénale qui s'utilise elle-même à d'autres fins, il convient dans cette mesure de se satisfaire de la dépenalisation théorique d'ores et déjà opérée et de ne pas appeler à sa concrétisation pratique, sauf à pouvoir octroyer par un autre biais une protection identique à la personne. Cette dernière pourrait indirectement être atteinte par la création d'une incrimination autonome protégeant la vie de l'enfant à naître, qui réprimerait alors « l'atteinte portée au processus de vie »⁸⁵³. Une telle innovation

⁸⁵⁰ La problématique de la protection de la femme enceinte qui se cumule à la promotion de sa liberté et transparait à travers les conditions matérielles de l'infraction diffère de celle qui émerge des conditions temporelles de cette dernière. L'instauration d'un délai légal a en effet pour dessein l'évitement des interruptions volontaires de complaisance et protège des considérations éthiques différentes.

⁸⁵¹ Préambule de la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé, 22 juillet 1946.

⁸⁵² M. GUILLAUME-HOFNUNG, *Le droit des malades, vers une démocratie sanitaire ?*, La documentation française, 2003.

⁸⁵³ A. TERRASSON DE FOUGÈRES, « Le fœticide », *art. préc.*, spéc. p. 831.

supposerait cependant l'existence d'un consensus quant à la question de son statut, qui semble malencontreusement rester une « question interdite »⁸⁵⁴. L'essoufflement qui caractérise cette infraction révèle en outre sa perte d'autonomie et pourrait appeler à envisager sa transformation en simple circonstance aggravant certaines infractions générales d'atteinte à la personne. Ce processus d'association à la pénalisation existante aurait peut-être pour mérite de conserver l'objectif de santé publique tout en rendant la répression plus cohérente. Elle aurait néanmoins pour défaut un manque d'utilité là où la situation actuelle ne semble nullement préjudiciable.

208. - La seule infraction qui figure encore dans le code pénal en tant que « vestige de l'avortement »⁸⁵⁵ concerne la répression de l'interruption de grossesse tentée ou pratiquée sans le consentement de l'intéressée⁸⁵⁶. Cette infraction, « qui présente la singularité de ne pouvoir avoir qu'une femme pour victime »⁸⁵⁷, est réprimée au titre de la mise en danger de la personne. Son existence se comprend en réalité davantage par l'impératif de protection de la liberté de consentement de la mère et s'avère exclusive de toute considération pour la protection pénale du lien de filiation⁸⁵⁸. Ce dernier n'est plus appréhendé comme un critère structurant de la famille digne de protection répressive, puisque le regard est tout entier porté sur la protection de l'intégrité de la mère, personne physique avant tout considérée dans son individualité. Le dispositif répressif qui entoure le lien biologique de filiation en devenir se montre en définitive extrêmement résiduel et concerne des infractions qui n'ont de familial que l'apparence. L'infraction pourrait retrouver un aspect familial lorsqu'elle est directement commise par le père biologique de l'enfant. Ce dernier se trouve cependant totalement assimilé au tiers s'agissant de la répression, puisque cette qualité ne lui fera pas encourir une peine supérieure. Cet amalgame, qui peut à première vue paraître étonnant, s'explique par le fait que, à l'instar du tiers familial, le père se place à l'extérieur du lien de chair qui unit directement la mère à son enfant. Le désintérêt dont fait preuve le droit pénal à l'égard de l'appartenance familiale du tiers prouve que la répression est entièrement et uniquement tournée vers l'assise de la protection de l'intégrité physique et psychique de la femme enceinte, et que l'incrimination vise uniquement les actes pratiqués par les professionnels de

⁸⁵⁴ V. en ce sens l'étude de A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP G*, 2010, n° 4, p. 99, qui dénonce l'impossibilité de légiférer de façon adéquate tant que la question du statut de l'embryon restera considérée comme insoluble par le pouvoir politique.

⁸⁵⁵ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. « Thémis », 2015, n° 415, p. 284.

⁸⁵⁶ C. pén., art. 223-10 : « [l']interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ». V. aussi CSP, art. L. 2222.

⁸⁵⁷ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 415, p. 284.

⁸⁵⁸ *Ibid.* Les auteurs considèrent que cette incrimination « fait apparaître en négatif la condition pour toute interruption de grossesse d'être pratiquée avec le consentement de la femme, condition qui est la clé de voûte de la législation en la matière ».

la médecine⁸⁵⁹. L'absence pratique de condamnations suscite au surplus des interrogations sur le réalisme de cette infraction qui a pu être qualifiée de « faux-semblant »⁸⁶⁰.

209. - Ces comportements à coloration familiale, qui se rapportent à la mise en danger de la personne, ne peuvent nullement revêtir le qualificatif d'infraction familiale. L'étude de l'avortement expose le passage d'une infraction originellement fondée sur l'assise de politiques natalistes, correspondant à une conception de l'institution familiale que le droit pénal se donnait pour objectif de protéger, à une répression symbolique, totalement désinvestie de cette fonction. Elle met par ailleurs en exergue un déclin plus général de la protection pénale de la famille et une évolution de la matière répressive, qui tend « non plus à la protection de l'institution familiale, mais à la préservation de la liberté de consentement de l'individu au choix de fonder ou non une famille »⁸⁶¹. Il convient de se résoudre à l'évidence pressentie de longue date, qui consiste à penser que « le bilan est significatif : les infractions dirigées à titre principal contre l'institution familiale sont peu nombreuses et, si l'on ose dire, en voie de disparition »⁸⁶². Au regard de l'impact social et répressif que peut engendrer la création d'une classification cohérente des infractions familiales, il est nécessaire de savoir distinguer, au sein de cet ensemble en voie d'extinction, entre les objets pénaux non familiaux appelés à être exclus de cette catégorie, voire à disparaître de l'arsenal pénal, et ceux qui peuvent légitimement être appelés à devenir des espèces familiales pénales protégées. Si elle existe, la protection pénale contre les atteintes externes à la potentialité du lien biologique de filiation s'avère très incertaine. L'espoir de clarté qui pourrait se situer du côté de la réponse pénale apportée aux atteintes externes portée à l'instant de la création de ce lien ne sera guère concrétisé, puisque l'analyse démontre son caractère dérisoire.

2. La protection pénale dérisoire du lien existant

210. - L'encadrement répressif des atteintes externes portées à l'instant de la création du lien biologique de filiation peut se traduire à travers l'existence d'un autre volet de l'infraction de déclaration de naissance, qui concerne cette fois les tiers qui ne sont pas spécifiquement inclus dans le processus d'accouchement, mais qui se retrouvent fortuitement en contact avec

⁸⁵⁹ L'acte pratiqué dans des conditions identiques par le père de l'enfant ou par un tiers doit en effet être poursuivi sous la qualification de violences commises sur une personne vulnérable.

⁸⁶⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal, op. cit.*, n° 357, p. 400. L'incrimination s'apparenterait dès lors à un cas d'école et n'aurait vocation à se réaliser que dans sa dimension non intentionnelle. V. dans le même sens A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 415, p. 285, qui font état d'une « utilité pratique résiduelle ».

⁸⁶¹ O. MAURY, *Famille et droit pénal*, Thèse, Paris II, 2006, n° 27, p. 35.

⁸⁶² P. COUVRAT, « Le droit pénal et la famille », *RSC*, 1969, p. 807.

l'enfant. Le droit pénal intervient ainsi en incriminant deux omissions, à travers le défaut de remise ou de déclaration de l'enfant trouvé. Il réprime le fait, pour une personne ayant trouvé un enfant nouveau-né, de ne pas faire la déclaration de naissance à l'officier d'état civil du lieu de la découverte⁸⁶³, ou de ne pas le remettre à cet officier dans le cas où elle ne consentirait pas à se charger de l'enfant⁸⁶⁴. Ce défaut de déclaration est assez sévèrement appréhendé par le droit répressif, qui fait encourir au tiers la peine contraventionnelle la plus haute. L'objectif de protection de l'instant de la création du lien biologique de filiation n'est toutefois ici encore qu'illusoire, puisque l'application du droit répressif est entièrement tournée vers l'assise de la dimension identitaire de l'état civil et de la protection de l'intégrité physique du nouveau-né. Il convient en outre de remarquer que les atteintes à la production du lien biologique de filiation sont globalement appréhendées par le droit répressif, qui ne distingue pas en fonction de leur origine. Ces comportements font en effet encourir les mêmes peines, qu'ils proviennent de l'intérieur ou de l'extérieur de la sphère familiale.

211. - L'appartenance familiale de l'auteur n'est pas considérée comme un critère de répression déterminant, puisque la différence entre les deux comportements de défaut de déclaration visés par le droit pénal se situe en réalité dans l'intensité du rôle joué par ses auteurs dans le processus de création du lien biologique de filiation. Le père sera traité comme le médecin ou toute personne qui a assisté à l'accouchement. Plus que sa qualité familiale ou professionnelle, c'est bien la présence physique du protagoniste et sa qualité de témoin de la mise au monde de l'enfant qui conditionnent l'application du droit répressif à son égard. Par l'intermédiaire de la répression, le droit pénal se substitue en réalité à la personne de l'enfant. Il intervient en lieu et place de ce dernier, qui est par essence insusceptible de se défendre seul contre l'atteinte qui lui est portée par l'un de ses parents ou par les tiers. Le défaut de déclaration engendre pour lui l'inexistence des droits qui accompagnent normalement le lien de filiation et fait obstacle à son existence juridiques sociale⁸⁶⁵. Le droit pénal pallie en ce sens l'absence de protection que la famille et la société devraient normalement lui conférer en tant que personne tributaire de prérogatives spécifiques. Partant, le fait d'enfance « constitue sans aucun doute une valeur particulièrement protégée par le droit pénal »⁸⁶⁶. Parce que la répression assimile le père qui n'assiste pas à l'accouchement au tiers familial et octroie un rôle supplémentaire au tiers familial ou au père qui assiste à l'accouchement, il est possible

⁸⁶³ Cette obligation est légalement prescrite par l'article 58 du Code civil.

⁸⁶⁴ V. C. pén., art. R. 645-5.

⁸⁶⁵ La pénalisation de ce comportement s'ancre en outre plus généralement dans la lutte contre le trafic qui peut exister à l'égard des enfants.

⁸⁶⁶ A. GOUTTENOIRE, V^o « Enfance », *préc.*, n^o 2. L'auteur précise à ce titre que « la vulnérabilité des enfants, la nécessité de leur assurer une protection spécifique pour leur permettre le meilleur épanouissement possible, constituent le fondement de nombreuses règles spéciales destinées à sanctionner les comportements susceptibles de porter atteinte à l'enfance ».

d'affirmer que l'appréhension pénale du moment de la concrétisation du lien biologique de filiation se désintéresse totalement de l'institution familiale pour se concentrer exclusivement sur l'intérêt de l'enfant. Les atteintes à l'établissement du lien biologique de filiation ne participent en définitive nullement de la protection pénale de la famille. L'analyse invite logiquement à les exclure à leur tour de la catégorie des infractions familiales. Il est alors nécessaire de savoir s'il en va différemment en ce qui concerne les atteintes externes à la perpétuation de ce lien.

B. Les atteintes externes à la perpétuation du lien biologique de filiation

212. - Le succès qui entoure le processus d'établissement du lien biologique de filiation ne traduit pas nécessairement son intouchabilité. Ce lien, qui structure la famille, est en effet susceptible d'être l'objet d'une atteinte tout au long de son existence. Le droit répressif est non seulement théoriquement susceptible d'œuvrer pour protéger le moment de sa création, mais peut dans le même temps intervenir au-delà et veiller à assurer sa survie. Si elle peut parfois se cantonner au strict instant de la création du lien biologique de filiation, la protection pénale peut aussi embrasser l'intégralité de son processus de vie et protéger simultanément la création et la perpétuation du lien. Le droit répressif semble à cette fin lutter contre les atteintes externes à sa création et à sa continuité, par l'intermédiaire de l'infraction de provocation à l'abandon d'enfant⁸⁶⁷. L'étude de cette infraction démontre l'existence d'une incrimination prioritairement dirigée vers la famille de l'enfant (1), qui révèle une provocation à distance de la filiation de l'enfant (2).

1. Une incrimination dirigée vers la famille de l'enfant

213. - Parce qu'elle s'attaque non plus à l'enfant lui-même mais à sa famille, l'atteinte à la filiation prend une coloration particulière quand elle provient de l'extérieur. Les parents, ou l'un d'entre eux, prennent le statut de victimes directes du comportement infractionnel, qui affectera l'enfant de façon indirecte. En tant que titulaires d'un lien de filiation futur ou effectif, les parents sont susceptibles d'être sujets à des pressions externes, qui peuvent avoir pour but l'abandon de leur enfant au profit d'autrui. La famille de l'enfant est en ce sens appréhendée comme celle à laquelle il aurait dû appartenir ou comme celle à laquelle il

⁸⁶⁷ Ce comportement est réprimé par le premier aliéna de l'article 227-12 du Code pénal qui prévoit que « le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ».

appartient et l'enfant est indirectement protégé en tant que membre futur ou actuel de sa famille. Cette incrimination, qui protège la famille de l'enfant, est juridiquement classée parmi les atteintes à la filiation et constitue indirectement une atteinte à l'état civil de l'enfant, puisqu'elle peut avoir une incidence sur sa filiation. Il ne s'agit pas cette fois de considérer la filiation du point de vue de l'enfant en tant qu'institution qui lui octroie des droits et devoirs déterminés mais de la regarder sous l'angle des parents qui la créent en réponse à l'existence d'un désir d'enfant⁸⁶⁸. Les tiers sont susceptibles d'agir auprès des futurs parents dans le but d'exploiter ce désir d'enfant, par l'intermédiaire de pressions externes. Il est nécessaire de préciser que la qualité de parent doit ici être entendue au sens large. Si elle englobe dans la majorité des cas le lien biologique de filiation, elle peut aussi s'étendre aux parents adoptifs ou aux simples géniteurs⁸⁶⁹. Ces dernières qualités seront cependant la plupart du temps réservées aux incriminations d'entremise en vue de l'adoption et de la gestation pour autrui⁸⁷⁰. Restreindre la notion de parent à son sens juridique empêcherait en outre de prendre en compte le moment de la grossesse, durant lequel le lien de filiation n'est pas encore juridiquement établi.

214. - L'incrimination s'applique à la fois à l'enfant à naître et à l'enfant déjà né. Elle met sur un pied d'égalité le lien de filiation biologique en devenir et le lien de filiation biologique concrétisé. Lorsqu'il appréhende l'atteinte à la perpétuation de ce lien, le droit répressif englobe finalement toutes les phases de son processus d'évolution. La protection de la perpétration du lien nécessite celle de la phase créatrice dont il est issu. Si l'explication peut séduire, l'inclusion terminologique de l'enfant à naître dans le champ de cette incrimination est en réalité bien plus prosaïque et utilitaire, puisqu'elle découle de la volonté originelle d'y inclure les situations de maternité de substitution⁸⁷¹. Cette précision est cependant bien vite restée lettre morte, lorsque la procédure de gestation pour autrui a été formalisée par la loi bioéthique subséquente⁸⁷². Le détail relatif à l'enfant à naître s'avère depuis lors inutile, puisque son cas est nécessairement inclus dans la prise en compte de la gestation pour autrui⁸⁷³. Cette remarque invite à penser que l'incrimination de provocation à l'abandon d'enfant reste prioritairement destinée à s'appliquer au cas de l'enfant déjà né et à protéger la

⁸⁶⁸ V. not. les propos de J.-Fr. RENUCCI, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, 2000, p. 79. L'auteur précise que « le législateur entend lutter contre tous les abus d'un désir d'enfant contrarié : c'est dire qu'il souhaite protéger les mères en détresse et les enfants en danger ». *Ibid.*, p. 83.

⁸⁶⁹ V. Ph. BONFILS, « Atteintes à la filiation », *préc.*, n° 8.

⁸⁷⁰ La largesse de cette vision correspond à une vision globalisante de la parenté et aboutit parfois à l'existence de qualifications pénales interchangeables.

⁸⁷¹ V. not. les précisions de Ph. BONFILS, « Atteintes à la filiation », *préc.*, n° 7.

⁸⁷² L. n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11060.

⁸⁷³ Les cas spécifiques d'entremise en vue de l'adoption et de la gestation pour autrui seront étudiés au titre de la protection pénale du fondement volontaire du lien de filiation. V. respectivement *infra*, n° 239 et n° 251.

perpétuation du lien biologique de filiation. L'examen de cette protection pénale révèle toutefois un désintérêt pour l'institution de la filiation, qui n'est réellement soutenue que de façon secondaire⁸⁷⁴.

2. Une provocation à distance de la filiation de l'enfant

215. - L'acte de provocation qui caractérise cette infraction est spécifié, puisqu'elle ne peut être incriminée que si elle est réalisée par le biais de moyens précis et uniquement lorsqu'elle a pour objectif l'abandon de l'enfant. À cet égard, le texte incrimine spécifiquement « le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité ». Les moyens d'action qui déterminent son champ d'application matériel peuvent être recoupés en deux catégories, selon qu'il s'agit ou non d'y affecter un but lucratif. En effet, « si des degrés dans la culpabilité morale sinon pénale apparaissent entre les différentes personnes, les moyens matériels de parvenir à leurs fins sont aussi très variables »⁸⁷⁵. L'incrimination de ce procédé se comprend aisément, car elle a clairement pour dessein de lutter contre la marchandisation de l'enfant et d'éviter l'exploitation de la vulnérabilité par l'argent. Elle présente l'intérêt d'incriminer l'action qui n'est pas suivie d'effets alors que la complicité de l'abandon supposerait l'existence d'un acte principal punissable. L'action de provoquer à l'abandon ne se résume cependant pas au dol spécial constitué par l'offre d'une rémunération et le caractère pécuniaire de l'avantage peut parfois s'effacer devant d'autres considérations. Le don et la promesse se rapprochent du lucre en ce qu'ils ne nécessitent pas de contrainte particulière et agissent sur des parents qui conservent une part de volonté dans la décision d'abandon. Ils s'en distancient cependant puisqu'il s'agira généralement de la promesse ou de la remise effective d'un objet en nature. L'incrimination de ces méthodes se comprend néanmoins en considérant la détresse matérielle dans laquelle peuvent parfois se trouver les parents de l'enfant, qui peut engendrer une situation de vulnérabilité aisément exploitable. La menace et l'abus d'autorité se situent sur un autre plan, dès lors qu'elles incluent nécessairement une crainte pour son intégrité physique ou l'existence de pressions psychologiques – qui peuvent être destructrices quand elles proviennent des ascendants – qui annihilent pratiquement toute liberté de choix dans la décision d'abandon. Les formes de la provocation sont donc appréhendées très largement et leur diversité se pose en adéquation avec les différents types de précarités susceptibles de toucher le milieu familial. L'imprécision qui entoure leurs définitions limite cependant leur répression pratique.

⁸⁷⁴ Puisque le délit n'entre pas précisément dans les atteintes à la filiation, la question préjudicielle imposée par l'article 311-6 du Code civil sera par ailleurs exclue en ce domaine et le juge pénal ne devra pas forcément attendre que la question de la filiation soit civilement réglée avant de pouvoir statuer sur cette infraction.

⁸⁷⁵ Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 276.

216. - Pour être répréhensible, la provocation doit avoir pour objectif de mener à l'abandon de l'enfant. L'acte d'abandon est considéré en tant que dessein visé par la provocation, mais n'est pas regardé dans son effectivité. Sa réalisation matérielle importe peu, du moment qu'il constituait le but de la provocation. Le droit répressif appréhende davantage l'intention de provoquer un abandon que l'abandon lui-même. L'incrimination de la provocation pourrait démontrer une vertu préventive et être considérée comme une sorte d'infraction obstacle à l'abandon d'enfant. La réussite de l'entreprise ou l'absence de résultat ne seront finalement pas opérantes, puisque le seul fait de provoquer est punissable en tant que tel. Le caractère formel de cette infraction se comprend aisément eu égard à la particulière dangerosité que présente le provocateur pour la famille de l'enfant. Lorsqu'il sera effectivement perpétré, l'abandon pourra lui-même recouvrir plusieurs formes et être aussi bien physique que matériel ou moral⁸⁷⁶. L'acte d'abandon est finalement entendu très largement et indépendamment des différents abandons par ailleurs spécifiquement réprimés⁸⁷⁷. Partant, il est possible d'affirmer que cette incrimination a clairement « pour objectif de lutter contre les pratiques abusives destinées à satisfaire la demande de parents en mal d'enfants »⁸⁷⁸.

217. - Comme l'infraction porte atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, il est possible de considérer que « la valeur protégée est sans aucun doute la filiation de l'enfant mais également son état civil »⁸⁷⁹. Il est toutefois possible d'ajouter que cette incrimination vise « également à éviter que les parents biologiques de l'enfant ne soient soumis à des pressions et acceptent sous la contrainte un abandon qu'ils pourraient ensuite regretter »⁸⁸⁰. L'atteinte à la filiation que peut provoquer l'abandon existe en réalité de façon totalement subsidiaire par rapport à celle qui peut être apportée à la volonté parentale de créer ce lien. Le droit répressif protège en conséquence prioritairement la libre expression du désir d'enfant. L'examen des atteintes externes à la perpétuation du lien biologique de filiation démontre encore une fois une protection pénale distante de la filiation de l'enfant et attenante à l'intégrité psychique véhiculée par la libre expression du consentement parental. Partant, il

⁸⁷⁶ L'interruption volontaire de grossesse désirée par la mère de l'enfant ne pourra par ailleurs en aucun cas entrer dans le champ d'application de cette infraction. V. not. en ce sens *Cass. crim.*, 31 janvier 1996, *Bull. crim.*, n° 57 : *RSC*, 1996, n° 4, p. 848, note B. BOULOC.

⁸⁷⁷ V. en ce sens les développements de A. GOUTTENOIRE, « Enfance », *préc.*, n° 42, qui précise que l'infraction ne doit pas se confondre avec le délaissement de mineurs des articles 227-1 et 227-2 du Code pénal qui menace la santé de l'enfant et ne résulte pas d'une provocation. L'abandon devra être différencié des abandons matériels et moraux que connaît par ailleurs le droit répressif et pourra par exemple résulter d'une absence de prise en charge matérielle de l'enfant ou de la réalisation de démarches en vue de son adoption.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, n° 40. *Contra*, v. les développements de Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Atteintes à la filiation », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, 2000, qui considère que « cette législation a en effet moins pour objectif de sanctionner les personnes à la recherche d'un enfant « à tout prix » que de sanctionner les intermédiaires, quelles que soient leurs motivations, qui organisent des fraudes à l'adoption ».

⁸⁷⁹ A. VITU, « La protection pénale de l'état civil de l'enfant », in J.-Fl. ESCHYLLE et C. MARRAUD, *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à M.-J. GEBLER*, PU Nancy, 1998, p. 95.

⁸⁸⁰ A. GOUTTENOIRE, V° « Enfance », *préc.*, n° 40.

est possible d'affirmer que cette incrimination vise « moins à soutenir, par un arsenal répressif, la logique biologique à l'œuvre en droit civil, qu'à protéger les parents et l'enfant, en encadrant le désir d'enfant, et les actes qu'il peut susciter »⁸⁸¹. L'intérêt de l'enfant n'est pas non plus étranger à cette protection, qui garantit encore ici son identité juridique et son intégrité physique. À travers l'incrimination de la provocation à l'abandon d'enfant, le droit répressif appréhende les situations dans lesquelles le désir d'enfant des uns se pose en cause de l'exploitation du désir d'enfant des autres. Selon qu'elle se situe du côté de l'auteur ou de la victime, la volonté d'être parent est à la fois la cause de la répression et l'objet de la protection.

218. - Afin d'éviter que « des citoyens parfaitement respectueux des lois par ailleurs en viennent à les enfreindre pour accéder à un statut que les moyens légaux sont impuissants à leur concéder »⁸⁸², il convient parfois de savoir leur donner les moyens de satisfaire le désir qui engendre leur comportement infractionnel. Présentée comme telle, la chose est en mesure de choquer et l'assertion peut être remplacée par celle qui consiste à affirmer qu'il est souvent plus cohérent d'encadrer juridiquement la réalisation d'un comportement que de la réprimer. Cet objectif est susceptible d'être atteint par les solutions de substitutions que proposent les procédés de l'assistance à la procréation ou de l'adoption, dont le développement est certainement à même de prévenir la délinquance « pour cause de désir d'enfant »⁸⁸³. L'accession à la parenté devient un facteur de criminalité, qui peut notamment être endigué par l'accroissement du recours aux filiations fondées sur l'existence de la seule volonté parentale et prenant le rôle d'alternative à l'impossible existence du lien biologique. Le fondement volontaire du lien de filiation est susceptible de constituer un correctif nécessaire à la protection de son fondement biologique, mais peut dans le même temps faire l'objet d'atteintes. Il nécessite alors à son tour un encadrement spécifique. L'examen révèle finalement « la faiblesse du soutien que l'arme pénale apporte au fondement charnel des structures familiales et conduit à s'interroger sur le rôle qu'elle peut avoir au soutien du fondement volontaire des structures familiales »⁸⁸⁴. Si la protection pénale du fondement charnel du lien de filiation s'avère incertaine, limitée, voire parfois inexistante, la fragilité qui

⁸⁸¹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 25, p. 65. Le constat sera d'ailleurs identique en ce qui concerne les infractions d'entremise à l'adoption et à la gestation.

⁸⁸² Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 277.

⁸⁸³ *Ibid.* L'auteur précise en ce sens qu'il « existe des délinquants pour cause de désir d'enfant » et que ces « auteurs sont sains d'esprit, bien que sous l'emprise d'un état émotif et passionnel qui ne saurait fonder la contrainte morale exclusive de responsabilité pénale ». Elle explique qu'« ils ne sont pas les seuls acteurs de ces tragédies contemporaines. Ils agissent en accord avec les parents biologiques ou avec la complicité de personnels médicaux ou sociaux plus ou moins persuadés d'agir dans l'intérêt de l'enfant. Inévitablement, ils trouveront sur leur route les exploiters de la détresse humaine qui proposeront leurs services moyennant une rémunération ».

⁸⁸⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 35, p. 72.

caractérise son fondement volontaire appelle à l'inverse une protection effective dans son essence mais modulée dans son application.

SECTION 2. LA PROTECTION PÉNALE MODULÉE DU LIEN DE FILIATION VOLONTAIRE

219. - La subjectivité qui caractérise la filiation volontaire pourrait prioritairement laisser croire au détachement du droit répressif, qui se tourne d'usage vers la protection des valeurs objectives. Il en va toutefois autrement quand l'analyse s'oriente vers le caractère spécifique de l'affection qui entoure le lien de filiation. Le modèle affectif de filiation, fragilisé du point de vue de son origine et de son mode d'établissement, se trouve à l'inverse enserré par la certitude émotionnelle qui marque la volonté d'être parent. La subjectivité de l'origine du lien a pour corollaire positif la certitude du sentiment qui le crée. Le lien de filiation volontaire existe comme résultante de la rencontre entre deux volontés individuelles qui forment un souhait univoque de parenté⁸⁸⁵. Il se peut aussi parfois que le lien de filiation n'émane que de l'expression d'une volonté unique. Le lien de filiation affectif reste caractérisé par la conviction et l'assurance qu'engendre la ferme volonté de devenir parent⁸⁸⁶.

220. - Parce qu'elle en constitue une condition d'existence, la volonté parentale est susceptible de jouer un rôle fondamental dans l'établissement de la filiation⁸⁸⁷. Considéré dans son acception biologique, le lien structurel de filiation, qui unit un enfant à son parent, peut exister par anticipation et se concrétiser avec la naissance. Dans sa dimension affective, ce lien sera cependant créé ou constaté postérieurement. Le lien de filiation peut être institué par l'intermédiaire de la procédure de reconnaissance de l'enfant. L'expression de la volonté parentale a en ce lieu pour corollaire direct l'établissement d'un lien de filiation juridique. Eu égard à l'impact considérable que ce processus peut avoir sur la structure familiale, il est primordial qu'elle résulte d'une action sincère et assurée. La volonté parentale véritable s'apparente à une condition nécessaire et suffisante à la création du lien de filiation naturel, bien qu'elle ne suffise pas à la concrétisation du lien de filiation artificiel. L'authenticité de la

⁸⁸⁵ Dans son acception contemporaine, la parenté peut alors tout aussi bien se traduire du côté de la biologie que de celui de l'affect.

⁸⁸⁶ Sur la parenté d'intention, v. D. FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté – Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », in *La famille en mutation*, *Arch. phil. dr.*, 2014, T. 57, p. 37. L'auteur constate que le « mythe de la volonté », qui fonde la filiation sur un engagement, accompagne désormais le « mythe de l'engendrement » et joue un rôle dans l'existence sociale de la parenté.

⁸⁸⁷ V. plus largement G. CORNU, *La famille*, L.G.D.J., 9^e éd., 2006, n° 7, pp. 14 et s., qui remarque que « l'accroissement du pouvoir des volontés individuelles dans le droit de la famille est une marque essentielle de l'infléchissement de ce droit ».

filiation affective suppose en effet automatiquement celle du consentement parental qui la crée. Dans cette acception, les parents de l'enfant bénéficient d'un véritable pouvoir de consécration du lien structurel de filiation. L'expression de la volonté parentale ne se résume cependant pas toujours en la capacité d'asseoir concrètement ce lien, mais peut parfois consister à l'inverse en la demande de sa création. Les parents qui se trouvent dans l'incapacité biologique d'enfanter et témoignent d'une volonté nécessaire se placeront dans ces conditions dans une position insuffisante à la production isolée du lien. L'inaptitude à l'élaboration exclusive du lien de filiation engendrera pour eux l'obligation de demander sa création et ce lien se concrétisera finalement par l'expression de la liberté individuelle d'être parent. Si dans son versant négatif cette dernière revient à pouvoir refuser l'accession à la parenté, elle se conçoit positivement comme la possibilité de choisir librement de devenir parent. L'expression de la liberté parentale suffira à la création du lien de filiation lorsque cette dernière s'inscrit dans une dimension naturelle mais devra être concrétisée par une manifestation de volonté supplémentaire dans le cas des filiations artificielles. Dans cette acception, le lien de filiation volontaire résultera nécessairement de l'expression conjointe de la liberté et de la volonté parentale, quand la première suffira à l'établissement de la filiation naturelle. Si la création de cette dernière contient une part de volonté, le désir d'enfant y restera intériorisé et sera intrinsèquement contenu dans l'expression de la liberté parentale. En d'autres termes, l'extériorisation de la liberté parentale suffira à l'établissement du lien de filiation naturel quand elle devra obligatoirement être couplée à celle de la volonté parentale pour la création du lien de filiation volontaire.

221. - Qu'elle en constitue le versant positif ou négatif, la volonté individuelle semble bien jouer un rôle essentiel dans la production du lien de filiation. Partant, il serait légitime de s'attendre à un soutien pénal en adéquation. L'examen de la protection pénale du lien de filiation affectif démontre cependant un appui limité. Par conséquent, il est loin d'être certain que « ce mouvement civil trouve un écho significatif en droit pénal »⁸⁸⁸. Le droit pénal se manifeste dans toute son autonomie par la perception ou conception qu'il retient du fondement volontaire du lien de filiation. Au sein de cette dernière, la liberté parentale émerge en définitive de façon paradoxale comme le pendant passif de la volonté parentale. Quand elle occupe un rôle actif dans le processus de formation du lien de filiation, la volonté parentale affirme l'autonomie de sa force créatrice. La liberté parentale affiche au contraire une fonction purement passive, qui démontre une insuffisance à l'élaboration indépendante du lien volontaire de filiation. La logique inviterait la répression à se tourner vers la protection de la valeur la plus fragilisée.

⁸⁸⁸ *Ibid.*

222. - L'expression de la liberté parentale devrait bénéficier d'une protection pénale effective et conforme aux enjeux qu'elle véhicule, alors que la volonté parentale, qui concrétise un état existant, est plus à même d'assurer seule sa sauvegarde. La simple expression du consentement parental suffit en effet dans ce dernier cas à fonder le lien de filiation. Sa création ne rencontre pas d'autres obstacles que celui que la volonté est susceptible de s'opposer à elle-même quand elle décide de ne pas s'exprimer. La formation du lien de filiation affectif, qui résulte directement de l'expression de la volonté parentale, souffre cependant d'une difficulté supplémentaire, bien plus délicate à percevoir. La constitution du lien est en effet conditionnée dans sa validité par l'expression d'une volonté authentique. La protection pénale, qui devrait s'en écarter, s'avère pleinement légitime à reprendre sa place dans le cas de l'expression d'un consentement parental biaisé. Lorsque l'expression de la liberté parentale a pour effet de demander la création du lien, la protection pénale se tourne à l'inverse vers la protection et l'assise du consentement parental authentique. Partant, le droit répressif peut être légitime à porter son attention tant du côté des atteintes portées au consentement parental par ses propres détenteurs, que de celui des atteintes portées par des tiers, qui entravent la liberté individuelle d'être parent. Quand elle concerne l'expression falsifiée de la volonté créatrice du lien de filiation, la protection pénale ne démontre toutefois qu'un intérêt restreint et illusoire pour le consentement parental. L'analyse révèle à l'inverse un intérêt plus tangible de la répression pour la protection des atteintes portées à l'expression de la liberté parentale, bien qu'il reste tout de même modulé. La protection pénale restreinte de la volonté parentale falsifiée (§1) répond alors à la protection pénale modulée de l'authenticité de la liberté parentale (§2).

§1. La protection pénale restreinte de la volonté parentale falsifiée

223. - Dans son acception positive, l'expression du consentement parental se traduit par la manifestation externe de la volonté d'être parent. Cette dernière s'exprime alors communément à travers la procédure de reconnaissance parentale, instituée et encadrée par le droit civil. Quand il sanctionne la formalisation simulée de la volonté d'être parent, le droit répressif paraît alors à première vue agir comme le bras armé du droit familial. L'examen de la protection pénale de l'externalisation falsifiée de la volonté parentale démontre néanmoins l'apparence qui marque la considération répressive pour le lien structurel de filiation volontaire (A). L'illusion qui entoure l'appréhension pénale du consentement parental résulte en réalité du processus général d'instrumentalisation que le droit pénal met à l'œuvre à l'égard de l'institution de la filiation, au profit de la protection de valeurs qui lui sont étrangères (B).

A. L'apparente prise en compte du consentement parental dans la protection pénale du lien volontaire de filiation

224. - La volonté parentale émerge comme acteur central du processus de création du lien de filiation. La place qui lui est désormais accordée témoigne du caractère essentiel de son expression. Cette dernière engendre en effet des conséquences considérables, puisqu'elle entraîne la création du lien de filiation qui structure l'institution familiale. Malgré l'impact qu'elle peut engendrer, l'encadrement pénal de son expression n'existe pas toujours et dépend de la nature du consentement parental. Lorsque la volonté est substantiellement orientée vers la vérité, le droit pénal n'intervient pas et son expression potentielle s'éclipse au profit de la gestion familiale du lien de filiation. À partir du moment où il se trouve entaché de vice, le lien de filiation suscite cependant l'intervention du droit pénal et semble devenir l'objet de sa protection. Le consentement parental émerge alors comme objet d'une protection pénale conditionnée et peut alternativement créer la filiation quand il s'exprime dans son authenticité (1) ou susciter la répression si la fraude l'emporte sur la vérité (2).

1. Le consentement parental authentique créateur de filiation

225. - L'établissement de la filiation répond à des règles particulières, qui diffèrent selon le statut conjugal du couple parental. Quelle que soit sa nature, la filiation est désormais⁸⁸⁹ « établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant »⁸⁹⁰. La reconnaissance de maternité n'est en ce sens plus nécessaire à l'établissement de la filiation maternelle naturelle. Cette procédure est désormais utilisée par la mère dans le seul cas où son nom ne figure pas dans l'acte de naissance, ce qui se produit essentiellement en cas de rétractation de sa part après un accouchement qu'elle désirait anonyme. La procédure de reconnaissance doit cependant être obligatoirement utilisée par le père désireux d'établir un lien juridique avec l'enfant lorsque les parents ne sont pas unis par un lien matrimonial de couple. La présomption de paternité se traduit nécessairement par le fait que « l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari »⁸⁹¹. Cette règle est cependant écartée « lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père »⁸⁹²

⁸⁸⁹ Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* n° 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, l'établissement de la filiation maternelle d'un enfant naturel ne nécessite plus une reconnaissance. En l'absence de cette dernière, la filiation n'était originellement pas établie, à moins de bénéficier d'une possession d'état conforme au titre de naissance qui rendait possible une déclaration judiciaire de filiation maternelle naturelle.

⁸⁹⁰ C. civ., art. 311-25.

⁸⁹¹ C. civ., art. 312.

⁸⁹² C. civ., art. 313.

et ne pourra jamais s'appliquer en l'absence de lien matrimonial. Dans ces configurations, le père devra procéder à la reconnaissance juridique de l'enfant. La reconnaissance constitue par ailleurs le mode d'établissement de la filiation paternelle dans le cas d'une procréation médicalement assistée hétérologue⁸⁹³. Qu'elle émane de l'un ou de l'autre des parents, la reconnaissance peut en tous les cas être faite avant ou après la naissance⁸⁹⁴ et doit prendre la forme d'un acte authentique, qui se confond généralement avec l'acte de naissance ou avec un acte reçu par l'officier d'état civil et qui doit comporter de nombreuses mentions obligatoires⁸⁹⁵.

226. - Quand elle se concrétise par la reconnaissance de l'enfant, l'expression de la volonté parentale aboutit alors directement à la création du lien de filiation. Eu égard aux effets juridiques que cette procédure provoque sur le statut de l'enfant, il est primordial de s'assurer de l'authenticité du consentement parental à la reconnaissance. L'établissement de la filiation engendre nécessairement les droits et devoirs issus de l'autorité parentale ainsi que les obligations relatives à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. L'intérêt de l'enfant doit en ce sens demeurer le seul critère fondateur de la reconnaissance. Cette considération suppose impérativement la vérification de la réalité du consentement parental. Du point de vue civil, cette manifestation de volonté n'est cependant assortie d'aucune procédure de contrôle préalable. Le droit pénal semble à l'inverse assurer ce rôle et sanctionner l'expression d'une volonté simulée quand il réprime la reconnaissance d'enfant contractée à la seule fin d'obtenir ou de faire obtenir un titre de séjour ou la nationalité française et affirme son indépendance. Afin de s'assurer de l'expression non viciée du consentement à la filiation, le droit répressif encadre ce pouvoir créateur en incriminant le fait de reconnaître un enfant « aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française »⁸⁹⁶. Le droit répressif sanctionne ce comportement par cinq ans d'emprisonnement et quinze mille euros d'amende et le texte réprime en outre la « tentative d'organisation d'une reconnaissance d'enfant aux mêmes fins ». Les peines complémentaires de l'interdiction de séjour ou du territoire français peuvent également être ajoutées à la sanction de ce comportement⁸⁹⁷. Le

⁸⁹³ La procréation médicalement assistée est dite homologue ou endogène lorsque les cellules germinales proviennent uniquement du couple demandeur. Elle sera à l'inverse qualifiée d'hétérologue ou exogène quand elles proviennent en partie d'un tiers donneur extérieur au couple.

⁸⁹⁴ V. en ce sens les dispositions de l'article 316 du Code civil.

⁸⁹⁵ À l'instar de l'information relative au caractère divisible du lien de filiation ainsi établi ou des noms, prénoms, dates et lieux de naissance de l'enfant et de l'auteur de la reconnaissance.

⁸⁹⁶ CESEDA, art. L. 623-1. Le texte est le même que celui qui réprime les unions matrimoniales frauduleuses qui ont été étudiées lors de l'analyse du lien structurel de couple. V. *supra*, n° 57.

⁸⁹⁷ CESEDA, art. L. 623-2.

caractère frauduleux qui enserre le consentement parental contribue à lui octroyer une protection pénale, qui se manifeste à travers son érection en objet de répression.

2. Le consentement parental contrefait objet de répression

227. - À l'instar de ce qui est mis en œuvre pour les mariages, cette disposition permet d'appréhender dans le même temps la réalité sociale constituée par les reconnaissances de complaisance. La reconnaissance permet l'acquisition de la nationalité française par l'enfant et peut produire des droits pour son parent. Elle s'impose aux autorités étatiques tant qu'elle n'est pas contestée. La reconnaissance peut être dite simplement mensongère quand elle ne correspond pas à la vérité biologique. Elle peut parfois dans le même temps ne pas concorder avec une volonté réelle d'établir un lien familial avec l'enfant. La reconnaissance sera alors qualifiée de frauduleuse dès lors que l'intention exclusive de son auteur n'est pas de se conformer aux obligations qui résultent du lien de filiation, mais consiste à faire octroyer à l'enfant un avantage lié à cette institution ou à en bénéficier directement. La reconnaissance de complaisance est cependant entachée de fragilité, puisqu'elle peut faire l'objet d'une action en contestation de la filiation en cas de conflit de paternité⁸⁹⁸, à moins qu'elle ne soit rendue inattaquable par le jeu d'une possession d'état conforme au titre ayant dépassé le délai de cinq années. La reconnaissance peut par ailleurs et surtout être contestée par le ministère public « si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi »⁸⁹⁹. Le comportement ne constitue cependant une incrimination que si la fraude est spécifique à l'acquisition de nationalité.

228. - Puisque « la reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur »⁹⁰⁰, et que l'enfant, incapable par nature, ne peut précisément pas en être à l'origine, le droit concentre sa répression sur la personne du parent, qui peut uniquement être l'auteur du comportement. Si cette infraction paraît à première vue se placer dans la droite ligne de la protection de l'institution de la filiation, son examen approfondi révèle à son tour de nombreuses incohérences la rendent inopérante à plusieurs égards. Les remarques qui ont été faites à propos des peines attribuées aux mariages de complaisance et de la rareté de ce comportement peuvent être reprises à l'identique⁹⁰¹. À la différence du dispositif civil de contrôle préventif mis en œuvre pour prévenir les mariages de complaisance, il n'existe pas de contrôle

⁸⁹⁸ C. civ., art. 333.

⁸⁹⁹ C. civ., art. 336. L'invraisemblance de la filiation pourra par exemple être déduite de l'âge trop bas ou trop élevé du déclarant quand la fraude à la loi pourra être constituée par la perception d'aides sociales ou l'obtention de la nationalité française.

⁹⁰⁰ C. civ., art. 316.

⁹⁰¹ Selon les chiffres rapportés par l'INED, seuls 6 % des enfants ne sont pas reconnus par leur père biologique.

préalable de l'authenticité du consentement parental à une reconnaissance⁹⁰². Cette absence de garantie peut être avancée comme une justification de l'intervention pénale en ce domaine et suscite des interrogations légitimes quant à l'opportunité de créer une procédure d'opposition à l'enregistrement des reconnaissances frauduleuses de paternité. Située en amont de la reconnaissance, cette action, qui pourrait être mise en œuvre par le ministère public en cas de doutes sérieux sur le caractère authentique de la reconnaissance, paralyserait son caractère officieux en la privant d'effets juridiques. Si l'encadrement répressif de ces reconnaissances paraît de ce fait plus légitime que celui accordé aux mariages de complaisance, il est cependant très loin d'être certain que la protection concerne réellement l'institution de la filiation. La protection de l'ordre public familial, qui est réalisée à travers la prise en compte du consentement parental dans la réalisation de la filiation, relève uniquement de la politique de l'apparence. L'illusion qui entoure la sanction des détournements du lien structurel de filiation volontaire résulte en réalité de l'instrumentalisation de l'institution de la filiation au profit de la protection de valeurs qui lui sont étrangères.

B. L'instrumentalisation de la protection pénale du lien volontaire de filiation

229. - En apportant son concours à lutte contre la falsification du consentement parental à la création du lien de filiation, le droit pénal pose des limites objectives à l'assise des volontés individuelles. Son action participe de la sanction répressive de la volonté parentale faussée par la prééminence intellectuelle d'objectifs externes à la filiation et aux droits et obligations qu'elle engendre. Exempte d'authenticité, l'expression de la volonté individuelle se trouve paralysée par le jeu des sanctions pénales. Le constat de cet étouffement pourrait mener à déduire un intérêt répressif réel pour l'assise des volontés individuelles intervenant dans le processus de filiation. La neutralisation pénale de l'expression des volontés individuelles résulte cependant d'une tout autre cause et se produit directement au profit de l'expression pénale de valeurs collectives.

230. - Quand elles s'écartent de la filiation, les reconnaissances blanches lui portent indéniablement atteinte par le désintérêt qui leur est inhérente. En sanctionnant leur survenue, le droit répressif paraît œuvrer directement à cause et en faveur de la préservation de l'institution familiale. En neutralisant l'expression de la volonté individuelle qui ne se

⁹⁰² V. à ce titre les commentaires de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 39, p. 74, note 108, qui précisent que « le texte ne réprime que la reconnaissance frauduleuse, alors même que la filiation peut être établie par d'autres actes juridiques : acte de naissance, acte de notoriété, décision de justice constatant une possession d'état ou déclarant le lien de filiation, décision d'adoption » mais que « la raison en est que ces actes se prêtent plus malaisément à la fraude que la reconnaissance car la volonté individuelle ne suffit pas à établir le lien ». Le contrôle préventif qui précède les autres actes suffira alors à neutraliser l'établissement du lien de filiation.

conforme pas aux objectifs du droit familial, le droit pénal affirmerait ainsi un soutien assuré aux enjeux véhiculés par ce dernier. Une analyse plus poussée des objectifs qui guident son action démontre cependant que cette préservation n'est que la conséquence indirecte de l'assise de valeurs supérieures. À travers la répression de la volonté parentale falsifiée, le droit répressif ne manifeste pas son intérêt pour l'ordre public familial. Sa principale motivation est ailleurs et tient une nouvelle fois dans la sanction du droit des étrangers. La substance de l'incrimination est en vérité parfaitement étrangère à la protection du lien familial structurel de filiation, puisqu'elle relève « davantage de la lutte contre l'immigration clandestine, que de la protection des structures familiales »⁹⁰³. L'encadrement pénal des reconnaissances de complaisance, qui existe aux côtés de celui des mariages du même type, révèle une conception pragmatique et intéressée de la globalité de l'institution familiale. Le droit répressif adopte en effet une vision totalement utilitaire de cette dernière, qu'il instrumentalise à son gré au profit de l'expression pénale de valeurs collectives.

231. - Qu'elle se rapporte à l'institution matrimoniale ou à celle de la filiation, l'acquisition de la nationalité semble exister comme une cause générale d'incrimination des comportements qui portent atteinte à l'institution familiale. Un regard plus pointilleux fait cependant émerger le détachement dont il fait preuve à l'égard de cette dernière, qu'il utilise au bénéfice de la protection de l'ordre public général. La filiation n'est nullement appréhendée sous le prisme du rôle qu'elle occupe dans la structure de la famille, mais reste uniquement considérée sous l'angle du rôle d'intermédiaire qu'elle peut jouer dans la répression d'une valeur extrafamiliale. C'est alors le droit répressif qui semble prendre la figure du fraudeur, quand il laisse croire à la protection d'une institution qu'il détourne en réalité pour son profit personnel. Le constat est finalement celui de la protection virtuelle et superficielle de l'ordre public familial, qui n'est pas un objet de droit pénal, et de l'existence d'un mépris répressif à l'égard d'une institution familiale instrumentalisée. En ce qu'elle ne participe pas réellement de la protection du lien de filiation affectif, la répression de la reconnaissance frauduleuse ne trouve pas sa place dans la catégorie des infractions familiales, qui doivent avoir la protection de l'institution comme principe d'action.

232. - D'aucuns diront que l'analyse est sévère quand ce stratagème s'impose au droit pénal comme le seul moyen d'asseoir à la fois les sanctions du droit des étrangers et la protection du consentement à l'union. Le mal pourrait être bien pire à exclure cette reconnaissance du champ répressif, sous prétexte que la protection de la famille n'y constitue pas le principal motif d'intervention. La naïveté inhérente à cette vision aurait pour mérite la conservation de la protection minimale actuelle. La solution de facilité, qui consiste à préférer le moindre mal,

⁹⁰³ *Ibid.*

n'est cependant pas toujours acceptable et il convient de réfléchir à la dissociation des intérêts répressifs en présence. Cette dernière solution semble cependant elle-même inapplicable, puisque la politique de lutte contre l'immigration s'avère bien trop polémique pour être affichée comme une valeur sociale fondamentale nécessitant l'intervention du droit pénal, à moins qu'elle se concentre explicitement sur la lutte contre l'immigration clandestine ou illégale. L'affichage unique de la lutte contre la fraude à l'institution familiale semble lui-même très délicat puisque le flou qui entoure la notion de famille rend la définition précise de cette institution impossible. La solution intermédiaire, critiquée par cette recherche, qui consiste à lutter de concert, en utilisant la première au bénéfice de la seconde, s'avère politiquement la plus judicieuse mais reste juridiquement trompeuse. La discussion aboutit à une impasse, dont la sortie peut appeler plusieurs ouvertures. Un abaissement relatif des pénalités encourues permettrait, en premier lieu, de mettre en adéquation la répression du comportement avec la rareté de sa perpétration, sans pour autant remettre en cause l'efficacité de la gestion publique des flux migratoires. La dissociation pourrait, en second lieu, être partiellement réalisée en excluant les peines complémentaires d'interdiction de séjour ou du territoire français du domaine des sanctions qui lui sont attribuées.

233. - La protection pénale de la volonté parentale falsifiée relève en définitive d'une tromperie au sein de laquelle le droit répressif n'accorde que peu de place à l'expression des volontés individuelles. L'analyse révèle en conséquence les limites de la part occupée par les volontés individuelles dans la constitution du lien familial de filiation : « la protection des limites que le droit pénal apporte aux volontés individuelles dans la constitution des liens de famille se révèle ainsi limitée, le droit pénal paraissant bien plutôt attaché à la protection de la volonté des individus »⁹⁰⁴. L'indifférence répressive qui gouverne le domaine de la volonté parentale qui crée la filiation ne s'étend cependant pas à celui de l'expression de la liberté parentale qui requiert son établissement. Le droit répressif semble en effet « se préoccuper davantage du soutien qu'il peut apporter à la liberté de constituer une famille »⁹⁰⁵. Le regain d'intérêt dont il témoigne pour la liberté d'être parent peut s'expliquer par la fragilité qui caractérise la volonté à cet endroit. Cette dernière n'est plus susceptible d'être atteinte dans son essence, par un vice qui émane de l'intérieur, mais devient la cible d'atteintes externes, qui ont pour but de neutraliser son effectivité. La protection pénale de la liberté parentale n'est pas orientée vers la sanction de la volonté faussée mais vers l'affirmation du désir authentique. Si elle constitue une réalité, elle comporte cependant à son tour quelques limites. L'analyse démontre finalement une promotion pénale modérée de l'expression de la liberté parentale.

⁹⁰⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 44, p. 78.

⁹⁰⁵ *Ibid.*

§2. La promotion modérée de la liberté parentale

234. - Au moment du passage de la protection d'une volonté à celle d'une liberté, la répression quitte le domaine du consentement falsifié, pour atteindre celui du désir véritable. Lorsqu'il protège l'enfant, le droit pénal ne distingue pas en fonction des types de filiation, qu'il traite de façon égalitaire. Cette vision d'ensemble ne l'empêche cependant pas de prendre en compte les particularités inhérentes à chaque espèce de filiation au sein de la protection qu'il accorde. Quand elle ne peut reposer sur une base biologique, la filiation est généralement issue de la rencontre de deux volontés individuelles, qui s'accordent pour recourir à des procédés de substitution. Dans des cas plus minoritaires, elle peut néanmoins émaner de l'affirmation d'une volonté parentale unique. La concordance affective qui caractérise ce lien engendre logiquement la mise en œuvre de techniques alternatives à la création biologique du lien de filiation. Les procédés qui peuvent aboutir à la création du lien volontaire de filiation sont variés et susceptibles de nombreux abus. Le droit pénal s'avère alors légitime à intervenir pour en sanctionner les détournements. Les modes alternatifs de procréation recouvrent plusieurs réalités et se rapportent communément à la pratique controversée de la gestation pour autrui et à l'institution de l'adoption.

235. - Le droit répressif ne porte pas le même regard sur toutes les procédures qui remplacent le fondement biologique de la filiation. S'il appréhende l'adoption positivement, pour en encadrer les contournements, il considère à l'inverse la maternité de substitution de façon négative, en sanctionnant le fait même de recourir à cette procédure. La protection pénale du lien de filiation affectif est une réalité qui s'avère néanmoins flexible et s'adapte en fonction du type de procédé concerné. L'examen révèle en effet une protection pénale inégale des procédures de substitutions susceptibles de donner naissance au lien de filiation affectif. La liberté parentale, qui s'exprime à travers la demande d'adoption, sera protégée par l'arme pénale, alors que celle que traduit le recours à la gestation pour autrui se verra automatiquement exclue par l'arsenal répressif. La liberté parentale adoptive semble l'objet d'une véritable promotion pénale (*A*), quand la liberté parentale permutative exprimée par la maternité de substitution demeure le sujet d'une exclusion incontestable (*B*).

A. La promotion pénale fictive de l'expression de la liberté parentale adoptive

236. - Rapportée à la volonté de recourir à l'institution de l'adoption, l'expression du consentement parental ne crée pas directement le lien de filiation affectif mais déclenche le processus qui permettra potentiellement son établissement. Le consentement parental ne se rapporte plus à une prérogative créatrice de droit actif mais se formalise à travers l'expression d'une liberté passive, dont la concrétisation dépend de critères qui lui sont extérieurs. La

liberté parentale adoptive est caractérisée par une fragilité qui la rend facilement altérable. La précarité qui la constitue favorise en ce sens le développement de comportements propres à lui porter atteinte. Le droit pénal semble faire preuve d'une réelle considération à l'égard de l'expression de la liberté parentale adoptive par l'intermédiaire de la répression des détournements de l'institution de l'adoption, qui ont pour victimes directes les parents en devenir et peuvent en ce lieu adopter une coloration accessoire. L'érection pénale de la liberté parentale adoptive en objet de protection prend cependant encore une fois la figure de leurre. À travers la prise en compte de la liberté parentale, le droit pénal démontre en effet un intérêt mensonger pour l'institution de l'adoption dans l'unique dessein d'atteindre la sauvegarde d'intérêts latéraux. L'examen démontre de ce fait une protection pénale dévoyée du lien de filiation adoptif (1), directement issue du détournement répressif de la liberté parentale (2).

1. Une protection pénale dévoyée du lien de filiation adoptif

237. - Dans son versant positif, la liberté parentale s'entend de celle de pouvoir opérer un choix parmi les différents modes de procréation offerts au couple ou à l'individu par la nature ou par la loi. Entendue négativement, elle consiste aussi à refuser de devenir parent et à pouvoir rester inscrit dans un lien familial, qui se perpétue indépendamment de la création d'un nouveau lien de filiation. Lorsqu'il ne pourra pas être exhaussé par le biais de la conception biologique, naturelle ou artificielle, le souhait parental se concentrera sur l'institution de l'adoption et participera du caractère affectif de la conception. Le lien de filiation issu de la volonté adoptive peut concerner plusieurs hypothèses, qui diffèrent selon la nature de l'adoption considérée. L'adoption plénière est irrévocable⁹⁰⁶ et « confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine »⁹⁰⁷ tandis que dans le cas de l'adoption simple, « l'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires »⁹⁰⁸. Que la volonté parentale s'oriente vers l'une ou l'autre de ces possibilités, elle a dans tous les cas pour dessein exclusif l'instauration d'un lien de filiation, quand elle s'exprime de façon authentique. Le cadre juridique qui entoure l'institution de l'adoption participe alors de la préservation de cette liberté individuelle. Puisqu'elle correspond à un acte juridique réalisé sous contrôle judiciaire préalable, l'adoption peut être empêchée ou annihilée de façon préventive. Nonobstant l'efficacité qui semble attribuée aux

⁹⁰⁶ C. civ., art. 359.

⁹⁰⁷ V. en ce sens C. civ., art. 356, qui dispose en outre que « l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage » qui s'appliquent entre ascendants et descendants et à moins que l'enfant adopté soit celui de son conjoint.

⁹⁰⁸ C. civ., art. 364.

sanctions civiles dans la protection de ses détournements, le droit pénal bénéficie d'une place croissante en ce domaine⁹⁰⁹.

238. - Dans sa dimension adoptive, le lien de filiation paraît pénalement protégé par la répression des atteintes perpétrées à son encontre. Ces dernières peuvent non seulement exister au détriment de l'institution, mais touchent surtout les acteurs de cette liberté. Le droit répressif intervient à ce titre pour réprimer « le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître »⁹¹⁰ et fait encourir à l'auteur de ce comportement une année d'emprisonnement et quinze mille euros d'amende. Le comportement d'entremise en vue de l'adoption constitue une atteinte au fonctionnement de l'institution adoptive, en ce qu'elle en détourne le but principal au profit de considérations lucratives, qui doivent normalement lui rester étrangères. L'entremetteur se fait maître de la relation qui se crée entre plusieurs individus exprimant une volonté parentale antagonique. Le champ matériel de l'infraction n'a cependant pas été sans susciter des questionnements quant à la substance même du fait de s'entremettre, qui « n'implique pas de pressions exercées sur les parents biologiques de l'enfant »⁹¹¹. La notion d'intermédiaire ne fait l'objet d'aucune définition juridique. S'il est certain que « seul est pénalement répréhensible celui qui, concrètement, permet la réalisation de l'adoption par l'accès à l'enfant »⁹¹², l'absence de précision de la notion a dès lors été débattue en jurisprudence et mise à l'épreuve du principe de légalité. L'intermédiaire a finalement été considéré comme « une personne qui sert de lien entre deux autres »⁹¹³ ou « qui intervient dans un circuit de distribution commerciale »⁹¹⁴. Le tiers intermédiaire utilise à son profit l'absence de volonté parentale qui existe d'un côté, pour satisfaire l'existence de celle du couple demandeur de sa création. En ce qu'il encadre l'immixtion d'un tiers dans le processus

⁹⁰⁹ V. D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 46, p. 78, qui précisent en ce sens que « depuis les années 50, le dispositif répressif a été constamment renforcé dans l'ordre parental ».

⁹¹⁰ C. pén., art. 227-12, al. 2.

⁹¹¹ A. GOUTTENOIRE, V° « Enfance », *préc.*, n° 43.

⁹¹² C. CASTELLA, « Sur une mise en lumière inédite du droit pénal de l'adoption », *RDSS*, 2008, p. 740. L'auteur ajoute qu'« en revanche, il importe peu que l'entremise ait été directe ou indirecte ».

⁹¹³ V. les observations de M. BRUGGEMAN, « Le droit pénal de l'adoption à l'épreuve du principe de légalité », *Dr. fam.*, 2010, n° 6, alerte 38, à propos de la décision *Cass. crim.*, 18 mars 2008, *Bull. crim.*, n° 66. La Cour européenne des droits de l'homme est par ailleurs venue préciser les contours du délit d'activité illégale d'intermédiaire pour l'adoption dans sa décision *Stoica c/ France*, req. n° 46535/08, rendue en date du 6 mai 2010, en considérant que l'absence de définition précise de la notion n'était pas un obstacle à l'incrimination de ce comportement à partir du moment où le justiciable est à même de comprendre le sens de cette notion. Elle fait ainsi une nouvelle application du principe de prévisibilité de la loi pénale et considère que les dispositions répressives peuvent être plus ou moins floues et adaptables tant que leur contenu reste prévisible.

⁹¹⁴ *Ibid.*

de satisfaction du désir d'enfant, « le contrôle public est alors nécessaire puisqu'il devient le garant de la capacité et de la moralité de ces intermédiaires »⁹¹⁵.

239. - Dans la mesure où les agissements de l'entremetteur sont uniquement réprimés quand ils sont corroborés par la recherche d'un intérêt, il pourrait être tentant de penser que l'absence de considération lucrative entraîne automatiquement l'impunité de ce comportement. Ce dernier peut cependant aisément entrer dans l'infraction de provocation à l'abandon d'enfant lorsque le lucre est remplacé par un intérêt divers, puisque l'acte adoptif nécessite forcément le déplacement physique et juridique de l'enfant⁹¹⁶. Cette répression existe aux côtés des incriminations générales de faux et d'enlèvement, qui peuvent parfois s'y superposer. Seule l'action totalement désintéressée est finalement exempte de répression. L'absence de pression économique suppose en effet celle de l'exploitation de la détresse matérielle et psychologique de l'individu ou du couple qui désire abandonner ou adopter. Si cette situation peut parfois être plus favorable à l'intérêt de l'enfant, la présence du lucre inclut nécessairement la répression. Partant, une personne, privée ou morale de droit privé, qui ne manifeste pas d'intérêt lucratif, peut être légalement autorisée à servir d'intermédiaire à l'adoption⁹¹⁷. Toutefois, si ces personnes se livrent à ces activités sans autorisation ou malgré une interdiction d'exercer, leur comportement retombera sous le coup de la loi pénale et sera susceptible d'être sanctionné par une peine identique à celle encourue pour le délit d'activité d'entremise à l'adoption⁹¹⁸. Cette pénalisation, qui affermit les conditions d'accès à la fonction d'intermédiaire, témoigne de la moralisation du droit pénal de l'adoption.

⁹¹⁵ C. CASTELLA, « Sur une mise en lumière inédite du droit pénal de l'adoption », *art. préc.* L'auteur insiste sur le rôle du droit pénal « comme le renfort nécessaire de la réglementation de l'activité de ces personnes privées susceptibles d'intervenir dans la procédure d'adoption ». V. dans le même sens Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 276, qui précise que par la recherche de solutions de substitution ou d'assistance à la procréation faisant appel à la médecine ou à l'adoption, la « cohorte des demandeurs d'enfant fait état d'un désir d'enfant inassouvi ». L'auteur rapporte à cet effet une grande disproportion entre la demande et l'offre puisqu'elle fait référence à vingt-deux demandes pour un enfant. V. dans le même sens les observations de J.-Fr. RENUCCI, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *art. préc.*, spéc. p. 83, qui précise que « le désir d'enfant reste fort et peut conduire à des comportements blâmables découlant du fait que beaucoup de demandes d'adoption ne peuvent être satisfaites ».

⁹¹⁶ V. en ce sens les développements de R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 2187, p. 1774, qui précisent que ces comportements « s'inscrivent dans la continuité d'une même action » et sont « unis par le but auquel ils tendent : pourvoir au "marché de l'adoption" en cherchant à se procurer, auprès de parents disposés à se prêter à ce trafic, les enfants qui seront proposés à des personnes désireuses de devenir des adoptants ».

⁹¹⁷ V. en ce sens CASF, art. L. 225-11, qui dispose que « tout organisme, personne morale de droit privé, qui sert d'intermédiaire pour l'adoption ou le placement en vue d'adoption de mineurs de quinze ans, doit avoir obtenu une autorisation préalable d'exercer cette activité auprès du président du conseil général de chaque département dans lequel elle envisage de placer les mineurs concernés ».

⁹¹⁸ V. CASF, art. L. 225-19, qui dispose qu'« est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros le fait d'exercer l'activité d'intermédiaire pour l'adoption ou le placement en vue de l'adoption de mineurs de quinze ans sans avoir obtenu l'autorisation préalable prévue au premier alinéa de l'article L. 225-11 ou malgré une interdiction d'exercer » et ajoute, pour les personnes physiques, la peine complémentaire d'interdiction d'exercer l'activité professionnelle d'accueil, d'hébergement ou de placement de mineurs.

L'exclusion corollaire du lucre invite normalement à refuser toute rémunération des intermédiaires, sans quoi leur comportement entrerait directement en conflit avec l'incrimination d'entremise lucrative à l'adoption. Une indemnisation minimale des personnes habilitées sera toutefois légalement admise, dans la mesure où elle servira au remboursement des frais obligatoirement exposés pour mettre en œuvre la procédure et revêtira un caractère raisonnable et proportionné. Les limites du défraiement toléré s'avèrent cependant assez floues et les frontières entre la proportion et la disproportion sont souvent poreuses. Le licite ne sera jamais loin de l'illicite dans un domaine encadré par des limites si incertaines. Cette infraction se situe en outre elle-même dans la catégorie des infractions à valeurs sociales multiples : « directement, elle vise à garantir l'encadrement institutionnel de l'adoption ; indirectement, elle concourt au respect de son encadrement substantiel, ce qui inclut naturellement la protection de la liberté des parents par le sang, mais vise surtout à préserver l'intérêt de l'enfant, notamment en interdisant le trafic d'enfant »⁹¹⁹. La garantie affichée principalement sert cependant encore une fois à protéger directement des valeurs qui paraissent accessoires mais qui gouvernent en réalité l'action répressive. Quel que soit son objet spécifique, l'incrimination, qui ne nécessite pas forcément l'obtention du résultat recherché pour être mise en œuvre, reste concentrée sur les tiers et exclut tant de son champ personnel le ou les aspirants à l'adoption que le couple ou la femme qui abandonne. Cette éviction peut paraître paradoxale quand leur dangerosité dépasse parfois largement celle de l'entremetteur. Ces individus restent néanmoins indirectement inclus dans le champ répressif qui entoure ces incriminations, puisqu'ils pourront être inquiétés pour complicité s'ils ont conscience d'apporter leur concours à un acte illicite et encourront de fait des peines identiques.

240. - Dans cette configuration, le renoncement à un lien de filiation existant engendre alors directement la création d'un nouveau lien. Par un procédé de transmutation, le lien de filiation renié se transforme en lien de filiation désiré. En s'octroyant la place d'intermédiaire, le négociateur peut tirer personnellement profit d'une double détresse affective. La répression du comportement de celui qui exploite la filiation par le biais de sa mercantilisation peut révéler un intérêt répressif pour la protection de cette institution. Cette incrimination constitue « la sanction pénale des règles civiles relatives à l'adoption qui imposent la remise d'un enfant de moins de deux ans à l'aide sociale à l'enfance ou à une œuvre privée d'adoption »⁹²⁰. À travers l'encadrement des dérives de la filiation adoptive, le droit pénal démontrerait un réel intérêt pour l'institution familiale, qui occuperait la place d'un objet de droit pénal protégé

⁹¹⁹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 46, pp. 79-80.

⁹²⁰ A. GOUTTENOIRE, V° « Enfance », *préc.*, n° 43. L'auteur précise que la règle issue de l'article 348-5 du Code civil ne permet pas aux parents par le sang de choisir les parents adoptif et qu'elle est édictée dans le but de lutter contre la marchandisation occulte des enfants et l'exploitation de la détresse affective de la mère.

dans son essence. L'analyse est toutefois superficielle, tant ce droit semble à l'inverse manquer de considération pour l'objet familial. La protection pénale du lien de filiation adoptive apparaît dévoyée au profit d'objectifs qui lui sont étrangers et résulte en réalité d'un processus de manipulation répressive de la liberté parentale.

2. Le détournement répressif de la liberté parentale adoptive

241. - L'encadrement des atteintes à l'établissement volontaire du lien de filiation issu de l'adoption semble se rapporter à l'application de dispositions imparfaites et éparses, qui ne correspondent nullement à la répression de la valeur affichée. L'examen révèle en définitive un édifice fragile et guère menaçant, puisque les textes sont rarement mis en œuvre et que les poursuites sont souvent inopportunes⁹²¹. Les réticences à la pénalisation sont logiques dans un domaine où la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant postule justement souvent davantage l'absence de répression. Cette dernière s'avère inopportune quand elle a pour conséquence le maintien de l'enfant dans un milieu pathogène, exempt de protection matérielle, qui reflète l'absence de désir parental. Quand elle concerne un comportement naturellement dissimulé, la pénalisation peut dans le même temps engendrer des conséquences néfastes en termes d'augmentation de sa clandestinité et de sa dangerosité. Si ces remarques contiennent une part de vérité, il est cependant plus facile de jeter l'opprobre sur la pénalisation que de penser son amélioration⁹²². Dans la première acception, le recours à la sanction pénale peut être contesté à propos du délit d'activité illégale d'intermédiaire pour l'adoption, puisque la sanction civile du retrait de l'habilitation ou de l'autorisation doit normalement suffire à l'arrêt de l'activité. La pratique démontre cependant une continuation fréquente du comportement illicite, que le retrait d'autorisation ne semble pas efficace à empêcher.

242. - Il est possible de considérer que « seule la répression semble alors à même de produire l'effet dissuasif indispensable à un assainissement de l'activité d'entremise pour l'adoption »⁹²³. Quand il sanctionne les détournements de l'adoption qui peuvent donner lieu

⁹²¹ V. les précisions détaillées de A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *art. préc.*, qui fait état de la « timidité répressive » qui caractérise ce domaine. V. dans le même sens D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 46, p. 79, qui constatent que « les éléments constitutifs de ces infractions restreignent leur portée et révèlent bien quelle est leur raison d'être principale ».

⁹²² V. en ce sens les remarques de A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *art. préc.*, qui accuse ces considérations de « fausses croyances » en ce que leur bienfondé reviendrait à annihiler tout l'esprit du droit pénal et fait d'ailleurs remarquer que « la sanction pénale serait souvent moins dure que la sanction civile destructrice, elle de l'adoption ».

⁹²³ *Ibid.*

à un profit lucratif, le droit répressif manque toutefois d'attention à l'égard de cette institution, qu'il utilise pour satisfaire d'autres valeurs sociales. La liberté parentale qui transparait à travers elle est en réalité détournée par la répression pour satisfaire un objectif de protection protéiforme. Ce dernier arbore en effet des fins plurielles et se divise en trois branches distinctes. À travers la protection affichée de la liberté parentale adoptive, le droit pénal porte, en premier lieu, son attention sur l'assise du principe de gratuité qui entoure le respect de la dignité et de l'indisponibilité du corps humain⁹²⁴. En sanctionnant celui qui tire parti de la vulnérabilité psychologique du couple ou de l'individu en mal de filiation⁹²⁵, il protège directement et dans le même temps l'intégrité psychique de la personne. Le droit répressif intervient en dernier lieu et surtout pour protéger l'intérêt de l'enfant, en sanctionnant à la fois son déplacement matériel et le transfert de filiation exempt de garanties juridiques. Parce qu'elle est utilisée au triple bénéfice d'intérêts convergents mais variés, la liberté parentale adoptive est alors l'objet d'une manipulation répressive. De ce fait, « il est douteux que la loi pénale entende protéger ici la structure familiale qu'est la filiation »⁹²⁶.

243. - Cette opération est le témoin d'un processus complexe de hiérarchisation des valeurs sociales, que le droit répressif opère de façon absconse. Si elle existe⁹²⁷, la classification répressive des valeurs qu'il protège est assez mystérieuse et difficilement perceptible. Elle se déduit généralement de la formalisation des comportements infractionnels, qui ne correspond pas toujours à la classification préétablie dans laquelle ils se sont intégrés. Partant, il n'est pas rare qu'une infraction entre dans la catégorie des incriminations que cette étude qualifie d'infractions à valeurs sociales multiples. S'il semble en l'espèce assez délicat de hiérarchiser entre l'intérêt de l'enfant, l'indisponibilité de son corps et de ses droits, et la protection de l'intégrité psychique de la personne, qui intègrent tous trois la sauvegarde de la vulnérabilité de la personne, il est à l'inverse très aisé de placer le lien adoptif de filiation, ainsi que la structure familiale dont il fait partie, en bas de la chaîne des valeurs sociales pénalement

⁹²⁴ V. en ce sens les propos de A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *art. préc.*, qui précise que « les objectifs du droit pénal de l'adoption restent assez ponctuels » puisque « sont particulièrement visés les exploiters de la détresse humaine, les mauvais intermédiaires, les fauteurs de maternité de substitution » ; ils consistent en réalité à régler le problème du commerce d'enfant et de l'atteinte à la dignité humaine dont le respect est juridiquement garanti.

⁹²⁵ Le mal de filiation s'entend ici doublement puisqu'il se réfère tant à la détresse matérielle et affective dans laquelle se trouve le couple qui abandonne son enfant, qu'à la vulnérabilité psychologique dans laquelle se trouve celui dont le désir de descendance ne peut être satisfait.

⁹²⁶ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 46, p. 79. Les auteurs précisent que la loi pénale « semble surtout vouloir ainsi préserver les intérêts individuels en cause : l'intérêt de l'enfant parfois ; la liberté des parents (et tout particulièrement la liberté de la mère) le plus souvent (raison pour laquelle certains auteurs placent ces infractions sous la bannière du "droit" à la maternité ou paternité).

⁹²⁷ Si la création d'incriminations est théoriquement censée résulter d'un processus antérieur de classification et de hiérarchisation des valeurs sociales qui nécessitent l'intervention du droit pénal, la matérialisation effective de ce processus reste cependant incertaine. Partant, la classification des valeurs sociales peut tout aussi bien être déduite de l'existence des incriminations qu'en constituer le fondement.

appréhendées. Les droits fondamentaux de l'enfant et le consentement intellectuel des individus l'emportent en ce sens clairement sur la famille, qui semble uniquement intégrer la partie finale de son domaine d'action. Parce qu'il considère la liberté parentale comme un moyen qu'il détourne pour atteindre des fins extrinsèques à l'institution familiale, le droit répressif adopte à son tour la figure de manipulateur de l'adoption. Loin d'arborer passivement un rôle d'accessoire purement décoratif, le droit pénal assoit au contraire activement son réalisme. L'organisation pénale du désir de parenté⁹²⁸ ne passe cependant pas uniquement par la promotion trompeuse de l'expression de la liberté parentale adoptive. La liberté parentale qui s'exprime à travers la demande d'adoption fait en définitive l'objet d'une protection intéressée, mais demeure indirectement sauvegardée. Celle que traduit le recours à la gestation pour autrui se voit au contraire prohibée par un droit pénal qui exprime prudemment son caractère censeur.

B. La censure répressive de l'expression de la liberté parentale substitutive

244. - Rapportée à la volonté de recourir à la pratique de la gestation pour autrui, l'expression du consentement parental se heurte directement aux limites de l'illicite. En ce qu'elle se réfère nécessairement à la conclusion d'une convention portant sur l'enfant, la maternité de substitution fait l'objet d'une réprobation sociale et législative majoritaire. La nullité d'ordre public⁹²⁹ est en effet automatique à l'égard de « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui »⁹³⁰. La sanction civile de la convention de gestation pour autrui est directement fondée sur le respect des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes⁹³¹. Contrairement aux choses, les personnes ne peuvent classiquement pas faire l'objet de conventions⁹³². Un contrat qui inclut la cession de

⁹²⁸ À ce stade de la présente réflexion, il peut être intéressant de se demander s'il existe un véritable droit subjectif à la parenté. Ce dernier consisterait à ériger le désir parental en prérogative individuelle destinée à être concrétisée chaque fois qu'elle est exprimée. Si être parent constitue assurément une liberté individuelle socialement reconnue, son opposabilité aux tiers ainsi que sa reconnaissance judiciaire semblent cependant très délicates à mettre en œuvre. En ce qu'elle inclut nécessairement des paramètres contingents et se rapporte à la création biologique ou naturelle d'un lien familial qui inclut d'autres protagonistes, l'érection de la parenté en droit ne semble pas opportune. Une observation identique peut être formulée quant à la parentalité. Sur ces interrogations, v. not. Th. FOSSIER, « Un droit de la famille centré sur la parentalité », in P. GRELLEY (dir.), *Nouvelles figures de la parentalité*, IS, CNAF, 2008, vol. 5, n° 149, p. 32.

⁹²⁹ C. civ., art. 16-9.

⁹³⁰ C. civ., art. 16-7. Cette disposition est directement issue de la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JORF* n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11056.

⁹³¹ V. à ce titre les développements de Chr. ATIAS, « Le contrat de substitution de mère », *D.*, 1986, chron. p. 147, qui considère que ce contrat est nul parce qu'il « méconnaît l'ordre public le plus impérieux en disposant d'un être humain », « qu'il constitue une fraude manifeste aux dispositions légales impératives fixant les conditions de l'adoption » et que l'indisponibilité de la personne humaine « est une règle fondamentale ».

⁹³² V. en ce sens C. civ., art. 1128.

l'enfant s'avère nécessairement exempt d'objet et de cause licite⁹³³ et se pose en contrariété avec l'ordre public⁹³⁴. La nullité de cette convention vise en outre la sanction du détournement de l'institution de l'adoption⁹³⁵, puisqu'elle entraîne l'impossibilité corollaire de l'établissement d'une filiation maternelle.

245. - Le droit répressif sanctionne quant à lui uniquement le comportement de l'entremetteur et laisse les mères de substitution et les couples commanditaires hors de son champ. Si elle touche une partie de la société, cette mise à l'index n'est cependant pas absolue et la liberté parentale de quelques-uns cherche parfois à s'exercer à travers ce phénomène. Parce qu'elle se rapporte à des considérations à la fois éthiques, morales, philosophiques, psychologiques, religieuses, sociales et juridiques, la gestation pour autrui suscite de nombreuses controverses et semble constituer un problème inextricable. L'illégalité qui caractérise la maternité de substitution se trouve néanmoins injustifiée à de nombreux égards. La réprobation sociale dont elle est l'objet, qui se traduit à travers la sanction civile, témoigne de fondements incertains, quand l'appréhension pénale de cette convention fait preuve de sagesse en excluant ses protagonistes du champ répressif. La sanction répressive mesurée de l'entremise à la gestation pour autrui (2) répond alors paradoxalement à la réprobation civile injustifiée de la convention de gestation pour autrui (1).

1. La réprobation civile injustifiée de la convention de gestation pour autrui

246. - La gestation pour autrui peut s'entendre d'un ensemble de situations dans lesquelles une femme accepte de porter et de mettre au monde un enfant à la demande de tiers commanditaires. Elle participe directement des remèdes apportés aux désirs d'enfant⁹³⁶, qui ne peuvent être comblés dans les cas de pathologies utérines⁹³⁷. Si le vocable est unique, il se rapporte en réalité à deux situations qu'il est nécessaire de distinguer. La mère porteuse est

⁹³³ V. C. civ., art. 1108.

⁹³⁴ V. les précisions de R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, L.G.D.J, 1996, p. 497, qui affirme que la sanction de nullité est justifiée car il s'agit de sanctionner la convention illicite elle-même, qui a précédé la manœuvre qu'elle a pour objet de valider.

⁹³⁵ V. not., sur l'existence d'une théorie générale du détournement d'institutions familiales, D. FENOUILLET, « Le détournement d'institutions familiales », in A. DECOCQ, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER (dir.), *Mélanges Philippe MALAURIE*, Éd. Defrénois, 2005, p. 237, qui affirme que « le droit n'est pas qu'un jeu et que les institutions, notamment familiales, échappent, dans leur destination, à la libre volonté des sujets ».

⁹³⁶ V. not. Fr. TERRÉ, obs. sous *Cass. ass. plén.*, 31 mai 1991, *Bull. A.P.*, n° 4 : *JCP G*, 1991, II, 21752, p. 381, qui fait état de la maternité pour autrui comme remède à la stérilité féminine qui a en réalité existé de tout temps et à toute époque, et précise en ce sens que « la maternité pour autrui est vieille comme le monde » et qu'« elle a, depuis longtemps, manifesté l'entraide féminine dans le combat de la stérilité ».

⁹³⁷ De façon somme toute paradoxale, la paternité pour autrui fait déjà l'objet d'un encadrement législatif dans le cas d'une procréation médicalement assistée hétérogène.

dite de premier type lorsqu'elle est à la fois génitrice et gestatrice⁹³⁸. Elle peut à l'inverse être considérée de second type quand elle est uniquement gestatrice⁹³⁹. L'action de la mère porteuse inclut donc un facteur génétique dans le premier cas, quand elle se contente d'un usage utérin dans le second⁹⁴⁰. Bien que non négligeable, cette distinction reste absente des dispositions juridiques relatives à la gestation pour autrui. L'absence de traduction formelle de ce phénomène peut cependant paraître regrettable, dans le sens où il n'est pas certain que les deux modes de fonctionnement doivent être regardés sous le même angle. La mère d'emprunt est susceptible d'avoir un rôle plus ou moins passif dans la conception de l'enfant. Si son action se restreint à l'accueil d'un embryon existant, elle n'inclut aucune modification du patrimoine génétique de l'enfant. Si le mode d'action diverge, le procédé s'assimile quant à son résultat à l'effet qu'aurait eu une procréation naturelle. Les conséquences du recours à la gestation pour autrui de second type pourraient être envisagées de façon plus libérale que celles attribuées à la gestation pour autrui qui entraîne une substitution génétique. Pour être admise, cette dernière ne saurait résulter que du cas dans lequel la pathologie procréative qui touche la femme désireuse d'enfant empêche le libre choix du mode de gestation. Dans le cas inverse, le recours à la gestation pour autrui ne devrait être autorisé que dans sa dimension gestatrice. Afin d'éviter les dérives que son utilisation abusive pourrait susciter, il convient en effet de prôner le recours à la science uniquement lorsqu'il est strictement nécessaire. L'appréhension juridique différenciée des types de gestation pour autrui ne constituerait nullement une pratique discriminatoire, dès lors que les femmes concernées ne sont pas placées dans une situation pathologique identique.

247. - Lorsqu'elle est utilisée, la convention de gestation pour autrui se réfère à un double engagement. La mère de substitution promet une prestation qui concerne à la fois sa personne et celle de l'enfant à naître. Par l'acceptation de la maternité de substitution, elle s'engage à porter, puis à délivrer et remettre l'enfant. Si la disposition qu'elle fait de son propre corps peut être indépendamment regardée sous l'angle de la licéité, notamment au titre de la libre disposition de son corps et de ses fonctions reproductrices, l'acte de remise qu'elle engendre à l'égard du corps de l'enfant est considéré comme purement illicite. L'acte de cession, qui conventionnalise la personne de l'enfant⁹⁴¹, est entaché de nullité et regardé comme portant

⁹³⁸ La conception consistera en une insémination artificielle à partir des gamètes de l'homme appartenant au couple commanditaire.

⁹³⁹ La fécondation se produira préalablement et la mère porteuse se contentera d'accueillir un embryon d'ores et déjà fécondé et issu des gamètes des deux membres du couple commanditaire.

⁹⁴⁰ La distinction terminologique entre les maternités de premier et de second type a été formalisée par J. RUBELLIN-DEVICHI, « Mère porteuse, premier type et deuxième type », *Revue de droit de l'enfance et de la famille*, 1992, pp. 141-142.

⁹⁴¹ V., pour l'utilisation de la notion « d'enfant conventionnel », J. HAUSER, « Un nouveau né : l'enfant conventionnel ? », *D.*, 1996, chron. 182, qui fait état de la force qu'occupe la convention dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation.

directement atteinte à l'ordre public à travers la violation indirecte de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, et le détournement indirect de l'institution de l'adoption⁹⁴². Cette nullité aura classiquement pour conséquences l'impossible établissement de la filiation maternelle de l'enfant à l'égard de la mère demandeuse, qui ne pourra pas adopter l'enfant, ainsi que la conservation de l'autorité parentale par la mère gestationnelle en l'absence de danger pour l'enfant⁹⁴³. La maternité de substitution invite toutefois automatiquement à distinguer la procréation de la gestation. La confusion qui est opérée à travers la censure de cette procédure est troublante lorsque le droit familial encadre parallèlement la conception pour autrui, notamment à travers la législation sur le don.

248. - Les fondements qui justifient la sanction civile du dispositif paraissent extrêmement faibles et manquent de cohérence dans un droit qui encadre désormais de multiples conventions ayant le corps humain pour objet⁹⁴⁴. La force de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes se verrait en outre amoindrie par le caractère fictif qui émane de ces principes⁹⁴⁵. La place théorique occupée par les fondements de la prohibition sociale de la gestation pour autrui ne semble plus vraiment correspondre à celle que recouvrent ses applications pratiques. L'illégalité qui entoure la gestation pour autrui produit des effets pervers, qui se caractérisent par le développement du phénomène du tourisme procréatif⁹⁴⁶ et par le recours à des contournements multiples de l'interdiction⁹⁴⁷. Ces derniers révèlent l'absence de pouvoir dissuasif de ces dispositions et peuvent être vus comme les témoins d'une relative inutilité. L'assertion est d'autant plus certaine quand le rejet d'une

⁹⁴² La référence à l'ordre public peut cependant perdre de sa force dans le contexte contemporain de la contractualisation de la famille et de son droit. V. en ce sens D. FENOUILLET et P. DE VAREILLE-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation du droit de la famille*, Economica, coll. « Études juridiques », 2001.

⁹⁴³ V. not. la décision polémique *Cass. civ. 1^{re}*, 23 avril 2003, inédit, n° 02-05.033 : *RTD Civ.*, 2003, n° 4, p. 693, note J. HAUSER, qui refuse le retrait de l'autorité parentale à la mère porteuse en l'absence de défaillance maternelle ou de danger avéré pour l'enfant.

⁹⁴⁴ V. en ce sens les développements de V. DEPADT-SEBAG, « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de la gestation pour autrui », *Revue générale de droit médical*, 2004, n° 12, p. 135, qui considère que le maintien de la cohérence des procréations médicalement assistées impose d'admettre la gestation pour autrui.

⁹⁴⁵ V. pour cette idée les propos de M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, à propos de la maternité de substitution », *RTD Civ.*, 1992, p. 513, qui considère que « c'est dans l'imaginaire plutôt que dans les pratiques que s'est épanoui, comme celui de la liberté de la volonté, le principe de l'indisponibilité du corps, aussi faux que le précédent ».

⁹⁴⁶ V. not. J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA*, 2001, n° 62, p. 24.

⁹⁴⁷ Les contournements peuvent notamment consister en l'établissement d'une relation médicale caractérisée par le mensonge sur une situation de concubinage ou sur une prétendue stérilité, dans le but de pouvoir recourir à une procréation médicalement assistée. Si la filiation paternelle est généralement établie par la reconnaissance, l'établissement de la filiation maternelle peut dans le même temps se faire par l'intermédiaire de la simulation d'enfant corroborée par un faux en écriture publique, qui constitue un comportement infractionnel autonome. L'interdiction peut ensuite être contournée par un accouchement anonyme suivi de la reconnaissance du père et de l'adoption par la femme désireuse d'enfant. Elle peut enfin tomber factuellement suite à la reconnaissance de l'enfant par la mère gestationnelle qui donne son consentement à l'adoption par la femme stérile.

convention fondée sur le danger qu'elle engendre pour l'enfant revient précisément à lui porter une atteinte supérieure. Il n'est pas superflu de rappeler qu'en ce domaine, comme dans beaucoup d'autres, « il faut raison garder faute de quoi il arrive que l'inutile devienne dangereux »⁹⁴⁸.

249. - L'enfant, dont l'indisponibilité est placée au centre de l'interdiction, se retrouve finalement victime de cette dernière⁹⁴⁹. Ce constat appelle à savoir hiérarchiser les intérêts en cause et à se rappeler que « le désir d'enfant face au droit pénal, c'est aussi le sort de cet enfant au risque du droit pénal »⁹⁵⁰. Les divers contournements de la prohibition, l'impossible régularisation de son état civil et les difficultés d'établissement de sa filiation maternelle le placent au centre d'une insécurité matérielle et juridique⁹⁵¹ qui porte directement atteinte à ses intérêts ainsi qu'aux droits et à la protection dont il doit bénéficier⁹⁵². La justification tirée du caractère d'ordre public attribué à la lutte contre la fraude parvient malheureusement à faire passer l'intérêt général avant celui de l'enfant. Loin de rester centré sur l'enfant, le droit de la famille révèle en ce lieu un visage *sociocentrique* et se pose en contradiction avec le pédocentrisme qui le caractérise actuellement. Appréhendée sous l'angle de l'interdit, la gestation pour autrui induit parfois dans le même temps une discrimination parentale, puisqu'elle reste réservée aux familles qui disposent de moyens financiers suffisants, ainsi qu'une rupture d'égalité entre les différents types de filiation quand le bénéfice de l'adoption est écarté. Si l'argument qui se fonde sur la discrimination dans la capacité de braver la loi est certainement fallacieux, l'inégalité existe cependant au sein même de l'interdit et doit être prise en compte comme un motif supplémentaire de suppression. Partant, la mise en place d'un encadrement juridique de la gestation pour autrui apparaît non seulement légitime mais surtout nécessaire au règlement de ces incohérences et au respect des droits de l'enfant.

⁹⁴⁸ Fr. TERRÉ, « *Mater semper certa est* - Un débat incertain ou prématuré ? », *JCP G*, 2009, n° 26, p. 62.

⁹⁴⁹ La chose peut paraître étonnante quand l'article 1165 du Code civil qui instaure l'effet relatif des contrats empêche normalement ces derniers de pouvoir nuire aux tiers. Le droit des obligations n'est toutefois certainement pas le plus approprié pour encadrer les conventions relatives à la procréation. Si la sanction civile peut être nécessaire, elle reste actuellement inadaptée et ne semble pas proportionnée à la réalité sociale dans laquelle s'insère la gestation pour autrui.

⁹⁵⁰ Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 296.

⁹⁵¹ *Ibid.* L'auteur met l'accent sur le « danger d'une filiation bâtie sur la violation de la loi pénale » et fait remarquer que « dès lors, c'est prendre un risque considérable que de vouloir fonder des liens familiaux sur une situation qui est non seulement non reconnue pour la loi mais encore réprimée par elle ». Les interactions du droit et de la filiation sont en effet décrites comme complexes quand la filiation juridique répond à la sociologique, à la biologique et à l'affective et quand la filiation juridique devient encore plus importante lorsque la biologique fait défaut.

⁹⁵² V. à ce sujet les propos de Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249, qui considère que quand il prive l'enfant de filiation, le droit de la famille, loin d'être pédocentrique, fait passer la paix des familles, l'ordre social et la stabilité des structures familiales avant l'intérêt de l'enfant.

250. - Le remède pourrait consister dans un premier temps à délier la nullité de la convention et l'impossibilité corollaire de recourir à l'adoption⁹⁵³. Si le droit européen n'interdit pas la sanction étatique du recours aux mères porteuses, il a récemment fait primer l'intérêt supérieur de l'enfant et la vie privée et familiale sur les dispositions d'ordre public en permettant la transcription des actes de naissance étrangers d'un enfant né d'une gestation pour autrui sur les registres de l'état civil national⁹⁵⁴. La cohérence voudrait cependant qu'il se tourne vers l'abandon de la sanction civile de la maternité de substitution et vers la licéité d'un certain type de conventions de gestation pour autrui. La convention de gestation pour autrui légalement et psychologiquement encadrée et issue de la libre expression des volontés individuelles pourrait entrer en conformité avec l'ordre public. Les principes du consentement libre et éclairé, de l'anonymat, de la gratuité et du contrôle par une autorité judiciaire habilitée seraient à même de garantir sa licéité. L'expérience du droit comparé⁹⁵⁵ réfute en outre l'argumentaire fondé sur les dérives instrumentalistes et réificatrices, qui existeraient tant à l'encontre de la mère gestationnelle qu'à l'égard de l'enfant et auxquelles mènerait la licéité du processus⁹⁵⁶. La dérive la plus dangereuse se manifeste à l'inverse dans l'absence d'encadrement juridique de la gestation pour autrui, qui porte directement atteinte à l'intérêt de l'enfant. L'autorisation pourrait par ailleurs être conçue comme une exception uniquement réservée aux femmes atteintes de stérilité, voire adopter un caractère subsidiaire et être réservée à celles qui sont dans l'impossibilité de recourir à la procréation médicalement assistée ou à l'adoption⁹⁵⁷. Parce que la conception est désormais dissociable de la gestation,

⁹⁵³ L'enfant est en effet bien objet de la convention mais existe comme sujet de l'adoption. Cette différence de statut pourrait en ce sens justifier celle du traitement opéré entre ces deux problématiques.

⁹⁵⁴ V. Cour EDH, 26 septembre 2014, *Mennesson c/ France*, req. n° 65192/11 et Cour EDH, 26 septembre 2014, *Labassee c/ France*, req. n° 65941/11. V. aussi Cour EDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, req. n° 25358/12. La décision qui concerne les affaires françaises est essentiellement motivée par le caractère biologique de la filiation qui existe avec le père d'intention et porte principalement sur la question de la filiation et de l'identité de l'enfant. L'affaire italienne se distingue puisqu'elle porte à titre principal sur la question de la prise en charge de l'enfant par les services sociaux et se concentre sur la problématique de son éloignement. À la demande du gouvernement italien, cette dernière affaire a par ailleurs été renvoyée le 1^{er} juin 2015 pour réexamen devant la Grande Chambre de la CEDH et laisse émerger la délicate question de la vente d'enfant.

⁹⁵⁵ Les législations qui ont encadré ce procédé de façon conditionnée, à l'image de celles des Pays-Bas, du Canada, des États-Unis ou du Royaume-Uni, font notamment état de comportements altruistes et désintéressés et manifestent de très faibles taux de conflits de maternité, positifs ou négatifs, ainsi qu'un respect quasi systématique des obligations de remettre et d'accueillir l'enfant.

⁹⁵⁶ V. not. les développements de Cl. NEIRINCK, « Commentaires des projets de loi relatifs à l'éthique biomédicale », *LPA*, 1992, n° 75, p. 5, qui considère que « la mère porteuse, en mettant ses forces reproductrices au service d'un couple, permet à celui-ci d'atteindre un but auquel elle n'est pas partie » et ajoute que « dans cette convention, elle perd sa qualité de sujet ». En mettant sa capacité gestationnelle au service d'autrui, la femme s'objectise. V. aussi dans le même sens les réflexions de Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *art. préc.*, qui précise que l'adultère procréatif est immoral car il instrumentalise, au profit du couple, le tiers géniteur dans la partie la plus intime de son être.

⁹⁵⁷ Un tel dispositif place alors une nouvelle fois la réflexion sur le terrain du droit à l'enfant. Si les droits de l'enfant ne suscitent plus de controverses et sont unanimement admis, le droit à l'enfant reste polémique. V. en ce sens les interrogations de M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD Civ.*, 1988, p. 657, qui s'interroge sur le rapport entre les droits de l'enfant et le droit à l'enfant qui est de plus en plus revendiqué, notamment à travers la procréation médicalement

l'adage *mater semper certa est* est loin d'être toujours certain⁹⁵⁸. La réflexion contemporaine doit inéluctablement se tourner vers la mise à égalité des maternités génétiques et affectives. À la lumière d'une législation incohérente, injustifiée, détournée et nocive à l'intérêt de l'enfant, il apparaît urgent de réformer le dispositif actuel pour rendre à la gestation pour autrui la place qu'elle mérite d'avoir dans les thérapies juridiques de l'infertilité féminine et lui donner l'occasion de satisfaire dans le même temps les intérêts du couple demandeur, de la mère porteuse et de l'enfant. Afin de faire ressortir toutes les potentialités que cache leur concordance, ces droits ne doivent pas être opposés mais associés dans un processus d'amélioration. Si la réprobation civile de la convention de gestation pour autrui se montre difficilement justifiée, son appréhension répressive a fait preuve davantage de sagesse et a su prendre la mesure des intérêts en présence.

2. La sanction répressive mesurée de l'entremise à la gestation pour autrui

251. - En sanctionnant uniquement l'activité d'entremise à la gestation pour autrui, le droit répressif fait le choix délibéré de laisser la mère gestationnelle ainsi que le couple commanditaire hors de son champ d'action⁹⁵⁹. Il considère le phénomène de gestation pour autrui uniquement au travers de l'exploitation qui peut en être réalisée par autrui et non plus pour autrui. Il s'intéresse davantage à l'altérité qui instrumentalise cette convention qu'à celle qui en est destinataire. Si le recours à la gestation pour autrui n'est pas incriminé de façon autonome par le législateur pénal, le souci de renforcer l'interdiction civile « se comprend au regard des conséquences de la gestation pour autrui, qui offre la filiation comme objet contractuel et éclate la notion de maternité, introduisant ainsi très largement la pluri-parentalité et la parenté d'intention dans le système juridique »⁹⁶⁰. La répression du « fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre »⁹⁶¹, issue elle aussi de la législation sur la bioéthique, est regardée comme le pendant pénal de l'interdiction civile.

assistée. Si la procréation naturelle constitue incontestablement une liberté, la même remarque ne peut être faite à l'encontre de la procréation assistée qui fait intervenir des composantes extérieures dans le processus de conception. La gestation pour autrui ne saurait dans cette idée être considérée comme un nouveau mode de filiation.

⁹⁵⁸ V. en ce sens les interrogations de Fr. TERRÉ, « *Mater semper certa est* - Un débat incertain ou prématuré ? », *art. préc.*

⁹⁵⁹ L'impunité qui est ici octroyée résulte du fait que la réponse pénale n'a pas été jugée nécessaire à la lumière de la détresse matérielle et affective dans laquelle les couples et les mères de substitution sont déjà inscrits. V. en ce sens B. BIOULAC, *Rapport sur le projet de loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, AN n° 2871, 30 juin 1992, p. 140.

⁹⁶⁰ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 31, p. 69.

⁹⁶¹ C. pén., art. 227-12, al. 3.

Cette disposition, qui est considérée comme le versant pénal de la lutte des pouvoirs publics contre la maternité de substitution, résulte d'une consécration de la décision jurisprudentielle qui avait antérieurement reconnue la nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance⁹⁶². L'examen détaillé de cette infraction rend cependant compte d'une autre réalité et il n'est pas certain qu'elle corresponde aux fondements issus de la défense contractuelle et familiale qui lui sont attribués.

252. - Le droit répressif semble à première vue désireux d'inclure le plus grand nombre de comportements possible dans le champ de cette infraction. Les éléments constitutifs du délit d'entremise à la gestation pour autrui sont en effet entendus très largement. Le but de l'acceptation importe peu, dans la mesure où la répression existe même en cas d'entremise exempte de profit personnel. Contrairement à ce qui est à l'œuvre pour l'institution de l'adoption, le caractère intéressé n'est pas nécessaire à la répression. Cette dernière ne distingue pas non plus selon le type de gestation pour autrui utilisé. Le mode de conception importe peu tant que l'entremise existe. Cette dernière notion ne semble pas non plus faire l'objet d'une définition précise et sera entendue comme l'action de la personne qui met en relation, par analogie avec la conception qui a été retenue lors de l'étude de la filiation adoptive⁹⁶³. L'accueil de l'enfant est aussi largement appréhendé, puisque le fait d'accueillir peut tant concerner une personne qu'un couple, sans considération de la nature du lien de couple. C'est uniquement le désir d'enfant qui est pris en compte, dans la mesure où la volonté d'accueil n'a pas à avoir été formalisée juridiquement. Le champ d'application matériel de l'infraction fait toutefois l'objet d'une restriction, puisque le comportement n'a pas vocation à s'appliquer à la femme d'ores et déjà enceinte. Contrairement aux infractions de provocation à l'abandon d'enfant et d'entremise à l'adoption, le délit d'entremise à la gestation pour autrui ne concerne que les enfants à naître et réprime l'incitation à la conclusion de la convention⁹⁶⁴. Partant, « cette disposition complète le dispositif de provocation à l'abandon en permettant la répression de l'opération consistant à faire naître un enfant en vue de le faire adopter et non plus seulement de faire adopter un enfant déjà né ou conçu »⁹⁶⁵. Le tiers qui convainc la femme enceinte d'abandonner son enfant à un instant postérieur au commencement de sa grossesse tombera sous le coup de l'incrimination de provocation à l'abandon d'enfant⁹⁶⁶.

⁹⁶² Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *préc.*

⁹⁶³ V. *supra*, n° 239.

⁹⁶⁴ L'infraction a donc essentiellement été créée pour sanctionner le comportement d'associations qui recrutent massivement des mères porteuses en devenir.

⁹⁶⁵ A. GOUTTENOIRE, V° « Enfance », *préc.*, n° 45.

⁹⁶⁶ Le va-et-vient qui existe entre les incriminations réprimées par les trois alinéas de l'article 227-12 du Code pénal a pu faire dire à A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance

253. - L'infraction est intentionnelle, mais est la seule du triptyque à être assortie de deux circonstances aggravantes, dont l'existence isolée ou cumulée double les peines encourues quand le comportement se commet « à titre habituel ou dans un but lucratif »⁹⁶⁷. La référence à l'habitude consacre ici la prise en compte de la pratique de certaines entreprises ou associations qui ont précisément pour objet le recrutement et la mise en contact de mères gestationnelles avec les parents commanditaires. La référence au lucre évite quant à elle « une marchandisation ou une réification de la maternité et de l'enfance, qui serait incompatible avec le principe de dignité humaine »⁹⁶⁸. S'il est rare que la pratique habituelle existe sans le lucre, ce dernier intervient cependant souvent de façon isolée. Les deux causes d'aggravation sont inscrites dans un rapport d'indépendance qui tient compte de la pratique. Hors des précisions relatives au *quantum* des peines et à la présence d'aggravation, la répression du comportement de provocation à l'abandon d'enfant et de celui d'entremise à l'adoption et à la gestation pour autrui s'avère unitaire en ce qui concerne le régime de la complicité et l'admission de la tentative. Si les parents d'accueil et la mère porteuse sont exclus de la répression, car ils ne peuvent être les auteurs principaux de ces comportements, ils pourront cependant être inquiétés pour leur complicité, dans la mesure où ils auront conscience de participer à un acte illicite⁹⁶⁹.

254. - Les comportements purement individuels de recours à la convention de gestation pour autrui ne semblent pas porter atteinte à l'ordre public et ne nécessitent nullement un encadrement répressif⁹⁷⁰. Si le comportement d'entremise à la gestation pour autrui est quant à lui très largement considéré par le dispositif répressif, il ne parvient paradoxalement que très rarement à la connaissance des autorités. Son caractère occulte, cumulé au secret médical qui

médicale à la procréation et d'adoption », *art. préc.*, que ces derniers étaient parfois interchangeables et constituaient en réalité les tuiles d'une même toiture.

⁹⁶⁷ C. pén., art. 227-12, al. 3. Les peines, qui sont à la base identiques à celles encourues pour l'entremise à l'adoption, sont alors portées à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

⁹⁶⁸ Ph. BONFILS, « Atteintes à la filiation », *préc.*, n° 23.

⁹⁶⁹ V. en ce sens les propos de A. BOURRAT-GUEGUEN, « La mère porteuse ne peut pas se voir retirer l'autorité parentale en l'absence de danger pour l'enfant », *JCP G*, 2004, II, n° 16, p. 10058, commentant la décision *Cass. civ. 1^{re}*, 23 avril 2003, inédit, n° 2003-023116.

⁹⁷⁰ La création d'une infraction autonome destinée à réprimer préventivement les personnes qui désirent avoir recours à ce procédé paraît de ce fait totalement inutile et disproportionnée. La lutte contre l'instrumentalisation de l'enfant ne doit pas passer par la répression qui aboutirait en ce lieu à lui octroyer un statut encore plus précaire. Par l'édiction de cette incrimination, le droit pénal arborerait uniquement une fonction expressive dont les dangers pour sa cohérence ont par ailleurs été dénoncés. V. D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 31, p. 69, qui précisent en outre qu'« une telle incrimination d'un désir d'enfant, peu probable dans la société compassionnelle contemporaine, se heurte toutefois à diverses objections ». Elle serait en premier lieu inutile et constituerait un doublon avec la supposition d'enfant ou la complicité d'entremise à la gestation pour autrui. Elle serait dans un second temps inefficace, puisque la peine privative de liberté des parents d'accueil serait néfaste pour l'enfant et que l'amende serait quant à elle peu dissuasive dans ce cas.

paralyse souvent sa révélation⁹⁷¹, empêche l'effectivité de sa répression. Il n'est pas certain que cette dernière soit la plus souhaitable, dans la mesure où cette infraction ne semble porter directement atteinte à aucun des protagonistes qu'elle implique. Puisque les intérêts de toutes les parties sont satisfaits par la finalité de cette action, il semble bien délicat de nommer une victime. Les arguments relatifs à la contractualisation de l'enfant et au respect de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes ont précédemment démontré leurs limites. L'absence de répression autonome du recours à la gestation pour autrui témoigne en outre d'un désintérêt pénal pour ces principes, qui gouvernent pourtant l'institution familiale. Ces remarques appellent à militer en faveur de la dépénalisation de l'entremise à la gestation pour autrui qui se commet de façon désintéressée. L'absence de profit personnel révèle en effet la volonté du tiers de venir au secours du désir d'enfant et s'éloigne en cela de l'acte d'exploitation. La pénalisation de l'entremise à la gestation pour autrui qui se commet dans un esprit de lucre doit cependant être maintenue, puisqu'elle inclut directement l'exploitation de la vulnérabilité des individus. Dans cette perspective, la circonstance aggravante de lucre devrait se transformer en élément constitutif de l'infraction. La circonstance d'habitude devrait augmenter le *quantum* de la peine qui concerne uniquement l'infraction commise par le lucre et rester indifférente dans le cas inverse, qui ne ferait plus l'objet d'une répression. Les individus éprouvant un désir d'enfant témoignent en effet d'un besoin de protection répressive contre les tiers qui pourraient profiter de leur détresse émotionnelle. C'est bien en ce sens et uniquement à cet effet que le droit pénal décide d'intervenir⁹⁷². Partant, « il n'est donc pas faux de dire que ces infractions ne protègent pas tant cette institution familiale qu'est la filiation que les intérêts individuels, qu'il s'agisse de l'intérêt de l'enfant, ou de celui de ses parents »⁹⁷³. Il n'est pas évident de savoir où placer le curseur répressif dans la cacophonie des valeurs sociales en jeu dans la problématique complexe de la gestation pour autrui. Si les intérêts individuels priment incontestablement sur la préservation de l'institution de la filiation, il reste cependant difficile de différencier ceux des parents de celui de l'enfant. Il est néanmoins certain que ce comportement suivra le chemin qui a été emprunté par ses prédécesseurs au sein de cette étude et ne pourra intégrer la classification des infractions familiales.

⁹⁷¹ Le médecin peut en outre se voir inquiéter pour le délit d'utilisation illicite du sperme s'il procède à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de spermatozoïdes provenant de dons et encourt de ce fait deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. V. en ce sens l'article 511-12 du Code pénal qui renvoie à l'article L. 1244-3 du Code de la santé publique.

⁹⁷² V. not. les propos de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 46, p. 79, note 142, qui s'interrogent en ce sens : « pareillement, on se demande si l'entremise à la gestation pour autrui ne vise pas surtout à protéger les parents : s'il s'agissait de sanctionner l'atteinte à l'indisponibilité de l'enfant, et de son état, la gestation pour autrui ne serait-elle pas directement punie ? N'est-ce pas la preuve que la loi souhaite surtout protéger les parents ? ».

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 80.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

255. - Biologique ou affectif, le lien de filiation demeure intangible, à la différence du lien de couple qui se caractérise par sa précarité. La parenté est immuable tandis que la conjugalité reste soumise aux volontés individuelles. La permanence caractérisant le lien structurel de filiation a pour corollaire un intérêt répressif exclusivement tourné vers la protection de l'intégrité individuelle. Cette dernière se manifeste surtout par la répression des atteintes à l'enfance. Elle se concrétise également par l'encadrement répressif des atteintes à l'intégrité physique ou psychique des parents. Si la protection de l'enfant constitue alors une clef d'action répressive incontestable et participe indirectement à celle du lien de parenté qui structure la famille, elle n'y est cependant nullement assimilable. Cette étude démontre l'irrégularité entachant la protection pénale du lien structurel de filiation. Sa protection est caractérisée par de nombreuses inégalités, qui se répartissent en fonction de la nature de la filiation considérée. La protection pénale est toutefois globalement réduite. Dans sa dimension biologique, le lien de filiation fait l'objet d'une protection limitée, tant en ce qui concerne les atteintes internes que les atteintes externes qui lui sont portées.

256. - L'établissement du lien ne semble pas digne de protection pénale, puisqu'il n'est réellement protégé ni dans sa potentialité ni lors de l'instant de sa création. Il en est de même pour son authenticité, qui fait l'objet d'une protection matériellement incertaine. À travers une protection lacunaire et détournée, le droit pénal manifeste son indifférence au principe biologique de la filiation. L'examen des atteintes externes à la perpétuation du lien biologique de filiation témoigne du caractère symbolique de l'appréhension répressive. Le droit pénal s'écarte de la filiation de l'enfant et se dirige exclusivement vers la protection des membres de sa famille. L'analyse du lien de filiation considéré dans son acception volontaire n'est guère plus optimiste. Elle révèle une protection pénale modulée en fonction de l'orientation que prend le consentement parental. Lorsque ce dernier se traduit par l'expression d'une volonté parentale falsifiée, le droit pénal instrumentalise l'institution familiale et intervient en réalité pour protéger des valeurs qui lui sont étrangères. Quand le consentement parental se traduit par l'expression d'une liberté parentale, le droit pénal intervient à nouveau de façon sectorielle. Il protège fictivement la dimension adoptive de cette liberté, pour devenir le censeur prudent de son caractère substitutif. Si la répression sait faire acte de mesure, le consentement parental se situe toutefois au cœur d'une manipulation répressive.

CONCLUSION DU TITRE I

257. - L'analyse globale de l'appréhension pénale des liens structurels de couple et de filiation révèle une protection pénale familiale rarement existante, souvent limitée, parfois dévoyée, mais presque toujours instrumentalisée. Les multiples incohérences qui résultent de l'analyse du lien structurel de filiation appellent à s'interroger plus largement sur la fonction et l'opportunité de l'intervention répressive au sein du domaine familial, notamment en ce qui concerne l'encadrement de la liberté parentale. Partant, « il reste à se demander si des sanctions pénales sont susceptibles de constituer un moyen d'action efficace et opportun s'agissant d'un domaine qui touche à ce qu'il y a de plus individuel et qui relève de la conscience morale »⁹⁷⁴. Portée à l'excès, la pénalisation d'un domaine aussi sensible peut aboutir à des effets pervers, qui sont précisément ceux contre lesquels le droit se donne pour ambition de lutter. En effet, « il est à craindre qu'un excès de réglementation conduise à un résultat inverse de celui souhaité et détourne les individus vers des comportements encore plus clandestins et dangereux »⁹⁷⁵. Les sanctions civiles semblent poindre en ce domaine comme les plus appropriées au règlement de la parenté et de la parentalité. Leurs incohérences ont cependant à leur tour été démontrées et le danger qu'elles engendrent pour l'enfant s'avère souvent bien plus prégnant. La prudence appelle à revenir au moindre mal, voire à inverser l'argumentaire de la dépénalisation : contrairement à « ce qui se passe dans la plupart des cas, son intervention est moins brutale que celle du droit civil et moins lourde de conséquences pour l'enfant dont l'intérêt doit primer toute autre considération »⁹⁷⁶. La sanction pénale serait en ce sens caractérisée par une souplesse inconnue de la sanction civile.

258. - De manière regrettable, le lien familial structurel semble très rarement pris en compte dans son essence par le droit répressif qui se tourne vers d'autres considérations. La protection de la structure familiale est toujours la conséquence indirecte de l'assise de valeurs externes à la famille, regardées comme primordiales. Ce constat appelle à revenir aux prémices du raisonnement de cette recherche et à se demander si le droit pénal garde un rôle indispensable pour gérer les déviances auxquelles peut conduire la consécration des liens de couple et de filiation, notamment quand ce dernier se rapporte au désir d'enfant⁹⁷⁷. Le constat général est celui d'un droit pénal totalement autonome, qui fait du lien familial structurel un

⁹⁷⁴ Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 278.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ *Ibid.* L'auteur considère que « sans rien perdre de son exemplarité, le droit pénal permet de préserver les liens affectifs créés entre l'enfant et le délinquant » et que cette souplesse « justifie à elle seule l'approfondissement des liens qui peuvent exister entre le désir d'enfant et le droit pénal ».

⁹⁷⁷ *Contra*, v. Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Le désir d'enfant face au droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 295, qui affirme, bien que constatant « les effets pervers de dispositions trop répressives », que la mise en œuvre du droit pénal permet « toutes les nuances pour sévir sans accabler et pour sauvegarder les liens affectifs ».

facteur subsidiaire de répression. À travers le lien qui la caractérise, la structure familiale est détournée et utilisée. Le droit pénal la considère uniquement comme un moyen qui lui donne l'occasion d'arriver à ses fins. La protection pénale dont elle peut dans le même temps être l'objet arbore presque toujours un caractère accidentel. L'insuffisance de la protection pénale du lien de famille structurel démontre finalement que, loin de fonder la répression, la structure familiale en constitue désormais un fondement accessoire, voire illusoire. Le droit pénal semble intégralement tourné vers la protection de l'individu et de l'enfant⁹⁷⁸ et concorde avec l'évolution contemporaine du droit de la famille. Le dénouement est donc décevant quand il est confronté à l'idée originelle d'un droit pénal exclusivement protecteur de l'institution familiale.

259. - Pour le juriste, l'analyse du versant structurel du lien de famille déçoit et invite à réfléchir sur les origines du désintérêt. La désillusion peut correspondre à la prise en compte de la réalité que constitue l'autonomie actuelle du droit répressif⁹⁷⁹. Le droit pénal semble en résumé se désolidariser sciemment des principes qui gouvernent la structure familiale. Si le droit pénal conserve indéniablement son autonomie, il n'est toutefois pas complètement certain que ce détachement découle exclusivement de sa décision. La dissociation de la famille et du droit pénal peut être vue comme la résultante d'un choix imposé au droit répressif par l'évolution contemporaine du droit familial. En effet, la protection pénale de la famille ne résulte pas forcément de l'utilité et peut participer avant tout de la nécessité. La sanction de l'atteinte à une valeur que le droit pénal considère comme fondamentale peut parfois n'être réalisée qu'au travers de la famille, ce qui est précisément le cas quand elle est l'unique occasion de l'infraction. Dans cette configuration, le droit pénal intervient en réponse aux brèches existantes et inhérentes au droit de la famille. La protection résiduelle et fragmentée est hasardeuse, mais n'entre donc pas forcément dans la connotation négative de l'utilitarisme.

260. - Souvent accidentelle, cette protection est parfois essentielle lorsque le contexte familial crée la brèche qui rend l'atteinte réalisable. Dès lors, « le déclin en droit civil d'une conception institutionnelle de la famille au profit d'une appréhension interindividuelle de la structure familiale ne pourrait-il pas expliquer que le droit pénal répugne à intervenir dans des relations privées, quand la famille n'apparaît plus clairement comme une valeur sociale en

⁹⁷⁸ La remarque appelle à déplacer le droit pénal de la famille vers le droit pénal de l'individu et de l'enfant.

⁹⁷⁹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 49, pp. 83-84. Les auteurs considèrent que « l'étude des infractions pénales pouvant être analysées comme participant à la protection des structures familiales se révèle donc décevante », que « cette protection n'est que limitée et paraît de plus récemment instrumentalisée au profit de la poursuite d'objectifs qui lui sont étrangers » et que, « de ce point de vue, le droit pénal reste en retrait du droit civil, qui continue de se préoccuper de la défense de cette institution, ce qu'il manifeste à travers les conditions de constitution du couple ou de la filiation ».

soi ? »⁹⁸⁰. En effet, il s'avère toujours délicat de protéger efficacement un objet qui est lui-même vide de repères. La problématique semble toutefois davantage se situer du côté des changements de repères que de leur absence. Dans cette perspective, la composante individuelle de la structure familiale contemporaine, qui prime son aspect institutionnel, induit le désengagement du droit pénal, qui se manifeste notamment à travers les lacunes de la protection du lien de famille structurel. Toutefois, le défaut de protection répressive ne doit pas uniquement être imputé à l'évolution familiale et résulte dans le même temps de l'expression d'une hiérarchie assumée entre les valeurs sociales que le droit pénal considère dignes de protection. La répression qui affiche une protection découlant en réalité du fortuit et de l'accessoire s'avère malgré tout bien hasardeuse. Le lien familial relationnel, qui existe comme conséquence de l'existence du lien familial structurel, mais qui s'en différencie dans sa nature, s'avère alors susceptible de constituer un fondement plus authentique de répression pénale. Si elle s'écarte incontestablement du domaine de l'illusion, la protection pénale du lien de famille relationnel témoigne cependant d'une variabilité qui ne sert pas forcément sa cohérence.

⁹⁸⁰ *Ibid.* Les auteurs précisent à ce titre que « les mutations et incertitudes du droit civil sur les structures familiales se répercutent sur la protection qu'offre le droit pénal, ce qui se comprend assez bien car il ne peut sans doute appréhender l'architecture de ce pilier social qu'est la famille que par le prisme du droit de la famille ».

TITRE II - LA PROTECTION PÉNALE VARIABLE DU LIEN FAMILIAL RELATIONNEL

« Bien souvent, parler de relations n'est qu'un code formel pour décrire "l'état du système", y compris si ce dernier est dynamique. Dans d'autres circonstances, les relations représentent un mode de compréhension des qualités d'acteurs particuliers. Elles peuvent encore faire référence aux fonctions ou aux activités des sous-systèmes et, en général, aux caractéristiques du terrain étudié.

Par conséquent, la relation que nous appelons "famille" n'est pas uniquement le produit de sentiments ou de perceptions [...]. Elle ne devient compréhensible que si la relation est envisagée par les sujets comme une relation *sui generis* et rien d'autre. D'un point de vue sociologique, la famille n'est pas en dernière analyse ce que les sujets dans l'interaction ou une culture héritée définissent comme étant une famille. Ce n'est pas non plus un présupposé. Elle est ce qui correspond aux exigences d'un type particulier d'interactions, ou système relationnel, devant permettre la réciprocité complète d'un monde vécu entre les sexes et entre les générations » (P. DONATI, « La relation comme objet spécifique de la sociologie », *Revue du MAUSS*, La Découverte, 2004/2, n° 24, p. 236 et pp. 250-251).

261. - La relation familiale est souvent évoquée comme un outil utilisé pour décrire une situation factuelle. Elle est appréhendée à travers l'expression des sujets qu'elle inclut, mais constitue rarement l'objet d'étude principal. Les relations familiales existent cependant indépendamment des personnalités individuelles de leurs sujets et représentent une réalité propre⁹⁸¹. Elles participent nécessairement de la définition de l'ensemble familial. En tant que système, le tout composé par la famille peut être considéré comme « un ensemble d'éléments interdépendants, c'est-à-dire liés entre eux par des relations telles que, si l'une est modifiée,

⁹⁸¹ V. en ce sens les développements de P. DONATI, « La relation comme objet spécifique de la sociologie », *Revue du MAUSS*, La Découverte, 2004/2, n° 24, p. 236 et pp. 250-251, qui comprend les relations familiales comme « une forme spécifique d'échange symbolique ou un "phénomène social total" institué en même temps entre les sexes et entre les générations », et considère la famille comme « une relation, non un lieu, une niche ou quelque chose qui y ressemble ». Partant, la réalité relationnelle constituée par la famille est un fait qui suppose une « sensibilité particulière », puisqu'il « ne dépend pas du sujet, même s'il ne peut s'actualiser que dans les sujets ». V. aussi Fr. GONTHIER et M. LAMARCHE, « Faute en famille », in *Études à la mémoire de Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS*, PU Bordeaux, 2003, p. 177. Les auteurs précisent que, « notion non-juridique, dont les contours peuvent varier, la famille constitue un groupe social, une entité qui n'existe d'un point de vue juridique que par les relations de droit que les individus entretiennent » et que « ces relations présentent la singularité d'être avant tout régies par les sentiments qui unissent ses membres » et qu'une régulation interne se produit au sein de cette société miniature en ce qui concerne la faute commise en famille.

les autres le seront aussi et que, par conséquent, tout l'ensemble est transformé »⁹⁸². L'unité du groupe familial favorise le développement individuel, qui s'amplifie à mesure de l'accroissement de la cohésion de l'ensemble. Le déséquilibre peut alors rapidement mener à l'existence de relations familiales conflictuelles. Si ces dernières sont parfois susceptibles d'être apaisées par le règlement interne des différends familiaux, il arrive de plus en plus fréquemment que le caractère privé des relations de famille « cède au profit du caractère public des faits survenus au sein de cette sphère »⁹⁸³.

262. - Dans son armature externe, l'institution familiale n'est pénalement appréhendée que de façon subsidiaire. La désapprobation dont souffre actuellement l'assise de l'ordre public familial traditionnel a eu pour conséquence de faire passer la valeur accordée à ces liens de la figure du principal au statut de l'accessoire. L'étude de la protection pénale du lien familial structurel démontre que la dimension personnelle, qui existe accessoirement dans le lien de structure, a pris le pas sur l'aspect institutionnel, qui caractérisait principalement ce lien. Cela a mené à l'émergence d'une protection pénale qui n'appréhende plus le lien familial structurel que par destination⁹⁸⁴. Le caractère auxiliaire attribué à la famille dans son acception structurelle n'est toutefois pas nécessairement appelé à se projeter sur le lien familial relationnel.

263. - Parce qu'il ne peut se créer en son absence, le lien de famille relationnel est la conséquence directe de l'existence du lien de famille structurel. Une fois qu'il est mis en place, le lien qui a pour objet les relations familiales s'avère cependant susceptible de

⁹⁸² Ph. BERNOUX, *La sociologie des organisations*, Seuil, 1985, p. 137. V. dans le même sens L. VON BERTALANFFY, *La théorie des systèmes*, Dunod, 1973. L'auteur met en place le concept de système comme nouveau paradigme scientifique et comme fondement de la théorie générale des systèmes qui a vocation à s'appliquer à tout ensemble scientifique. La nature ontologique du système est décrite comme influant directement sur sa nature épistémologique, qui le caractérise par l'interaction, la transaction, l'organisation et la téléologie. Ces caractéristiques peuvent alors être imputées aux relations familiales, qui traduisent l'existence de la famille en tant que système intégrant les sciences sociales. V. aussi V. M. ANDOLFI, P. MENGHI, A.-M. NICOLO et C. SACCU, « L'interaction dans les systèmes rigides », *art. préc.* Les auteurs considèrent que « ce processus dans son double aspect, continuité et croissance, permet tout à la fois le développement de la famille comme "ensemble" et la différenciation des individus ». La famille peut en ce sens être considérée comme un système complexe, dont la continuité est assurée par la constance de sa modification.

⁹⁸³ O. MAURY, *Famille et droit pénal*, Thèse, Paris II, 2006, p. 180.

⁹⁸⁴ Loin de démontrer son caractère suiveur, le droit pénal assoit au contraire pleinement son autonomie quand il utilise l'institution familiale comme un objet intermédiaire de répression. *Contra*, v. les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 10 et s., pp. 57 et s. Les auteurs précisent que « l'étude des relations croisées entre droit pénal et droit de la famille sera ainsi guidée par le caractère accessoire du droit pénal (par rapport au droit de la famille) combiné à son autonomie (dans l'appropriation des valeurs sociales qui méritent protection) » et font l'analogie entre l'accessoire et le lien de structure, d'une part, et entre l'autonomie et le lien relationnel, d'autre part. La présente étude ne partage toutefois pas cette répartition, puisqu'elle fonde à la fois l'encadrement des liens structurel et relationnel sur l'expression d'un droit pénal indépendant, même si l'autonomie ne s'exprime pas toujours de la même façon au sein de chacun de ces liens.

constituer un fondement plus authentique de répression pénale⁹⁸⁵. Le droit pénal concentre son action sur les effets des relations qui existent entre les membres de la famille et appréhende les droits et intérêts individuels de ces derniers. Contrairement à ce qui a été mis en exergue à l'égard de la structure familiale⁹⁸⁶, le lien relationnel est très souvent une simple circonstance aggravant la répression d'infractions de droit commun qui peuvent se commettre extérieurement au milieu familial⁹⁸⁷. Ce constat invite à relativiser le caractère authentique d'une protection pénale dont le lien familial relationnel serait l'objet principal.

264. - Dans cette idée, le lien de famille relationnel ne serait pénalement protégé qu'en ce qu'il tend à se confondre avec les individus qu'il lie et qui sont dans le même temps objets de la protection répressive principale⁹⁸⁸. Cette subsidiarité est toutefois imperceptible, puisque l'objet premier de ce lien se confond avec la valeur défendue par le droit pénal. Il semble cependant possible d'affirmer que l'intérêt octroyé à la famille par le droit pénal dépend directement de la place accordée à l'individu. Lorsqu'elle a trait au lien de famille relationnel, la protection pénale n'adhère finalement pas au constat préalable de l'insuffisance. Bien qu'existante, elle est tout de même empreinte d'une variabilité, qui peut s'avérer néfaste à certains égards.

265. - L'analyse des rapports qui se perpétuent entre les individus qui composent une même famille adopte une des relations typiques de la vie sociale comme objet de recherche. La relation peut désigner « un type d'échange particulier entre deux acteurs »⁹⁸⁹. Dans son acception familiale, elle se rapporte aux connexions spécifiques qui se créent entre les membres de la famille. La relation familiale se matérialise par l'existence de droits et obligations caractéristiques qui s'imposent ou qui sont attribués aux individus, mais se rapporte dans le même temps à un rapport affectif plus général. Il est possible d'affirmer à ce titre que « les relations de famille sont avant tout des liens d'affection, qui tissent la vie familiale en dehors du droit, et plus encore sans doute, en dehors du droit pénal »⁹⁹⁰. Les relations de famille ne font toutefois pas partie de la sphère du « non-droit pénal »⁹⁹¹. Quand

⁹⁸⁵ *Ibid.* Les auteurs précisent que « l'intervention du droit pénal dans la protection des relations familiales se révélera, quant à elle, marquée par une évolution qui est peut-être plus spécifique au droit pénal » et que « le réalisme de ce droit le conduit en effet, semble-t-il, à une approche plus factuelle de la famille ». Les auteurs nuancent cependant potentiellement leur propos en précisant que cette approche affirme le caractère autonome du droit répressif, « à moins qu'elle ne révèle à nouveau, ou à tout le moins préfigure, une évolution latente du droit civil de la famille, plus soucieux du vécu qu'autrefois ».

⁹⁸⁶ Pour laquelle le lien se pose en élément constitutif des infractions familiales par destination.

⁹⁸⁷ Le lien relationnel n'existe que très rarement comme élément constituant des infractions familiales par nature.

⁹⁸⁸ L'appréhension pénale du lien de famille relationnel se révélerait en définitive tout aussi auxiliaire que celle qui entoure le lien structurel.

⁹⁸⁹ A. FERRAND, « La structure des systèmes de relations », *art. préc.*

⁹⁹⁰ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 51, p. 84.

⁹⁹¹ *Ibid.*

elle existe, l'appréhension pénale de la relation familiale s'entend alors à la fois de celle du lien relationnel dans sa généralité et de celle des droits et intérêts individuels spécifiques qui découlent de ce lien⁹⁹². Quand il fonde l'action du droit pénal, le lien familial relationnel, appréhendé globalement, peut ainsi être doté d'un effet aggravateur de répression. Partant, « les relations de famille peuvent justifier une répression spécifique lorsqu'elles sont l'occasion d'une infraction pénale, celle-ci paraissant alors généralement plus répréhensible parce que commise entre des personnes censées être liées par cette affection familiale »⁹⁹³. Lorsqu'il le considère dans sa généralité et s'intéresse à sa dimension affective, le droit pénal octroie en conséquence une appréhension pénale particulière au lien de famille relationnel (*Chapitre 1*).

266. - Les obligations et devoirs qui découlent de ce lien peuvent à l'inverse être assortis d'un effet créateur de répression quand ils sont pensés comme éléments qui constituent les infractions chargées de les protéger. Le droit pénal vient « parfois sanctionner des droits et devoirs que le droit civil attache spécifiquement aux liens de famille »⁹⁹⁴. Contrairement à ce qui pourrait être pensé⁹⁹⁵, cette protection ne témoigne pas d'un renfort pénal subordonné au droit de la famille. Par une concordance fortuite, l'appréhension des valeurs familiales, qui se rapportent aux prérogatives individuelles, se pose en effet en adéquation avec l'affirmation des valeurs pénales relatives à l'individu. Si elle existe effectivement, la protection pénale des droits et devoirs juridiquement engendrés par l'existence du lien de famille relationnel reste fragile et contingente puisqu'elle fluctue en fonction de la nature des prérogatives concernées. Le droit répressif met alors en œuvre une protection pénale fluctuante des obligations issues du lien de famille relationnel (*Chapitre 2*).

⁹⁹² Quand il appréhende la relation familiale, le droit répressif affirme son autonomie et marque son action d'un réalisme échappant à l'appréhension du lien structurel. Ce pragmatisme mène à une vision spécifique d'un lien familial pénal qui se caractérise par la relation de fait qui existe entre les différents protagonistes du lien familial et s'écarte dès lors du lien familial civil qui reste centré sur la relation de droit. Il est alors possible de penser que le droit répressif « tend à s'écarter de la protection des droits et devoirs familiaux *stricto sensu* pour se préoccuper davantage de la relation familiale vécue ». *Ibid.*, p. 57. Les auteurs différencient en ce sens la relation de famille vécue et la relation de famille instituée par le droit.

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 84.

⁹⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁹⁵ V. en ce sens les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 51, p. 84, qui considèrent que « le droit pénal est employé dans une fonction accessoire en ce qu'il apporte sa sanction spécifique à des droits ou devoirs définis par le droit civil de la famille ».

CHAPITRE 1 - L'APPRÉHENSION PÉNALE

PARTICULIÈRE DU LIEN DE FAMILLE RELATIONNEL

267. - Lorsqu'elle concerne la sphère privée de la famille, la relation interpersonnelle prend inévitablement les traits de l'affection. Par l'émotion qui la caractérise, la relation de famille témoigne d'une propension à pouvoir rapidement passer de la tendresse à l'hostilité. Ce qui pourrait constituer un paradoxe relève toutefois de la logique. Le sentiment qui guide la relation familiale se confond dans un climat mêlé d'amour et de haine, par ailleurs favorable à l'émergence de la criminalité intrafamiliale lorsque les deux composantes évoluent selon des rapports de forces particuliers. Cette dualité est ainsi susceptible d'engendrer l'annihilation des normes sociales quand ces émotions sont démesurément représentées à l'intérieur d'une relation interpersonnelle⁹⁹⁶.

268. - L'expérience familiale révèle plusieurs types de relations affectives qui se particularisent en fonction des protagonistes qu'elles impliquent. L'affection qui guide la relation de couple n'est pas identique à celle qui entoure la relation parentale ou qui caractérise les liens se nouant au sein de la fratrie. À l'image des relations sociales, les relations familiales convergent actuellement vers l'affirmation des revendications individuelles⁹⁹⁷. Toutefois, le relationnel reste la norme légitime de la régulation familiale et y tient dès lors une place supérieure à celle occupée par la norme juridique⁹⁹⁸. Le droit pénal peut réagir à la rupture du lien qui résulte de l'infraction et chercher à le structurer en réinstaurant l'équilibre qui existait initialement entre l'auteur et sa victime⁹⁹⁹. Le lien familial trouve alors en lui son propre remède lorsqu'il fonde l'application de la répression. Néanmoins, il n'est pas toujours certain que la restauration du lien constitue l'objectif exclusif ou premier de l'intervention répressive. Il est notamment primordial de porter la plus grande attention à la relation familiale quand elle constitue précisément le contexte dans lequel se

⁹⁹⁶ V. en ce sens les propos de É. DURKHEIM, « La famille conjugale », *Revue philosophique*, 1921, n° 90, p. 2, qui considère que la famille conjugale risque d'engendrer davantage d'anomie par son repli sur le domestique, le relationnel et l'affectif. La théorie fonctionnaliste de la famille développée par T. E. PARSONS est susceptible de contrer cet effet, puisqu'elle considère que la famille répond aux besoins de la société et contribue de ce fait à sa stabilité et à l'équilibre du système.

⁹⁹⁷ La personnalisation des relations familiales implique que « la famille deviendrait ainsi un champ d'affrontement entre différents acteurs ayant chacun des intérêts propres à défendre ». V. A. QUENIART et R. HURTUBISE, « Nouvelles familles, nouveaux défis pour la sociologie de la famille », *Sociologie et société*, 1998, vol. 30, n° 1, p. 139.

⁹⁹⁸ V. not. en ce sens les développements de M. FIZE, *La Démocratie familiale : relations parents-adolescents*, Presses de la Renaissance, 1990, qui considère que la norme juridique perd de sa spécificité et que la famille est désormais avant tout régie par le dialogue et la négociation.

⁹⁹⁹ Cet équilibre général peut se manifester différemment puisqu'il consistera en la restauration d'un rapport égalitaire quand le lien de couple a été rompu mais s'orientera nécessairement vers la résurgence d'une relation par essence déséquilibrée quand il sera question d'un lien de parenté.

commet l'infraction. Il semble en effet légitime de considérer que « la relation de famille peut justifier une répression spécifique parce que l'acte accompli paraît tout simplement plus grave lorsqu'il est réalisé entre des personnes en principe unies par un lien affectif »¹⁰⁰⁰.

269. - Lorsque le droit pénal appréhende la relation familiale dans sa généralité, il lui octroie uniquement un effet amplificateur de répression¹⁰⁰¹. Considérée dans sa substance, la relation familiale affective existe toujours comme cause accessoire de répression et engendre une simple adaptation de la sanction des infractions de droit commun. Ces dernières peuvent alors être qualifiées d'infractions partiellement familiales, en ce qu'elles prennent une coloration particulière quand elles sont commises en famille, mais peuvent tout aussi bien être réprimées dans une moindre mesure¹⁰⁰² en dehors du contexte familial. Dans sa généralité, le lien familial existe à première vue comme un facteur de l'aggravation de la répression (*Section 1*). L'examen de cette amplification mène cependant à remarquer qu'il constitue un facteur en réalité ignoré par une répression qui s'oriente vers d'autres considérations (*Section 2*).

SECTION 1. LE LIEN FAMILIAL COMME FACTEUR APPARENT DE L'AGGRAVATION DE LA RÉPRESSION

270. - Lorsque l'infraction se produit en présence d'un lien familial, ce dernier est susceptible d'engendrer des conséquences quant à l'amplification de la répression traditionnellement mise en œuvre à l'égard du même comportement qui interviendrait hors de la sphère familiale. Le constat de l'adaptation positive des règles du droit pénal à la présence du lien familial¹⁰⁰³ conduit naturellement à se demander pour quelle famille et pour quelle définition du lien familial le droit pénal accepte de se modifier. L'interrogation émerge légitimement : cette adaptation peut-elle mener à constater une conception spécifique et

¹⁰⁰⁰ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 67, p. 93. Les auteurs étudient dans le même temps, au titre de la réaction du droit répressif et de la sanction pénale de la relation de famille, le cas dans lequel la relation de famille est l'occasion de l'infraction et celui dans lequel elle écarte la répression. Cette étude propose de distinguer les effets créateurs et neutralisateurs de répression, qui peuvent être attribués à la relation familiale, pour n'étudier que le premier sous l'angle du fondement de l'application positive de la répression. Le lien familial qui constitue une barrière à son application sera étudié séparément, lors de l'analyse consacrée au lien familial appréhendé dans son rôle d'obstacle à la répression. V. *infra*, n° 486 et s.

¹⁰⁰¹ Il lui attribue par ailleurs un effet alternativement aggravateur ou créateur de répression lorsqu'il s'intéresse à la spécificité de cette relation. L'effet initiateur qui s'ajoute parfois à l'effet aggravateur de répression sera par conséquent étudié sous l'angle des prérogatives individuelles que recouvre la relation familiale. V. *infra*, n° 340.

¹⁰⁰² L'infraction de droit commun qui se commet hors du contexte familial pourra cependant être à nouveau plus sévèrement réprimée si une circonstance aggravante extrafamiliale s'applique.

¹⁰⁰³ Ce constat s'oppose à celui de l'adaptation négative de ces règles qui peut parallèlement être engendrée par la présence du lien de famille. Sur l'appréhension du lien familial comme obstacle à la répression, v. *infra*, n° 486 et s.

unitaire du lien familial appréhendé par le droit pénal¹⁰⁰⁴ ? Afin de pouvoir se prononcer sur l'existence d'une conception pénale spécifique du lien familial aboutissant à la notion de lien familial pénal, il apparaît nécessaire de s'interroger prioritairement tant sur l'essence de cette extension répressive, par l'intermédiaire de l'analyse de ses caractères intrinsèques, que sur le choix du mode d'intervention du droit pénal dans le lien familial. En d'autres termes, il s'agit ici de déterminer pourquoi et comment le droit pénal appréhende le lien familial lorsqu'il aggrave finalement le *quantum* de la peine encourue. Afin d'évaluer concrètement l'essence et le contenu du lien familial pris en compte dans l'amplification de la répression, l'étude du domaine théorique de l'aggravation de la répression (§1), précèdera nécessairement celle du domaine d'application pratique qu'elle recouvre (§2).

§1. Le domaine d'application théorique de l'aggravation de la répression

271. - À l'instar du droit familial, le droit répressif ne fournit textuellement aucune définition précise de la famille ou du lien familial qu'il prend en considération. Ces notions ne sont pas des critères répressifs opérant. De ce fait, la recherche de leur définition s'avère très délicate. Si ces dernières ne transparaissent pas directement à la lecture des infractions, la conception pénale du lien familial peut cependant être déduite de la façon dont il est utilisé par ce droit. Afin de pouvoir déterminer la nature spécifique du lien de famille qui amplifie la répression normalement attribuée aux infractions de droit commun, il convient alors d'observer la globalité de sa substance et de le regarder à la fois sous l'angle des types de relations auxquels il se rapporte, ainsi que sous celui de l'amplitude qu'il occupe en leur sein. Si le lien familial amplificateur de répression semble bénéficier d'une large portée relationnelle (A), la répression n'atteint cependant pas un échelon similaire au sein de chaque modèle et révèle une étendue matérielle diversifiée (B).

A. La portée relationnelle élargie du lien familial amplificateur de répression

272. - Dans sa manifestation relationnelle, le lien de famille est susceptible d'englober diverses réalités et se matérialise dans plusieurs dimensions. La relation familiale peut en effet être différemment caractérisée suivant les membres qu'elle concerne. L'appréciation diverge si elle est appréhendée sous l'angle de l'alliance ou sous celui de la parenté. Elle est qualifiée de verticale lorsque les individus sont unis par un lien d'ascendance ou de descendance. Elle adopte à l'inverse le qualificatif d'horizontale quand elle se caractérise par un lien qui existe

¹⁰⁰⁴ Sur les interrogations que suscite le constat d'un lien familial pénal autonome, v. *infra*, n° 329 et s.

entre plusieurs individus à un même degré, qu'ils soient issus d'une même généalogie ou unis par un lien d'alliance. Lorsqu'il appréhende le lien familial pour modifier positivement la répression de droit commun, le droit répressif lui accorde une portée relationnelle très large. Il considère la dimension relationnelle dans son ensemble et englobe concurremment la relation familiale verticale et la relation familiale horizontale. La verticalité et l'horizontalité participent toutes deux de l'essence de l'aggravation de la répression. Plusieurs causes engendrent alors le même effet quand l'aggravation de la répression peut aussi bien émerger de la verticalité familiale (1) que de l'horizontalité familiale (2).

1. L'aggravation par la verticalité familiale

273. - Attribuée à la relation familiale, la verticalité correspond à une position particulière occupée par le lien qui unit plusieurs individus d'une même famille. Dans cette acception, elle ne se conçoit qu'à travers le lien de parenté, sans distinction de son origine biologique ou adoptive, puisqu'elle inclut nécessairement une dimension hiérarchique qui est normalement étrangère aux effets du lien d'alliance qui peut exister entre deux individus. Elle peut cependant s'étendre aux conséquences attribuées au lien de parenté par alliance. Ce dernier confère un degré d'alliance équivalent au degré de parenté qui existe entre chaque membre de la nouvelle famille et le membre concerné par l'alliance. La relation familiale verticale s'entend dès lors d'un lien spécifique avant tout caractérisé par une gradualité, au sein duquel les membres de la famille occupent des positions évolutives qui se transforment au cours du temps et qui dépendent de la perpétuation de la lignée familiale.

274. - Le lien de famille vertical existe donc entre plusieurs individus qui occupent des degrés différents dans la généalogie familiale et qui sont plus ou moins éloignés les uns des autres. S'il prend forcément naissance en même temps que l'autorité que possède l'ascendant sur son descendant, son aspect hiérarchique s'estompe au cours du temps. La perspective globale invite alors à considérer la ligne directe dans son entièreté et à envisager à la fois les dimensions ascendante et descendante de la verticalité qui caractérise le lien familial. Quand elle aggrave la répression¹⁰⁰⁵, la verticalité familiale est en effet considérée dans la plénitude de son existence et embrasse l'intégralité de ce mouvement. Un constat identique peut être formulé à l'égard de l'horizontalité familiale, à laquelle le droit pénal semble accorder les mêmes effets.

¹⁰⁰⁵ V. *infra*, n° 278 et s.

2. L'aggravation par l'horizontalité familiale

275. - Lorsqu'elle concerne la relation familiale, l'horizontalité se rapporte également à une position spécifique tenue par le lien qui unit plusieurs individus d'une même famille. Elle est en effet dépourvue de toute dimension autoritaire et commande à l'inverse un strict rapport d'égalité pour exister sainement. La relation familiale horizontale s'entend dès lors d'un lien spécifique marqué par une absence de gradation hiérarchique, au sein duquel les membres de la famille occupent des positions fixes. Le lien de famille horizontal existe donc entre plusieurs individus qui évoluent à un degré identique de la généalogie familiale et qui sont situés aux côtés les uns des autres, de façon plus ou moins lointaine. Ils sont en ce sens parfois liés par un auteur commun, mais ne sont pas unis par un lien vertical d'ascendance ou de descendance. L'horizontalité de la relation va finalement de pair avec la symétrie graduelle et correspond à l'existence de la famille latérale, qui se matérialise par la parenté en ligne collatérale. Elle peut néanmoins exister simultanément à travers la perspective de l'alliance entre deux individus issus de lignées parentales différentes. L'horizontalité recouvre à son tour plusieurs acceptions et peut aussi bien prendre le visage d'une horizontalité collatérale que celui d'une horizontalité conjugale. Quand elle aggrave la répression, l'horizontalité familiale n'est cependant pas considérée dans la plénitude de son existence, puisque son caractère collatéral ne semble bénéficier d'aucun effet aggravateur. L'horizontalité conjugale, et plus généralement celle qui est issue du lien de couple, se voit toutefois octroyer un effet amplificateur important.

276. - Qu'il le considère dans son acception verticale ou horizontale, le droit répressif semble opter pour une vision globalement élargie du lien de famille relationnel amplificateur de répression. L'examen démontre en définitive une appréhension pénale globale de la nature dualiste que peut recouvrir la relation familiale, puisque l'amplification se déploie sur ses deux aspects. Parce qu'il accorde une place égalitaire et significative aux relations familiales verticales et horizontales, il est finalement possible de penser que le droit pénal fait le choix d'une vision transversale de la nature de la relation familiale qu'il prend en compte. Si la définition de la famille n'entre pas dans sa vocation, le droit répressif propose cependant une vision particulière de la famille qu'il appréhende pour modifier l'application classique de ses règles. Le lien familial amplificateur bénéficie dès lors d'une large portée et est appréhendé dans la globalité des formes que sa nature peut emprunter. Dans sa matérialité, la répression ne se veut cependant pas similaire au sein de chacune d'entre elles. L'examen de l'étendue matérielle théorique du lien familial amplificateur de répression démontre en effet une certaine diversité, qui révèle en réalité une appréhension pratique inégale des différentes formes qu'il peut recouvrir.

B. L'étendue matérielle diversifiée du lien familial amplificateur de répression

277. - Appréhender le lien familial amplificateur de répression à travers la matérialité de son étendue revient à étudier la manifestation pratique de la répression qui englobe théoriquement sa double nature. Dans cette optique, la substance du fait répond à l'essence de l'idée. Afin de rendre compte de la propension du lien familial à amplifier la répression de manière tangible, il convient dès lors de se tourner vers l'étude concrète de l'expression de l'aggravation. Cette dernière se matérialise à travers la formalisation textuelle de circonstances aggravantes. Si elle est une réalité palpable, l'exacerbation de la répression ne semble cependant pas correspondre à l'appréhension égalitaire que ses manifestations théoriques laissent supposer. En effet, la superficie que le droit pénal y occupe diffère en fonction de chacune des dimensions du lien familial. L'amplitude recouverte par l'accroissement de la peine diverge selon la nature du lien concerné. L'envergure de l'aggravation est particularisée et dépend plus précisément de l'orientation que prend le modèle relationnel envisagé. L'amplification de la répression sera par conséquent plus ou moins étendue en fonction du lien qu'elle appréhende. Le lien familial vertical qui amplifie la répression bénéficie d'une appréhension répressive globale (1) alors que le lien familial horizontal qui engendre les mêmes effets souffre d'une prise en compte binaire de la part du droit pénal (2).

1. Une appréhension globale du lien familial vertical amplificateur de répression

278. - Lorsqu'elle amplifie la répression pénale, la relation familiale verticale n'est pas considérée sous une unique acception. Sa prise en considération dépasse les notions générales d'ascendance ou de descendance pour être spécifiée et différenciée selon la nature des infractions qui se trouvent aggravées. La relation familiale verticale aggrave uniquement les infractions qui ont pour but la répression des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne ainsi qu'à sa liberté ou à sa dignité. Au sein de ces dernières, l'amplitude de son appréhension diverge en outre selon que l'infraction est ou non dépourvue de caractère sexuel. Si elles s'étendent toutes deux sur un large spectre, l'aggravation des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne est toutefois entendue plus restrictivement que celle octroyée aux agressions qui revêtent un caractère sexuel. Au sein de l'appréhension générale du lien familial relationnel vertical, les atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne font donc l'objet d'une restriction de leur aggravation (a), quand celle qui est engendrée par les comportements attentatoires à la liberté sexuelle de la personne bénéficie d'une extension (b).

a. L'appréhension restrictive de l'aggravation des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne

279. - Lorsque le droit pénal choisit d'attribuer un effet aggravateur à la relation familiale verticale, il est susceptible de se placer aussi bien du côté de l'auteur que de celui de la victime de l'infraction. Quand il considère la verticalité du point de vue de la victime d'une atteinte volontaire¹⁰⁰⁶ à l'intégrité physique ou psychique de la personne, le droit répressif aggrave, dans un premier temps, la répression lorsque ce type d'infraction se commet sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs. Si, dans une perspective inversée, cette circonstance nécessite obligatoirement que l'infraction ait été commise par un descendant, c'est bien l'ascendance de la victime qui semble ici fonder l'aggravation. La rédaction de cette circonstance aggravante est commune à toutes les infractions de ce type. Elle s'étend à la majorité des comportements infractionnels que recouvre cette catégorie et concerne tant les tortures et actes de barbarie que les violences. Les menaces sont quant à elles exclues du domaine de l'aggravation par la verticalité et ne sont prises en considération qu'à l'égard de la relation familiale horizontale¹⁰⁰⁷.

280. - Le meurtre, qui se définit par le fait de donner volontairement la mort à autrui, est traditionnellement puni de trente ans de réclusion criminelle¹⁰⁰⁸. Quand il se commet sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs, ce même comportement fait encourir la réclusion criminelle à perpétuité¹⁰⁰⁹. Il en est de même pour le crime d'empoisonnement¹⁰¹⁰, qui se définit comme le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort et qui suit le même régime en ce qu'il est considéré comme une catégorie particulière d'homicide volontaire. L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui voit de même le régime de son aggravation aligné sur celui des formes générales de violence¹⁰¹¹. Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie, normalement puni de quinze ans de réclusion criminelle¹⁰¹², devient puni de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'il se commet en présence du même lien¹⁰¹³. Cette aggravation joue à l'identique pour

¹⁰⁰⁶ Si la volonté se distingue de l'intention en ce qu'elle ne comporte pas la recherche du résultat, ce vocable correspond cependant à la classification officiellement utilisée par le code pénal et se rapporte donc également aux infractions intentionnelles.

¹⁰⁰⁷ V. *infra*, n° 285 et s.

¹⁰⁰⁸ C. pén., art. 221-1.

¹⁰⁰⁹ C. pén., art. 221-4, 2°.

¹⁰¹⁰ C. pén., art. 221-5.

¹⁰¹¹ C. pén., art. 222-15.

¹⁰¹² C. pén., art. 222-1.

¹⁰¹³ C. pén., art. 222-3, 3°.

tous les comportements de violence. Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, qui sont ordinairement réprimées par dix ans d'emprisonnement et cent cinquante mille euros d'amende¹⁰¹⁴, font encourir dans le même cas quinze ans de réclusion criminelle¹⁰¹⁵. Les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, dites coups mortels, sont traditionnellement punies de quinze années de réclusion criminelle¹⁰¹⁶ et sont à leur tour réprimées par vingt années de la même peine¹⁰¹⁷. Les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours, qui sont communément sanctionnées par trois ans d'emprisonnement et quarante-cinq mille euros d'amende¹⁰¹⁸, voient, dans les mêmes circonstances, cette peine se transformer en cinq ans d'emprisonnement et soixante-quinze mille euros d'amende¹⁰¹⁹. Enfin, les violences qui ont entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou qui n'ont entraîné aucune incapacité de travail et qui constituent habituellement des contraventions¹⁰²⁰ deviennent délictuelles et sont punies de trois ans d'emprisonnement et de quarante-cinq mille euros d'amende¹⁰²¹.

281. - Lorsqu'il aggrave les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, le lien relationnel vertical peut, dans un second temps, prendre une autre tournure quand il se place du point de vue d'une catégorie particulière de victime. En effet, la répression de ces infractions est parallèlement augmentée lorsqu'elles sont commises sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur. Cette mention a l'avantage de l'exhaustivité en ce qu'elle ne restreint pas les auteurs potentiels aux seuls membres de la famille. L'infraction de meurtre ne peut logiquement bénéficier de cette amplification puisqu'elle voit déjà sa peine atteindre la réclusion criminelle à perpétuité quand elle concerne la victime de plus de quinze ans. Les autres infractions précitées sont à l'inverse concernées par cette aggravation supplémentaire. Dans cette circonstance, les tortures et actes de barbarie ainsi que les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner ou coups mortels sont punis de trente ans de réclusion criminelle¹⁰²². Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont quant à elles réprimées par vingt ans de réclusion criminelle¹⁰²³. Les peines encourues pour les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont

¹⁰¹⁴ C. pén., art. 222-9.

¹⁰¹⁵ C. pén., art. 222-10, 3^o.

¹⁰¹⁶ C. pén., art. 222-7.

¹⁰¹⁷ C. pén., art. 222-8, 3^o.

¹⁰¹⁸ C. pén., art. 222-11.

¹⁰¹⁹ C. pén., art. 222-12, 3^o.

¹⁰²⁰ C. pén., art. R. 624-1 et C. pén., art. R. 625-1.

¹⁰²¹ C. pén., art. 222-13, 3^o.

¹⁰²² C. pén., art. 222-3, al. 3 et C. pén., art. 222-8, al. 2.

¹⁰²³ C. pén., art. 222-10, al. 2.

portée à dix ans d'emprisonnement et cent cinquante mille euros d'amende¹⁰²⁴ et celles encourues pour les mêmes violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou qui n'ont entraîné aucune incapacité de travail s'élèvent à cinq ans d'emprisonnement et soixante-quinze mille euros d'amende¹⁰²⁵. Il est en dernier lieu intéressant de constater que les peines peuvent encore être augmentées lorsque la circonstance de relation familiale verticale est cumulée avec une ou plusieurs circonstances aggravantes extérieures à la sphère familiale. La relation familiale sort alors de son rôle amplificateur exclusif pour jouer celui d'une circonstance aggravant cumulativement la répression du comportement infractionnel.

282. - Lorsqu'elle a pour fondement l'ascendance de la victime, l'aggravation des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne semble embrasser un domaine plus ou moins restreint selon la vulnérabilité de cette dernière. Elle se rapporte toutefois à un domaine unique et globalement plus large quand la répression prend en considération l'ascendance de l'auteur de l'infraction. Ce cas de figure ne concerne cependant pas les atteintes précédemment décrites mais se réduit à trois atteintes spécifiques, qui se verront aggravées lorsqu'elles sont commises non plus sur mais par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de la personne qui se livre à l'infraction ou par une personne qui a autorité sur elle ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions et qui n'ont pas pour objet principal la protection de l'intégrité physique ou psychique de la personne mais celle de sa liberté et de sa dignité. Au titre de la protection de la liberté de la personne humaine, d'une part, les crimes de réduction en esclavage et d'exploitation d'une personne réduite en esclavage, normalement réprimés de vingt années de réclusion criminelle¹⁰²⁶, sont ainsi punis de trente années de réclusion criminelle lorsqu'ils sont commis dans ces circonstances¹⁰²⁷. Au titre de la protection de la dignité de la personne humaine, d'autre part, l'exploitation de la mendicité et le proxénétisme, traditionnellement réprimés de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de quarante-cinq mille euros pour la première¹⁰²⁸ et de sept ans d'emprisonnement et cent cinquante mille euros d'amende pour le second¹⁰²⁹, verront respectivement leurs peines portées à cinq ans et soixante-quinze mille euros d'amende¹⁰³⁰ et à dix ans d'emprisonnement et un million cinq cent mille euros d'amende¹⁰³¹. La sanction pécuniaire est de ce fait décuplée et participe certainement au caractère dissuasif de cette infraction. Qu'elle concerne la protection de

¹⁰²⁴ C. pén., art. 222-12, al. 2.

¹⁰²⁵ C. pén., art. 222-13, al. 2.

¹⁰²⁶ C. pén., art. 224-1 A et C. pén., art. 224-1 B.

¹⁰²⁷ C. pén., art. 224-1 C, 3°.

¹⁰²⁸ C. pén., art. 225-12-5.

¹⁰²⁹ C. pén., art. 225-5.

¹⁰³⁰ C. pén., art. 225-12-6, 5°.

¹⁰³¹ C. pén., art. 225-7, 5°.

l'intégrité, de la liberté ou de la dignité de la personne, l'aggravation est en définitive affectée d'une étendue variable qui diffère selon la nature de l'infraction considérée et selon la qualité du protagoniste victime. Bien qu'elle s'étende sur une large portion de l'espace que la relation familiale verticale est susceptible d'occuper, cette aggravation relativement restreinte fait preuve d'une inconstance, qui lui vaut de multiples critiques¹⁰³². L'examen du domaine de l'aggravation qui entoure les divers comportements attentatoires à la liberté sexuelle de la personne témoigne au contraire d'une extension qui révèle la gravité attribuée à ce comportement.

b. L'appréhension extensive de l'aggravation des comportements attentatoires à la liberté sexuelle de la personne

283. - Entendue largement, l'agression sexuelle est susceptible d'être aggravée lorsqu'elle est commise par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait. L'amplification répressive attribuée aux infractions à caractère sexuel appréhende uniquement le lien d'ascendance ou d'autorité du point de vue de l'auteur de l'infraction, même si l'existence de cette circonstance nécessite une victime ayant la qualité de descendant ou sur laquelle l'auteur de l'infraction exerce une autorité. La référence à la notion d'autorité fait perdre à la circonstance aggravante son caractère purement familial et témoigne de la largesse du lien familial pénal. L'aggravation concerne l'ensemble des agressions sexuelles, puisqu'elle s'applique aussi bien au viol, aux agressions ou aux atteintes sexuelles. Lorsqu'il se commet dans ces circonstances, le viol, qui se définit par tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise et est puni de quinze ans de réclusion criminelle¹⁰³³, est alors réprimé par vingt ans de réclusion criminelle¹⁰³⁴. Quand elle se commet dans les mêmes conditions, l'agression sexuelle autre que le viol voit sa peine traditionnelle de cinq ans d'emprisonnement et soixante-quinze mille euros d'amende¹⁰³⁵ portée à sept ans d'emprisonnement et cent mille euros d'amende¹⁰³⁶. Lorsqu'elle est perpétrée à l'encontre d'une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de son auteur, la même infraction, qui est communément punie de sept

¹⁰³² V. *infra*, n° 304 et s.

¹⁰³³ C. pén., art. 222-23.

¹⁰³⁴ C. pén., art. 222-24, 4°.

¹⁰³⁵ C. pén., art. 222-27.

¹⁰³⁶ C. pén., art. 222-28, 2°.

ans d'emprisonnement et cent mille euros d'amende¹⁰³⁷, est réprimée par une peine de dix ans d'emprisonnement et de cent cinquante mille euros d'amende si le lien de famille ou d'autorité existe parallèlement¹⁰³⁸. Tel est également le cas lorsqu'elle est commise sur un mineur de quinze ans, sans considération de l'existence du lien de famille ou d'autorité¹⁰³⁹. Enfin, le fait, pour un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans, qui est ordinairement assorti d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de soixante-quinze mille euros d'amende¹⁰⁴⁰ est réprimé par dix ans d'emprisonnement et cent cinquante mille euros d'amende si l'atteinte est commise en présence de ce lien¹⁰⁴¹.

284. - Lorsqu'il accorde au lien familial vertical un effet amplificateur de répression des infractions à caractère sexuel, le droit pénal adopte la vision la plus large du spectre relationnel qu'il peut englober. Cette amplification est en effet générale puisqu'elle ne distingue ni au regard de la nature de la verticalité, ni selon son degré, et dépasse largement le cadre familial pour concerner sur le même plan la répression de l'infraction qui se commet à l'occasion de la relation factuelle ou juridique d'autorité. L'extension, qui caractérise le domaine occupé par cette aggravation et qui contredit une grande partie de l'étendue de l'aggravation des atteintes à la personne humaine dépourvues de caractère sexuel, semble significative de la force attribuée par le droit répressif à la lutte contre les infractions sexuelles commises en famille. Par l'extension de l'aggravation à toutes les facettes du lien d'autorité, le droit répressif marque un désir accru de protection de la personne du mineur vulnérable ou de la liberté sexuelle du descendant. Il transcende en ce sens la stricte relation familiale et révèle la plénitude de son autonomie. La minorité ou la dimension sexuelle de l'acte commis augmentent ainsi la nécessité de protection de la victime sur laquelle il existe une autorité familiale ou extrafamiliale. L'examen de l'ensemble des manifestations pratiques du caractère amplificateur attribué à la relation familiale verticale démontre en définitive une appréhension répressive globale et transcendantale du domaine qu'elle peut recouvrir. L'étude de son caractère horizontal illustre au contraire une prise en considération binaire de la relation familiale.

¹⁰³⁷ C. pén., art. 222-29.

¹⁰³⁸ C. pén., art. 222-30, 2^o.

¹⁰³⁹ C. pén., art. 222-29-1.

¹⁰⁴⁰ C. pén., art. 227-25.

¹⁰⁴¹ C. pén., art. 227-26, 1^o.

2. Une appréhension binaire du lien familial horizontal amplificateur de répression

285. - La relation familiale horizontale recouvre plusieurs significations et peut tout aussi bien s'entendre d'une horizontalité collatérale, qui existe entre membres de la même famille qui possèdent un ancêtre commun et se situent à un même degré de la lignée familiale, ou d'une horizontalité conjugale, qui se forme par l'union matrimoniale de deux personnes issues de lignées familiales différentes et qui vont respectivement entrer dans la famille de l'autre. Dans la première acception, le droit familial attribue communément des effets à la parenté en ligne collatérale qui se forme au sein de la même lignée. Le droit répressif va au contraire pleinement s'émanciper de l'existence de cette catégorie en l'excluant totalement de celle des circonstances aggravantes. L'horizontalité collatérale n'est en effet nulle part susceptible d'aggraver un comportement infractionnel. En refusant tout effet aggravateur à la relation collatérale qui existe entre membres d'une même famille, le droit répressif ignore toute une facette de la relation familiale horizontale et fait preuve d'une appréhension dichotomique à son égard, révélatrice de son caractère binaire. Quand il appréhende l'aggravation à travers le lien de famille horizontal, le droit répressif cantonne son action au lien de couple mais dépasse largement la vision qui en est faite par le droit familial. En effet, le droit pénal prend en compte le lien de couple existant (a) mais étend l'effet aggravateur au lien de couple rompu (b).

a. L'aggravation par le lien de couple existant

286. - La scission opérée par le droit répressif à l'égard des effets attribués à la relation familiale horizontale relève du paradoxe puisque son appréhension de l'horizontalité conjugale va non seulement se conformer mais encore dépasser la vision du droit familial. En effet, si ce dernier cantonne la formation des liens de parenté à l'union par l'alliance, le droit répressif s'émancipe de ce paradigme pour étendre le caractère amplificateur de répression à l'horizontalité représentée par le lien de couple dans sa généralité. Ce phénomène, qui étend l'aggravation bien au-delà du strict lien de famille, témoigne une nouvelle fois de l'autonomie du droit répressif, qui transcende à sa guise les catégories civiles préétablies. Lorsqu'il appréhende l'horizontalité de couple, le droit pénal fait tout d'abord preuve d'une certaine cohérence, puisqu'il s'applique identiquement à l'ensemble des catégories infractionnelles considérées. Partant, il n'est pas opportun de distinguer selon le caractère sexuel de l'infraction pour connaître l'amplitude du lien susceptible d'aggraver la peine attribuée au comportement. Le droit pénal fait au surplus preuve d'une appréciation unitaire de la notion, puisqu'il se place toujours du côté de l'auteur de l'infraction en considérant le fait qui a été commis par une personne évoluant dans un lien particulier par rapport à sa victime.

287. - Les atteintes à la personne humaine et les agressions sexuelles peuvent, dans un premier temps, être aggravées lorsqu'elles sont commises « par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ». Au titre des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne humaine, le meurtre¹⁰⁴², l'empoisonnement¹⁰⁴³, l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui¹⁰⁴⁴, les tortures et actes de barbarie¹⁰⁴⁵, les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner¹⁰⁴⁶, les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente¹⁰⁴⁷, les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours¹⁰⁴⁸ ainsi que celles qui ont entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou qui n'ont entraîné aucune incapacité de travail¹⁰⁴⁹, sont toutes assorties des mêmes peines que celles qui ont été dépeintes lors de l'étude de l'effet aggravateur de la relation familiale verticale. Le même sort est réservé aux violences habituelles commises sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur, qui sont proportionnellement aggravées en fonction de la gravité de leur résultat, lorsqu'elles sont commises à l'occasion de ce lien¹⁰⁵⁰.

288. - L'originalité de la répression tient ici au fait que les menaces, qui sont exclues du domaine de l'aggravation par la verticalité, sont aggravées par la relation familiale horizontale. La menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes, lorsqu'elle est soit réitérée, soit matérialisée par un écrit, une image ou tout autre objet, et la menace de mort, qui sont assorties d'une peine de six mois d'emprisonnement et sept mille cinq cent euros d'amende pour les premières et de trois ans d'emprisonnement et quarante-cinq mille euros d'amende pour les secondes¹⁰⁵¹, sont respectivement réprimées par deux ans d'emprisonnement et trente mille euros d'amende et par cinq ans d'emprisonnement et soixante-quinze mille euros d'amende¹⁰⁵². Lorsqu'elles sont faites avec l'ordre de remplir une condition, ces mêmes menaces voient respectivement leurs peines passer de trois ans

¹⁰⁴² C. pén., art. 221-4, 9°.

¹⁰⁴³ C. pén., art. 221-5, al. 3.

¹⁰⁴⁴ C. pén., art. 222-15.

¹⁰⁴⁵ C. pén., art. 222-3, 6°.

¹⁰⁴⁶ C. pén., art. 222-8, 6°.

¹⁰⁴⁷ C. pén., art. 222-10, 6°.

¹⁰⁴⁸ C. pén., art. 222-12, 6°.

¹⁰⁴⁹ C. pén., art. 222-13, 6°.

¹⁰⁵⁰ C. pén., art. 222-14, al. 2.

¹⁰⁵¹ C. pén., art. 222-17.

¹⁰⁵² C. pén., art. 222-18-3.

d'emprisonnement et quarante-cinq mille euros d'amende et de cinq ans d'emprisonnement et soixante-quinze mille euros d'amende¹⁰⁵³, à cinq ans d'emprisonnement et soixante-quinze mille euros d'amende et sept ans d'emprisonnement et cent mille euros d'amende¹⁰⁵⁴. L'insertion des menaces dans l'arsenal aggravateur de l'infraction qui se commet à l'occasion du lien de couple peut à première vue sembler paradoxale par rapport à l'exclusion qui en est faite pour le lien familial vertical.

289. - Cette divergence pourrait être justifiée par le caractère spécifique attribué au lien d'ascendance. La relation familiale verticale peut en effet être l'occasion de querelles sentimentales qui aboutissent à la profération impulsive de menaces qui ne sont pas toujours pensées. Les menaces qui ont lieu dans le cadre du lien de couple seraient en ce sens plus graves. Le rapport égalitaire qui caractérise la relation de couple rend en effet leur réalisation plus probable et amoindrit le rôle préventif de l'infraction obstacle qui les sanctionne. L'analyse pêche cependant en cohérence et reste très superficielle puisque l'affection qui entoure le lien de couple est elle aussi caractérisée par une dimension émotionnelle marquée. L'insertion des menaces dans le dispositif aggravateur du lien de couple résulte en réalité de la récente mobilisation du législateur répressif pour lutter de façon accrue contre le développement des violences conjugales¹⁰⁵⁵, qui ne se caractérisent pas uniquement par une dimension physique, mais peuvent aussi revêtir un caractère psychologique¹⁰⁵⁶. Les devoirs de respect et d'égalité qui doivent exister entre les membres d'un couple ne semblent cependant pas différents de ceux qui doivent entourer les relations des personnes unies par un lien de filiation¹⁰⁵⁷. Ces dernières sont dès lors tout aussi susceptibles de subir des menaces de façon habituelle, puisque la prise en compte du vécu familial démontre que les violences, notamment psychologiques, sont rarement des actes isolés. Pour exister de façon cohérente et égalitaire, l'aggravation ici attribuée au lien de couple devrait alors s'étendre au lien de filiation et embrasser le domaine de la relation familiale verticale. L'infraction de menace pourrait en ce sens être identiquement considérée à l'intérieur de chaque type de relation familiale du moment qu'elle est le fait d'une personne qui devrait, encore plus que toute autre, respecter l'intégrité physique et psychologique du membre de sa famille.

¹⁰⁵³ C. pén., art. 222-18.

¹⁰⁵⁴ C. pén., art 222-18-3.

¹⁰⁵⁵ Elle est en effet directement issue de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12752.

¹⁰⁵⁶ V. en ce sens C. pén., art. 222-14-3 qui dispose que « les violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques ».

¹⁰⁵⁷ Si la chose est évidente pour le devoir de respect, elle peut cependant être nuancée à propos du devoir d'égalité, puisque le lien de filiation engendre un rapport naturellement déséquilibré.

290. - L'effet amplificateur attribué à la relation de famille horizontale ne se limite pas aux infractions dépourvues de caractère sexuel, puisqu'elle s'étend de façon identique à certaines infractions de la catégorie des agressions sexuelles. Les comportements infractionnels de viol¹⁰⁵⁸ et d'agressions sexuelles autres que le viol¹⁰⁵⁹ se trouvent aggravés de la même façon que lorsqu'ils sont commis à l'occasion de la relation familiale verticale quand ils sont le fait du conjoint, du concubin ou du partenaire de la victime. Toutefois, les agressions sexuelles autres que le viol qui sont imposées à une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de son auteur, ne sont pas aggravées dans ce dernier cas. L'amplification de leur répression est ainsi curieusement limitée au domaine du lien de famille vertical et la cohérence exigerait à nouveau la prise en compte globalisée de la relation familiale dans l'aggravation de cette infraction. Si ce constat peut étonner à première vue, il est néanmoins tout à fait logique que l'atteinte sexuelle commise sans violence, contrainte, menace ni surprise sur la personne d'un mineur de quinze ans ne soit pas aggravée dans ce cas. Cette victime spécifique n'est précisément pas apte à être juridiquement inscrite dans un lien de couple à un tel moment de sa minorité.

b. L'aggravation par le lien de couple rompu

291. - Lorsqu'il appréhende effectivement l'horizontalité de la relation familiale, le droit répressif, qui transcende dans un premier temps la vision matrimoniale de la famille, ne se contente pas de ce dépassement. L'amplification répressive va en effet bien au-delà du lien de couple, puisqu'elle inclut dans un second temps le lien de couple rompu en considérant de façon générale que l'aggravation qui concerne le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité pour les crimes, les délits et les contraventions « est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité »¹⁰⁶⁰ et que ces dispositions « sont applicables dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime »¹⁰⁶¹. L'aggravation infractionnelle fondée sur la qualité, actuelle ou ancienne, de conjoint, de concubin ou de partenaire de la victime se trouve donc généralisée à toutes les catégories infractionnelles. Cette formulation apparemment claire laisse cependant perplexe : « elle est totalement sybilline car on saisi mal, tant sa justification criminologique que le but, la matérialisation pratique et les possibilités de preuve de la

¹⁰⁵⁸ C. pén., art. 222-24, 11°.

¹⁰⁵⁹ C. pén., art. 222-28, 7°.

¹⁰⁶⁰ C. pén., art. 132-80.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*

réserve mentionnée »¹⁰⁶². Si la prise en considération de l'existence du lien de couple qui est l'occasion de l'infraction ou du lien passé qui est la raison de l'infraction se comprend aisément en ce qui concerne les crimes et les délits, elle suscite davantage de polémiques à l'égard des contraventions, dont le domaine était auparavant écarté par la jurisprudence. Ces dernières sont en effet traditionnellement considérées comme des infractions dépourvues de caractère intentionnel¹⁰⁶³. L'utilité pratique de cette extension peut en outre être discutée dans un dispositif au sein duquel les victimes peinent déjà à se faire entendre pour les faits les plus graves. Il est possible de préciser que s'« il était déjà étrange que les violences volontaires puissent constituer des contraventions, on conçoit alors d'autant plus difficilement au plan théorique que la qualité de l'auteur d'une infraction non intentionnelle puisse venir aggraver la répression de cette infraction même si l'on peut comprendre en pratique la volonté d'alourdir les peines des contraventions de violences volontaires légères »¹⁰⁶⁴. Si la prise en compte de l'effet aggravateur du lien de couple défait qui est la raison de la commission de l'infraction peut être critiquable en ce que les mobiles sont normalement inopérants en droit pénal, il est encore plus étrange que ce facteur puisse constituer la circonstance aggravante d'une infraction qui ne requiert précisément pas d'intention pour être constituée. Un tel procédé, qui revient paradoxalement à exclure l'intention dans la constitution de l'infraction pour la prendre en compte par la suite dans sa répression, constitue en effet un danger certain pour la sécurité juridique. Partant, il ne semblerait pas inutile de faire un pas en arrière dans l'extension de cette répression afin de cantonner à nouveau le domaine de l'aggravation fondée sur le lien de couple passé aux infractions criminelles et correctionnelles. Ce retrait, qui peut paraître le plus apte à restaurer la cohérence du droit, aurait cependant pour corollaire l'insécurité d'une catégorie de victimes et il n'est pas certain que l'intérêt de ces dernières doive être sacrifié au profit de celui du premier.

292. - Il convient en dernier lieu de préciser que le droit répressif s'écarte parfois de la distinction fondée sur l'orientation de la relation familiale pour mêler la verticalité et l'horizontalité au sein d'une même circonstance aggravante. Le droit pénal amplifie à ce titre la répression lorsque les infractions de violences et de menaces précédemment étudiées sont commises « sur le conjoint, les ascendants ou les descendants en ligne directe ou sur toute autre personne vivant habituellement au domicile » des personnes mentionnées parmi d'autres circonstances aggravantes en raison des fonctions particulières qu'elles exercent. Cette amplification vaut aussi en ce qui concerne l'infraction de destruction de dégradation ou de

¹⁰⁶² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2014, n° 66, p. 75.

¹⁰⁶³ L'affirmation est déduite de l'interprétation *a contrario* du premier alinéa de l'article 121-3 du Code pénal qui dispose qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

¹⁰⁶⁴ C. POMART-NOMDÉDÉO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. fam.*, 2010, n° 9, chron. 20, p. 9, spéc. p. 10.

détérioration du bien d'autrui¹⁰⁶⁵. Ainsi, l'aggravation inclut concomitamment la verticalité en ligne directe et l'horizontalité uniquement fondée sur l'alliance. Cette restriction est cependant à nuancer, puisque le partenaire ou le concubin des personnes concernées peut être pris en compte s'il entre dans la catégorie des personnes vivant habituellement à leur domicile. C'est donc davantage la vie commune que le lien de famille qui fonde l'aggravation. L'originalité tient ici au fait que le droit répressif s'écarte de la qualité de l'auteur de l'infraction pour prendre en compte le lien familial qu'entretient la victime avec une personne qui exerce une fonction particulière. Aggravée de la sorte, l'infraction pourrait alors être qualifiée d'infraction familiale par ricochet, puisqu'elle tient compte d'un lien extérieur à son auteur.

293. - Qu'elle concerne sa verticalité ou son horizontalité, l'étendue matérielle du lien familial amplificateur de répression s'avère très diversifiée. Relativement à l'aggravation qu'il peut engendrer, le lien familial est alors appréhendé par le droit pénal comme une notion englobante, au sein duquel il peut aussi bien désigner un lien de droit ou d'affection et adopter des formes diverses. Si le droit répressif reprend à son compte les notions d'ascendance et de descendance, auxquelles il attache une influence ancienne¹⁰⁶⁶, il se détache désormais de la conjugalité au sens strict et accorde parfois en ce domaine une importance à la diversité du lien de couple, pour poser en certaines circonstances les relations d'autorité factuelle ou juridique sur un pied d'égalité avec la relation familiale. L'étude de sa nature théorique démontre en définitive l'autonomie du droit répressif qui semble finalement s'inspirer des catégories du droit de la famille pour mieux s'en affranchir. L'examen de l'étendue matérielle du lien familial amplificateur de répression révèle en effet une autre réalité. Loin de se limiter aux conceptions traditionnelles de la relation fondée sur l'alliance et la parenté, le droit répressif opère effectivement dans une perspective beaucoup plus large. Son étendue matérielle diversifiée met ainsi en œuvre une vision autonome, qui transcende les frontières établies. Si la largesse de sa nature démontre une prise en considération authentique et globalisée de la relation de famille par le droit répressif, l'étude de son domaine d'application pratique révèle cependant de nombreuses incohérences qu'il est désormais nécessaire de mettre en lumière.

¹⁰⁶⁵ C. pén., art. 322-3.

¹⁰⁶⁶ Le droit pénal a longtemps réprimé spécifiquement les comportements de parricide et d'infanticide. V. respectivement en ce sens les articles 299 et 300 du Code pénal de 1810.

§2. Le domaine d'application pratique de l'aggravation de la répression

294. - Pour pouvoir appréhender le caractère amplificateur de répression accordé au lien familial relationnel dans son intégralité, il convient désormais de quitter le terrain de sa portée théorique et de s'intéresser au domaine d'application recouvert par l'amplification qui aggrave finalement la sanction pénale. L'étude du champ de mise en œuvre pratique couvert par le lien familial relationnel nécessite à son tour l'adoption d'une double perspective, qui inclut à la fois la question de la sphère personnelle concernée et celle de la catégorie infractionnelle considérée. L'amplification de la répression se conçoit en effet comme une conséquence de l'existence d'une relation familiale. Si le résultat est identique et consiste chaque fois en une augmentation de la sanction encourue, cet accroissement ne procède cependant pas toujours du même type de relation et ne s'applique pas de façon indifférenciée à toutes les infractions. La conséquence est similaire quand la cause diverge selon le comportement concerné et la forme spécifique du lien. L'examen de la réalisation de l'amplification témoigne alors d'une instabilité qui n'adhère pas au constat positif qui entoure celui de sa théorisation. Lorsqu'il engendre l'amplification pratique de la répression, le lien de famille, qui paraît globalement appréhendé dans sa nature, est en réalité pris en compte au sein d'un domaine personnel variable (*A*), dont l'inconsistance démontre au surplus un domaine infractionnel incohérent (*B*).

A. Un domaine personnel variable

295. - La sphère personnelle d'une infraction s'entend logiquement des différents protagonistes touchés par cette dernière. Le cercle des individus concernés par le lien familial amplificateur de répression peut aussi bien être appréhendé du point de vue des victimes de l'infraction que de celui de ses auteurs. L'étendue des individus qui peuvent constituer le volet personnel de la relation de famille amplifiant la répression ne se résume cependant pas au rôle spécifique qu'ils occupent dans cette relation. Le domaine personnel du lien de famille qui aggrave la répression peut en effet tout aussi bien se concevoir par rapport au rôle occupé par le protagoniste dans la matérialisation de l'infraction, lorsque cette dernière se commet à plusieurs. Le schéma répressif mis en place sera à son tour changeant en fonction de l'angle de vue adopté. Lorsqu'il regarde le rôle matériellement occupé par l'auteur de l'infraction dans sa commission, le droit répressif met en œuvre un modèle unique de répression, alors qu'il se tourne vers un modèle répressif plural quand il se rapporte à la place spécifiquement occupée par l'individu auteur ou victime au sein de la relation de famille. L'unité de la propagation personnelle de l'aggravation (*1*) laisse en ce sens place à la diversité de la sphère relationnelle appréhendée par cette dernière (*2*).

1. L'unité de la propagation personnelle de l'aggravation

296. - L'examen de l'étendue des protagonistes concernés par l'amplification de répression attribuée au lien familial suppose la commission de l'infraction par une pluralité de participants. La réflexion portant sur l'étendue du lien présume en effet nécessairement qu'il a la possibilité de s'étendre. Le contexte de la pluralité de participants à la commission matérielle de l'infraction pose la question de la transmission de l'aggravation engendrée par la qualité de l'auteur principal à chacun des protagonistes de l'infraction. Quand il aborde le cercle des personnes pouvant potentiellement adopter le comportement infractionnel et encourir l'aggravation familiale, le droit pénal fait preuve d'une vision homogène. L'aggravation, originellement imputable à l'auteur principal de l'infraction, va en effet se déployer uniformément sur le cercle de ses participants. Elle peut de ce fait aussi bien être transmise au coauteur ou au complice et concerne l'entièreté du cercle de ses protagonistes. Cette diffusion a lieu quelle que soit l'infraction en cause, du moment que cette dernière est d'ores et déjà aggravée par la qualité de son auteur principal.

297. - La question de la transmission de la circonstance aggravante liée à la relation familiale existant entre l'auteur principal de l'infraction et sa victime prend une importance particulière au sein de cette étude. Elle consiste en effet à s'interroger sur la propagation du caractère familial de l'infraction – ou plutôt de sa sanction, étant donné que le comportement peut aussi se produire en dehors du milieu familial – au tiers qui y a matériellement participé mais qui n'est pas familialement lié à la victime et qui ne possède pas la qualité requise pour l'aggravation. À première vue, il peut sembler paradoxal d'associer la peine encourue par un individu à une qualité dont il ne dispose précisément pas. Un tel constat peut paraître contradictoire dès lors qu'il s'agit de faire dépendre la sanction attribuée à son comportement à une circonstance qui lui est pourtant extérieure. Dans une conception stricte de la circonstance familiale, l'amplification répressive trouverait alors sens si elle résultait uniquement du lien existant entre le participant à l'infraction et les membres de sa propre famille, mais ne pourrait en aucun cas avoir lieu lorsque le protagoniste intervient au sein du lien familial d'autrui. L'explication tiendrait directement au fait que la circonstance familiale est de nature strictement personnelle et subjective et ne peut de ce fait se transmettre à autrui.

298. - Si elle semble cohérente, la jurisprudence s'est cependant posée en complète contradiction avec cette justification en étendant l'aggravation non seulement au coauteur, mais aussi au complice du comportement infractionnel. Cette transmission se comprend aisément pour le premier mais son principe est davantage sujet à polémiques concernant le second. Le coauteur est en effet facilement assimilable à l'auteur car il réunit en sa personne tous les éléments qui constituent le comportement infractionnel. Si la coaction est alors un

paramètre nécessaire de la transmission de l'amplification, elle ne suffit pas pour autant à l'engendrer. L'extension du caractère familial est en effet davantage fondée sur la nature de la circonstance que sur le degré du comportement de celui qui aide à la commission de l'infraction. Qu'elle concerne finalement le coauteur ou le complice, la circulation de l'aggravation issue de la relation familiale existant entre la victime et l'auteur principal ne peut normalement avoir lieu que si le lien de famille est appréhendé comme un critère qui n'est pas exclusivement personnel à ses protagonistes. Si la jurisprudence a longtemps traité les coactions comme des infractions unitaires faisant encourir une peine unique à tous leurs protagonistes¹⁰⁶⁷, elle s'est par la suite astreinte à justifier ce transfert en prenant position sur la nature de la circonstance en cause. Puisque la relation familiale qui existe entre l'auteur principal de l'infraction et sa victime ne pouvait logiquement être exempte de tout caractère personnel, elle a dès lors été considérée comme une circonstance mixte, mêlant à la fois les caractères personnel et réel¹⁰⁶⁸. La relation de famille augmente de ce fait la gravité objective de l'acte et peut légitimement engendrer le rayonnement de l'aggravation à tous les protagonistes de l'infraction.

299. - La substitution de la criminalité d'emprunt à la pénalité d'emprunt¹⁰⁶⁹ a mené à un raisonnement identique à l'égard de la peine encourue en cas de complicité. La théorie de la complicité fondée sur l'emprunt relatif de criminalité aurait en effet dû conduire à exclure l'aggravation de la peine du complice tiers à la relation familiale de l'auteur principal. Partant, la relation familiale a dans le même sens été considérée comme une circonstance mixte, mêlée de subjectif et d'objectif et assimilée aux circonstances réelles quant à l'amplification de la sanction. Si ce constat paraît quelque peu critiquable pour le coauteur, qui commet sa propre infraction, il se comprend plus aisément pour le complice, qui participe de façon consciente et volontaire à une infraction commise par autrui. Que la coaction ou la complicité soit concernée, c'est en définitive la conscience de commettre dans le même temps ou de participer à une infraction à dimension familiale qui octroie ce caractère au comportement du tiers¹⁰⁷⁰. Intrinsèquement personnelle et subjective dans sa nature, la relation familiale devient réelle et objective dans ses effets. Au regard de son effet amplificateur, le lien familial est alors considéré comme une composante hybride, caractérisée par une mixité qui lui permet de produire des effets au-delà de lui-même. Ce choix répressif, qui peut être sujet à la critique, n'est en réalité pas neutre. L'assimilation des sanctions appliquées aux différents

¹⁰⁶⁷ V. not. en ce sens *Cass. crim.*, 9 juin 1848, *Bull. crim.*, n° 178 : S. 1848, I, p. 527 ; *DP* 1848, I, p. 154.

¹⁰⁶⁸ *Cass. crim.*, 24 mars 1853, *Bull. crim.*, n° 110.

¹⁰⁶⁹ V. en ce sens la nouvelle rédaction de l'article 121-6 du Code pénal.

¹⁰⁷⁰ La jurisprudence a néanmoins longtemps considéré que la transmission de l'aggravation devait avoir lieu même si la circonstance familiale était inconnue du coauteur ou du complice. V., à propos de la qualité de descendant de la victime, *Cass. crim.*, 11 mai 1866, *Bull. crim.*, n° 135 : S., 1867, n° 1, p. 143.

protagonistes de l'infraction à dimension familiale témoigne en effet de la volonté d'éviter certaines impunités.

300. - Cette explication ne se justifie toutefois réellement que dans le cas où le lien de famille se pose en élément constitutif de l'infraction principale¹⁰⁷¹. En l'absence de transmission de la circonstance familiale, le coauteur ou le complice, qui ne sont précisément pas inscrits dans ce lien, ne pourraient alors pas se voir inquiétés pénalement pour leur comportement. Il en serait par ailleurs de même en ce qui concerne le cas de l'auteur principal tiers au lien familial existant entre le coauteur ou le complice et la victime. Néanmoins, l'extension de la *familialité* reste en ce cas l'objet de nombreuses critiques, puisqu'elle ne se conforme pas à l'exacte application du principe d'interprétation stricte de la norme pénale. En ce qui concerne les infractions partiellement familiales, dans lesquelles le lien de famille ne joue que pour aggraver la répression, ce constat est sujet à davantage de polémiques, puisqu'il ne s'agit plus d'éviter une impunité mais d'augmenter ou non une répression par ailleurs existante. La cohérence oblige cependant à une appréciation unitaire du caractère familial de l'infraction et du principe de sa transmission. En ce qu'elle évite certaines impunités et favorise l'application unitaire de la répression à l'ensemble des participants à l'infraction, la conception mixte de la circonstance familiale paraît alors la plus opportune. Elle demeure en outre la plus à même de rendre compte de la spécificité du lien à l'occasion duquel se commet le comportement infractionnel et témoigne en ce sens d'un intérêt répressif certain. Relativement à l'étendue des participants à l'infraction qu'elle est susceptible de recouvrir, la sphère personnelle concernée par l'amplification se trouve finalement considérée dans son intégralité. L'intérêt dont semble faire preuve le droit répressif à l'égard du lien de famille est cependant affaibli face au constat de la diversité de la dimension relationnelle de la sphère personnelle de l'amplification.

2. La diversité de la sphère relationnelle de l'aggravation

301. - La sphère personnelle du lien de famille amplifiant la répression ne se limite pas à sa dimension macro-personnelle qui revient à observer le rôle matériellement occupé par le protagoniste dans la commission de l'infraction. Il peut également être caractérisée par son aspect micro-personnel, qui consiste à s'intéresser à la place spécifiquement occupée par le protagoniste commettant l'infraction au sein de la relation de famille qui le lie à sa victime. Loin de se conformer à l'assise d'un modèle unitaire, le droit répressif adopte ici une vision plurale de la sphère personnelle concernée par le lien familial. Si l'effet aggravateur se

¹⁰⁷¹ À l'image de l'infraction d'atteintes sexuelles commises sur un mineur de plus de quinze ans.

déploie sur toute l'étendue de ce dernier, il ne le fait pas de façon uniforme. Le droit répressif opte dès lors alternativement pour une vision étroite ou élargie de la sphère relationnelle précisément concernée par l'aggravation en fonction du type d'infraction considéré. Lorsqu'il se rapporte aux infractions qui protègent la personne humaine, le degré de relation familiale qui est susceptible d'aggraver la répression diverge en premier lieu selon que l'on se situe dans sa dimension verticale ou horizontale.

302. - Appréhendé dans sa verticalité, le lien familial concerné par les infractions qui portent atteinte à l'intégrité de la personne est en premier lieu variable en fonction de la qualité de la victime de l'infraction. Lorsque cette dernière se commet sur un mineur de plus de quinze ans, l'amplification témoigne d'une vision restrictive et concerne seulement l'ascendant légitime ou naturel, ainsi que les seuls père et mère adoptifs. Si la victime est en revanche un mineur de quinze ans, le domaine concerné par l'aggravation s'étend alors pour inclure l'ascendant légitime naturel ou adoptif dans sa généralité et va même au-delà du lien de famille en se rapportant à la personne ayant une autorité sur le mineur. Quand l'infraction porte spécifiquement atteinte à la liberté ou à la dignité de la personne humaine, la diversité du lien concerné est encore accrue, puisqu'il concerne le lien d'ascendance légitime, naturel ou adoptif, ainsi que la personne qui dispose d'une autorité sur la victime ou qui abuse de celle que lui confèrent ses fonctions spécifiques. Les liens d'ascendance et d'autorité y sont alors considérés dans leur globalité et l'étendue de la relation concernée semble portée à son paroxysme. Le lien envisagé par les comportements attentatoires à la liberté sexuelle de la personne, qui concerne l'ascendant ou la personne ayant autorité de droit ou de fait, paraît suivre le même chemin en ce qu'il ne distingue pas non plus en fonction de la victime. La formulation peut cependant interroger quand les caractéristiques de l'ascendance n'y sont plus détaillées, alors que celles qui se rapportent à l'autorité sont spécifiées.

303. - Appréhendé dans son horizontalité, le lien familial concerné par les infractions qui portent atteinte à la personne humaine ne diverge à l'inverse plus en fonction de la catégorie infractionnelle concernée. Si la collatéralité est exclue de la sphère de l'aggravation, ces infractions se voient en revanche aggravées de la même façon, qu'elles concernent l'intégrité physique ou la liberté sexuelle de la personne. Le droit répressif fait en ce sens de nouveau preuve d'une certaine unité en considérant largement la qualité de conjoint, de concubin ou de partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité et en étendant l'amplification aux mêmes relations passées, dans la mesure où elles justifient la commission de l'infraction. Quand il considère les relations familiales dans leur dimension horizontale, le droit pénal démontre finalement une vision transcendantale de la sphère relationnelle dont il tient compte pour aggraver la répression. Il est cependant bien plus versatile à l'égard de sa verticalité, à l'égard de laquelle il adopte une conception tantôt restreinte ou tantôt étendue de la qualité de

la personne prise en compte dans l'aggravation de la répression. Le droit répressif semble en définitive accorder plus d'importance au lien familial horizontal qu'au lien familial vertical, puisqu'il le considère dans la plénitude de ses formes pour apprécier l'étendue qu'il engendre. Un tel constat peut alors contredire celui du caractère défectible du premier, qui a auparavant été érigé en justification du désintérêt répressif dont il fait preuve à l'égard des infractions qui lui portent indirectement atteinte. Le droit pénal témoigne finalement d'un intérêt marqué pour l'existence présente ou passée du lien de couple quand il s'agit d'aggraver la répression. L'étude du caractère amplificateur de la relation familiale témoignerait en ce sens de l'influence que la réalité factuelle, représentée par la famille contemporaine, est susceptible d'avoir sur le droit répressif et répondrait à celle que ce dernier développe sur la protection de la première. Si l'idéal de l'influence réciproque des matières semble indispensable au bon fonctionnement des institutions familiales et sociales qu'elles concernent, il semble une fois encore qu'il s'agisse avant tout de poser l'individu comme objet principal de politique criminelle en l'appréhendant à travers le lien dont il est partie. En modelant la sphère relationnelle du lien familial aggravateur de répression en fonction de la nature de la relation et de l'infraction considérée, le droit répressif fait cependant preuve d'une instabilité néfaste. L'inconsistance qu'il manifeste dans la fixation de l'étendue de la sphère relationnelle susceptible d'aggraver l'infraction rend en effet son domaine infractionnel globalement incohérent.

B. Un domaine infractionnel incohérent

304. - Considéré dans sa dimension relationnelle, le lien familial qui aggrave la répression apparaît comme un objet malléable susceptible de se réduire et de s'étendre au gré des volontés répressives. La fluctuation qui entoure cette appréhension se répercute alors directement sur son domaine infractionnel, dont l'examen révèle un ensemble désordonné et fragmentaire, sur lequel il est nécessaire de revenir spécifiquement afin de pouvoir prétendre à une étude globale du domaine d'application de l'aggravation. Le domaine général de cette dernière peut tout d'abord paraître limité, puisqu'il se restreint aux seules infractions intentionnelles commises contre la vie et l'intégrité physique et sexuelle des personnes. Toutes les négligences qui se commettent dans des circonstances familiales identiques mais de façon non intentionnelle sont par conséquent exemptes de conséquences aggravatrices. Si cette exclusion contribue incontestablement à limiter le domaine que pourrait occuper l'aggravation, elle n'en reste pas moins légitime. Le caractère familial de l'infraction pourrait avoir pour effet d'attribuer le même sort à celui qui est conscient de son comportement qu'à l'individu négligent qui aurait dû redoubler d'attention dans un tel contexte. Une telle assimilation semble cependant peu opportune dans la mesure où le caractère familial de

l'infraction ne doit pas être utilisé à l'encontre de celui qui n'a pas recherché le résultat de son action mais doit uniquement servir à punir davantage l'auteur qui a sciemment décidé d'agir dans ce contexte particulier. Imputer les conséquences d'un contexte spécifique à celui qui n'a précisément pas décidé d'agir en son sein relèverait en ce sens de l'illogisme.

305. - Pour rester cohérente, la répression doit faire primer l'absence d'intention sur les conséquences aggravatrices de la *familialité*. Si la limitation s'avère nécessaire là où l'intention fait défaut, la diversification ne se justifie guère à l'endroit où elle existe. À l'instar de ce qui se produit dans son champ personnel, le résultat se caractérise toujours par une aggravation répressive mais la cause n'embrasse pas uniformément toutes les infractions qui entrent dans le champ matériel du lien familial aggravateur de répression. L'étendue du lien familial concerné peut alors changer d'une infraction à une autre et aller de l'absence d'aggravation ou de sa restriction à la famille nucléaire jusqu'à son extension aux anciens conjoints, concubins ou partenaires et aux personnes ayant autorité de droit ou de fait. L'analyse détaillée du domaine infractionnel recouvert par ce dernier démontre une incohérence globale qui se manifeste à travers la nature du lien et se traduit par l'existence d'une verticalité fractionnée (1) couplée à une horizontalité exacerbée (2).

1. L'incohérence de la prise en compte fractionnée du lien familial vertical

306. - L'inconsistance qui enserre l'intégralité du domaine infractionnel recouvert par le lien familial amplificateur de répression se manifeste à travers l'étude de sa verticalité. Le lien familial vertical qui amplifie effectivement la répression pénale peut en effet se rapporter à plusieurs configurations, dont l'examen affiche un ensemble disparate et confus. Le rapport de filiation, qui entraîne intrinsèquement le respect et l'honneur et qui aboutit extrinsèquement à l'observation de droits et obligations, s'inscrit dans le même temps dans une dimension hiérarchique qui crée factuellement certaines inégalités. Ces dernières peuvent devenir rapidement exploitées et sont susceptibles d'engendrer des situations de faiblesse propices à la commission de violences. S'il est logique que l'infraction commise à l'occasion du lien de famille vertical fasse l'objet d'un régime répressif particulier, « cette répression spécifique d'une infraction survenant entre membres d'une même famille peine toutefois à trouver une cohérence, que l'aggravation concerne l'infraction commise par un ascendant ou sur un ascendant »¹⁰⁷².

¹⁰⁷² D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 69, p. 94.

307. - Quand elle concerne les infractions qui portent atteinte à l'intégrité physique de la personne, l'aggravation ne répond à aucune uniformité et donne lieu à une réponse pénale différenciée. Ce contraste se traduit notamment en premier lieu par le fait que le meurtre, l'empoisonnement et les actes de violences, de tortures ou de barbarie sont aggravés lorsqu'ils sont commis sur un ascendant « légitime, naturel ou adoptif » – distinction désormais révolue – mais ne le sont pas quand ils sont commis par un ascendant sur un descendant de plus de quinze ans¹⁰⁷³. Les circonstances aggravantes sont en outre parfois restreintes aux seuls pères et mères adoptifs à l'exclusion des autres ascendants pour les infractions commises sur un ascendant alors même que l'adoption plénière est identifiée à la filiation charnelle¹⁰⁷⁴. Les ascendances légitimes et naturelles – dont la distinction terminologique devrait logiquement être abolie – semblent également considérées sans distinction de degré quand la filiation adoptive reste parfois limitée aux père et mère. Une telle rédaction aboutit finalement à une application inégalitaire de l'aggravation dont l'étendue varie entre les différentes filiations. Cette distinction est au surplus fondée sur une obsolescence consacrée. La cohérence appellerait alors à gommer ces différences pour percevoir identiquement toutes les filiations.

308. - Lorsque le mineur de quinze ans est concerné, le fractionnement ne se situe cependant plus sur les modes d'établissement de la filiation, qui deviennent appréhendés sur un même pied d'égalité. Le droit pénal considère de ce fait l'ascendance dans sa généralité et transcende la *familialité* au sens strict pour étendre l'aggravation au lien d'autorité. En deçà d'un certain seuil de vulnérabilité, le lien d'ascendance est donc rétrogradé en arrière-plan et apparaît en filigrane derrière le lien général d'autorité, alors que le rapport de force s'inverse à mesure de l'autonomisation du mineur, traditionnellement fixée à l'âge de quinze ans. La cohérence peut ressurgir en ce qu'il s'agit finalement de traiter différemment des victimes placées dans une situation différente du point de vue de la vulnérabilité. Le critère semble toutefois bien arbitraire, tant cette dernière relève de la particularité du sujet. La notion d'autorité est en outre appréhendée extensivement. Elle ne fait l'objet d'aucune spécification quant à sa nature et l'âge du jeune mineur se confond avec sa vulnérabilité¹⁰⁷⁵.

309. - Quand elle intéresse à l'inverse les agressions sexuelles, l'aggravation concerne l'ascendant et le descendant dans leurs généralités respectives. La relation familiale verticale est finalement prise en compte quelle que soit sa nature juridique et s'étend sans limitation de

¹⁰⁷³ *Ibid.*

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, n° 70, p. 95.

¹⁰⁷⁵ V. en ce sens les développements de X. PIN, « La vulnérabilité en matière pénale », in Fr. COHET-CORDET (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000, p. 131. L'auteur regrette le « double emploi » qui existe entre la minorité de quinze ans et la vulnérabilité dans le sens où « le même fait, en l'occurrence l'âge, ne peut être constitutif de deux circonstances aggravantes ».

degré. Si l'aggravation est globale quant à son étendue matérielle, elle n'embrasse pas toute la sphère personnelle de l'infraction. Eu égard à l'autorité morale et à la supériorité physique dans lesquelles se commettent ces infractions, l'aggravation concerne en effet le plus souvent celles qui sont le fait d'un ascendant et qui ont un descendant pour victime. Appliquée dans cette configuration, l'aggravation peut être qualifiée de descendante et reste souvent unilatérale. Elle peut cependant parfois devenir bilatérale et revêtir un caractère ascendant souvent symbolique, à l'instar de ce qui est opéré pour les infractions de meurtre ou d'empoisonnement. Le caractère sexuel de l'infraction semble finalement justifier l'élargissement du domaine recouvert par l'aggravation, pareillement à la vulnérabilité du mineur victime d'une infraction portant atteinte à son intégrité physique. Le lien familial est en dernier lieu semblablement exalté par la référence au lien d'autorité. Ce dernier se trouve toutefois spécifié dans sa nature puisqu'il est fréquemment précisé que l'autorité peut tout aussi bien relever du droit ou du fait. L'éclaircissement de la notion d'autorité pourrait alors participer à restaurer une certaine cohérence dans la détermination du domaine infractionnel recouvert par l'aggravation. Cette précision reste cependant inopérante puisque le lien d'autorité peut difficilement être d'une autre nature que celle qui est énoncée. Si elle a le mérite d'ôter tout doute concernant l'admission du lien d'autorité factuel comme élément déclencheur d'aggravation, elle ne rend pas pour autant son domaine plus cohérent. Les mêmes liens peuvent désormais substantiellement causer l'aggravation, que la nature de l'autorité soit terminologiquement précisée ou non. Dès lors, l'autorité de droit ou de fait semble implicitement incluse dans le lien général d'autorité et la cohérence appellerait sans aucun doute une rédaction similaire des deux types d'aggravation. Que le lien familial vertical se rapporte finalement aux infractions qui ont pour objet la protection de l'intégrité physique ou sexuelle de l'individu, le domaine d'application de l'aggravation mériterait par conséquent d'être unifié, ou tout du moins délimité par des critères objectifs, pour retrouver davantage de cohérence. Le contraste inhérent à la verticalité du lien familial amplificateur de répression se retrouve en outre lors de l'observation de l'exacerbation du domaine qui a trait à son horizontalité.

2. L'incohérence de la prise en compte exacerbée du lien familial horizontal

310. - La situation originelle du lien familial horizontal diffère de celle dans laquelle s'inscrit le lien familial vertical. Ce dernier est en effet caractérisé par un rapport de hiérarchie qui reste normalement étranger au premier. Lorsqu'il se rapporte aux relations horizontales, le lien familial est caractérisé par une égalité qui doit exister entre les membres du couple. La présence de l'affect peut cependant rapidement devenir néfaste et engendrer des conséquences qui s'opposent à cet équilibre. La configuration dans laquelle un des membres du couple

prend l'ascendant psychologique ou physique sur l'autre membre peut rapidement aboutir à une rupture d'égalité nocive, propice à l'émergence de conduites infractionnelles. Ce schéma questionne à nouveau la vulnérabilité de l'individu mais s'émancipe de celle qui est naturellement induite par le lien vertical. Lorsqu'il constitue la cause de l'aggravation répressive, le lien de famille horizontal est appréhendé de façon paradoxale. Si son domaine n'est pas fractionné et se rapporte toujours à un lien de couple exacerbé dans son étendue, il se trouve en revanche paradoxalement cantonné à un certain type de lien. Les collatéraux sont en effet totalement exclus du domaine de l'horizontalité aggravatrice qui se concentre uniquement sur le lien de couple. Lorsqu'il s'agit d'aggraver la répression, le lien familial horizontal n'est donc appréhendé que du point de vue de sa conjugalité. Cette dernière transcende alors la *familialité* pour se poser en cause unique d'aggravation.

311. - Si le lien de couple existe désormais comme une cause d'aggravation commune et bilatérale, la survivance historique de la puissance maritale a longtemps justifié son inexistence ou sa prise en compte unilatérale¹⁰⁷⁶. Cette cause d'aggravation est longtemps restée cantonnée aux violences conjugales et son extension aux infractions de meurtre, d'agressions sexuelles ou de proxénétisme reste par exemple très récente¹⁰⁷⁷. La dissolution du lien a de même très anciennement opéré comme cause de disparition de l'aggravation pour nouvellement devenir inopérante. L'aggravation survit désormais à l'anéantissement du lien conjugal et se désolidarise en ce sens de son caractère strictement familial. L'horizontalité se trouve en outre exacerbée dans toutes ses dimensions puisqu'elle inclut toutes les manifestations du lien conjugal et ne distingue pas entre les différentes formes de conjugalité. Les liens matrimoniaux, de partenariat et de concubinat y sont donc compris de façon égalitaire, tant lorsqu'ils existent au moment de la commission de l'infraction que lorsqu'ils sont défaits, du moment qu'ils justifient cette dernière¹⁰⁷⁸. S'il est finalement considéré à son paroxysme quand il se rapporte à la conjugalité, le lien familial horizontal qui aggrave la répression fait en définitive l'objet d'une considération partielle de la part du droit répressif. En excluant délibérément la collatéralité de son champ d'application, ce dernier évince toute une frange de l'horizontalité du lien. Ce rejet se justifie par le fait que les collatéraux évoluent juridiquement dans un rapport d'égalité qui ne leur impose pas le respect d'obligations juridiques particulières les uns envers les autres. L'équilibre caractérisant leurs rapports

¹⁰⁷⁶ La puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée ont été abrogée par la loi du 18 février 1938 portant modification des textes du code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, *JORF* du 19 février 1938, p. 2058. L'adultère de la femme est cependant resté plus sévèrement réprimé que celui du mari et constituait ainsi une cause d'aggravation supérieure de la sanction. Sur cette ancienne incrimination, v. *infra*, n° 352.

¹⁰⁷⁷ V. en ce sens les dispositions de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* n° 81 du 5 avril 2006, p. 5097.

¹⁰⁷⁸ Si l'aggravation de la sanction ne diffère pas en fonction de la nature du lien de couple concerné, la preuve de ce dernier pourra cependant être plus délicate en matière de concubinage.

récioproques¹⁰⁷⁹ induit une absence de supériorité naturelle qui rend impossible la mise en œuvre d'une cause d'aggravation. Cette dernière s'explique en effet par l'existence préalable d'un déséquilibre juridique dont l'auteur abuse à l'endroit où il devrait respecter certaines obligations. Cette supériorité ne saurait donc être présumée à l'égard d'un rapport entre collatéraux qui peut aggraver l'infraction dans le seul cas où l'auteur abuse au surplus d'une autorité de droit ou de fait. L'autorité justifiant l'aggravation ne peut par conséquent être présumée au sein de la ligne collatérale mais doit se superposer au rapport naturellement égalitaire pour entraîner l'aggravation¹⁰⁸⁰. Si la commission de l'infraction dans le contexte du rapport collatéral constitue certainement une zone d'interdiction morale, elle ne saurait juridiquement entraîner l'aggravation automatique de la répression en l'absence de rapport d'autorité de droit ou de fait. L'absence théorique d'aggravation qui peut choquer à première vue peut donc être compensée dans la pratique. L'exercice de l'autorité factuelle compensera souvent cette exclusion. La preuve d'une telle autorité, qui ne peut simplement être déduite du rapport collatéral ou de la différence d'âge entre l'auteur et sa victime, reste cependant malaisée¹⁰⁸¹.

312.- Entre exclusion totale et application maximale, l'appréhension pénale de l'horizontalité du lien familial aggravateur de répression révèle un hiatus paradoxal. La contradiction augmente encore en intensité lorsqu'elle est mise en perspective avec la protection pénale différenciée qui a été démontrée à l'égard de la prise en compte du lien structurel de couple¹⁰⁸². Le droit pénal fait preuve d'une attitude totalement antinomique en appréhendant la conjugalité de façon unitaire et égalitaire quand il s'agit simplement d'aggraver la répression d'une infraction qui porte atteinte à une autre valeur sociale, pour la fractionner et s'appliquer de façon différenciée lorsqu'il est question de la protéger en tant que telle. Ce constat renforce l'analyse précédente et donne encore plus de pertinence à la thèse du désintérêt et de l'utilitarisme dont le droit pénal fait preuve à l'égard de la famille. L'examen pratique des sphères personnelle et infractionnelle du lien familial qui aggrave la répression pénale démontre finalement une prise en compte effective mais inefficace. Le domaine appréhendé se montre en définitive hétérogène, inégalitaire et fondé sur des critères flous et subjectifs. Il révèle en outre une conception pénale fluctuante du contenu du lien familial, qui se manifeste tant à travers la nature de l'aggravation que dans son domaine d'application. Si elle existe, la *famille pénale* est somme toute uniquement décrite par le biais

¹⁰⁷⁹ Cette égalité se manifeste notamment à travers leur vocation identique à la succession d'un frère ou d'une sœur décédé.

¹⁰⁸⁰ V. *Cass. crim.*, 17 septembre 1997, *Bull. crim.*, n° 302 : *Dr. pén.*, 1998, n° 1, comm. 2, p. 7, note M. VÉRON ; *RSC*, 1998, p. 325, note Y. MAYAUD.

¹⁰⁸¹ V. *supra*, n° 134 et s.

¹⁰⁸² V. *supra*, n° 49 et s.

d'une énonciation irrégulière des membres qui la composent et des infractions qui la concernent. Ce processus ne semble pas pouvoir aboutir à une définition précise du lien familial pénal à l'heure où « l'ensemble de la prise en compte des liens familiaux est tout à fait défectueuse »¹⁰⁸³. L'affirmation est encore plus vive quand le droit pénal n'a, à première vue, aucune constance dans l'énumération des membres de la famille¹⁰⁸⁴. La conception protéiforme du contenu du lien familial, issue de la vision utilitariste dont fait preuve le droit pénal à l'égard de cette notion, permet dès lors de prendre la mesure des finalités de l'appréhension pénale du lien familial. Apparemment pris en compte comme cause d'aggravation pénale, le lien familial, modulé et exploité, apparaît en définitive comme un facteur en réalité ignoré de l'aggravation de la répression.

SECTION 2. LE LIEN FAMILIAL COMME FACTEUR IGNORÉ DE L'AGGRAVATION DE LA RÉPRESSION

313. - Lorsqu'il s'agit d'aggraver effectivement la répression, le lien familial n'est pas appréhendé par le droit pénal de façon concordante avec la vision civiliste dont il est l'objet. L'analogie entre les conceptions se situe en effet uniquement sur la prise en considération des composantes conjugale et parentale qui le constituent traditionnellement. La similitude entre les matières s'arrête toutefois à la prise en compte du contenant, puisque le sens donné au contenu et l'importance attribuée aux différents éléments qui constituent chaque catégorie varient considérablement. Le contraste est alors important entre la vision civile traditionnelle et la vision répressive renouvelée et originale du lien de famille. Le droit répressif affirme en effet son autonomie et s'inspire des catégories existantes pour fonder la base de son action, tout en se permettant de les adapter en fonction de l'objectif recherché. La dissemblance se situe alors essentiellement au niveau du caractère flexible inhérent à la notion et se répercute à travers la casuistique qui caractérise sa mise en application pratique.

314. - Le droit répressif s'évince de la matière familiale et écarte toute analogie avec les catégories civiles. Le droit pénal feint de prendre en compte le lien familial traditionnel comme cause d'aggravation et le déprécie au profit de considérations annexes pour l'assise desquelles il en adopte une conception renouvelée et renouvelable. En d'autres termes, si l'indifférence existe à l'égard du concept civil, l'intérêt se rétablit nécessairement à l'endroit

¹⁰⁸³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, op. cit., n° 67, p. 76.

¹⁰⁸⁴ L'affirmation se retrouvera à l'identique en ce qui concerne le domaine des immunités familiales à travers lesquelles le droit pénal choisit de se retirer. Les protagonistes impliqués diffèrent même au sein de chaque catégorie et la liste des acteurs concernés par les circonstances aggravantes, les immunités affectives et les immunités patrimoniales n'est jamais identique. V. respectivement *supra*, n° 295, et *infra* n° 544 et n° 579.

du lien familial pénalisé. La divergence se caractérise en fin de compte par un phénomène de compensation puisque le lien familial, d'abord ignoré dans sa dimension traditionnelle, est finalement considéré comme objet d'une conception originale qui se situe au plus proche de la réalité factuelle à laquelle le droit pénal doit faire face. La réalité constituée par l'ignorance de la répression à l'encontre du lien familial civil (§1) se trouve alors effectivement contrebalancée par une prise en considération répressive réaliste du lien familial pénal (§2).

§1. L'ignorance réelle de la répression à l'encontre du lien familial civil

315. - En faisant le choix de s'émanciper de la définition civile du lien de famille, le droit répressif renonce au caractère suiveur qu'il pourrait arborer et affiche clairement son indépendance. À travers l'assise de cette dernière, il ne sanctionne pas prioritairement le non-respect des normes et conceptions inhérentes au droit familial mais affirme les règles qu'il estime dignes de protection au sein de sa conception autonome du lien familial pénal. S'il imite le droit familial en s'inspirant de ses catégories générales, la concordance qui existe parfois entre les valeurs défendues se révèle purement aléatoire. La défense de la conception traditionnelle du lien de famille, qui peut être évoquée à travers la notion de lien familial civil, n'émerge en effet pas comme une priorité répressive. La prévalence reste toujours donnée à la vision répressive spécifique et différenciée qui peut tantôt s'émanciper de la conception traditionnelle et tantôt lui correspondre. Dans chaque configuration, le droit pénal, autosuffisant, cherche toujours à satisfaire prioritairement ses intérêts.

316. - Cette primauté se caractérise concrètement par la supériorité accordée au lien général d'autorité. Ce dernier, qui est certainement le révélateur le plus marquant de cette indépendance, se trouve en effet privilégié par rapport au lien de famille entendu strictement quand il s'agit d'aggraver la répression pénale. Si le lien familial pénal d'autorité reste privilégié, il ne constitue pas pour autant l'unique cause aggravatrice de répression et son application ne souscrit pas à l'uniformité. S'il constitue une notion spécifique, le lien familial pénal reste modulable et hétérogène. La transcription pratique de son effet amplificateur manque finalement de cohérence et gagnerait certainement à être unifiée. La prépondérance répressive accordée au lien familial d'autorité (*A*) appelle alors inéluctablement à s'interroger sur l'opportunité de la création d'une cause générale d'aggravation (*B*).

A. La prise en compte prépondérante du lien d'autorité

317. - Lorsqu'il s'intéresse au lien de famille dans le but d'aggraver sa sanction, le droit pénal peut tout aussi bien se contenter de l'appréhender dans son sens restreint et ne retenir

que la relation de famille fondée sur la conjugalité ou la filiation, qu'en accentuer son étendue en y incluant le lien factuel ou juridique d'autorité. La composante plus générale de l'autorité supplante ainsi celle de la famille quand le rapport de force propice à la commission de l'infraction est regardé dans sa dimension objective et ne se réfère pas à la qualité de celui qui en bénéficie. Partant, il est possible d'affirmer que le droit pénal ne s'intéresse pas principalement au cercle institutionnel dans lequel l'infraction se produit mais à la nature hiérarchique du lien relationnel. Le droit pénal opère dès lors dans une perspective réaliste et porte davantage d'intérêt au lien qui unit l'auteur à sa victime. Ce dernier est d'ailleurs regardé de façon identique quel que soit son fondement. Le lien familial pénal qui aggrave la répression est alors pris en compte indépendamment de son origine juridique ou factuelle, à partir du moment où il existe un rapport hiérarchique physique ou psychologique entre les protagonistes de l'infraction. Quand il accorde indistinctement un effet aggravateur à l'ascendance ou à l'autorité de l'auteur, le législateur répressif « attache l'aggravation de la sanction à la seule possession de la qualité ou de l'autorité sans exiger qu'elles aient rendu plus aisée la perpétration de l'infraction »¹⁰⁸⁵. Le rapport causal entre la qualité ou l'autorité et la commission de l'infraction n'est donc pas nécessaire à l'aggravation, qui est due au fait d'avoir agi dans l'irrespect des obligations juridiques qui incombent aux auteurs et non à l'occasion de leur exercice. Dans une démarche concrète, le droit pénal se situe en ce sens au plus proche des faits et met le rapport de domination familial ou social sur un pied d'égalité au niveau de leurs effets.

318. - Le lien familial pénal aggravant la répression transplante la notion traditionnelle de famille pour l'asseoir sur des critères qui lui sont ordinairement extérieurs. La réflexion peut dès lors s'orienter vers la recherche des justifications conceptuelles de la prise en compte de l'autorité au sein de la conception pénale du lien familial. La prédominance répressive accordée au lien général d'autorité peut théoriquement résulter de deux objectifs distincts. Cette extension peut tout d'abord être appréhendée du point de vue de la protection de la vulnérabilité de la victime qui est physiquement ou psychologiquement – les deux critères n'étant pas nécessairement mais néanmoins fréquemment liés – soumise à l'autorité de l'auteur. Elle peut en second lieu être regardée sous l'optique de l'assise des droits et des devoirs de la personne qui dispose de cette autorité et qui lui imposent le respect de l'intégrité de l'individu qui en est le sujet. Si les justifications sont distinctes, il semble cependant bien délicat de scinder leur appréhension puisque le respect des droits et obligations du titulaire de l'autorité auteur de l'infraction affecte nécessairement la protection de la vulnérabilité de sa victime. La logique appelle finalement l'adoption d'une perspective globale et invite à combiner les deux justifications. La prise en compte du lien général d'autorité dans

¹⁰⁸⁵ C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 55, 2006, n° 280, p. 191.

l'aggravation de la répression peut par ailleurs être considérée comme un moyen supplémentaire de responsabilisation. À l'instar de ce qui est exigé envers l'individu titulaire d'une autorité publique, celui qui possède une autorité privée doit alors en assumer les conséquences et se soumet à un risque pénal supplémentaire. Cette affirmation s'avère particulièrement exacte quand le titulaire est un tiers à la famille conjugale ou parentale, qui a nécessairement accepté positivement la charge d'autorité. D'aucuns soutiendront cependant que le droit pénal est depuis longtemps sorti de son rôle quand il se fonde sur l'existence d'un lien privé pour accroître l'efficacité de ses sanctions, sans protéger dans le même temps les atteintes qui peuvent par ailleurs lui être portées. Si le droit répressif fait le choix assumé d'un lien familial pénal étendu, les critères sur lesquels il assoit cette perception ne sont pas pour autant clairement définis.

319. - Afin de rester cohérente, la définition du lien d'autorité doit répondre à la mise en place de critères objectifs. Le lien d'autorité juridique ne pose guère de problèmes et doit simplement exister par le droit et se situer hors de tout lien conjugal ou parental. L'autorité doit ainsi y être investie par un acte juridique et la preuve de son existence ne souffre généralement d'aucune difficulté. La chose est tout autre lorsqu'il est question de rapporter la preuve d'une autorité de fait. Cette dernière, qui existe par définition hors de la famille et hors du droit, repose en effet entièrement sur des considérations factuelles subjectives. Pour pouvoir acquérir des effets aggravateurs, elle doit être concrètement caractérisée. Traditionnellement, elle ne peut par exemple pas être simplement déduite d'un lien de parenté¹⁰⁸⁶ mais doit être issue de faits concrets, à l'image de la communauté de vie¹⁰⁸⁷, sans toutefois que la condition d'habitation doive nécessairement être recherchée¹⁰⁸⁸. L'autorité de fait peut aussi bien être géographiquement présente dans l'intimité familiale qu'exister au sein du monde social extérieur, notamment scolaire ou professionnel. En adoptant la vision la plus étendue possible du lien d'autorité, le droit répressif tient non seulement compte de toutes les nouvelles configurations familiales mais fait entrer la société dans la famille pénale. Puisqu'il ne se cantonne pas au respect des classifications du droit familial et conçoit un lien familial pénal particulier, à la fois susceptible d'être plus restreint et plus étendu, il est possible de dire que l'aggravation du droit pénal en présence d'un lien familial ne suit donc pas la définition civile des relations de famille et mène à une « cacophonie de circonstances aggravantes »¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ V. en ce sens *Cass. crim.*, 20 juillet 1965, *Bull. crim.*, n° 179.

¹⁰⁸⁷ V. en ce sens *Cass. crim.*, 9 juin 1971, *Bull. crim.*, n° 185 au sujet du crime de viol et *Cass. crim.*, 10 avril 1959, *Bull. crim.*, n° 195 : *D.*, 1959, somm., p. 59, pour les atteintes sexuelles.

¹⁰⁸⁸ V. en ce sens *Cass. crim.*, 2 mai 1990, inédit : *RSC*, 1991, p. 82, note G. LEVASSEUR ; *Dr. pén.*, 1990, comm. n° 197, obs. M. VÉRON.

¹⁰⁸⁹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 71, p. 95.

La réinsertion du lien familial comme objet cohérent de droit pénal pourrait alors potentiellement se traduire par l'instauration d'une circonstance aggravante générale.

B. Vers la mise en place d'une cause générale d'aggravation

320. - Rapportées au comportement infractionnel, les circonstances s'entendent de « conditions particulières tenant à la qualité de l'auteur ou de la victime d'une infraction ou au mode de réalisation de celle-ci et ne constituant pas un élément nécessaire à son existence »¹⁰⁹⁰. Par essence accessoire, le fait circonstanciel s'oppose à l'élément constitutif et n'influe pas directement sur l'existence du fait infractionnel. Les circonstances qui entourent la commission de ce dernier sont concrètement susceptibles d'engendrer plusieurs effets, dont les plus notoires se situent au niveau du *quantum* de la sanction pénale. Dans leur dimension aggravatrice, les circonstances peuvent être considérées comme des « faits visés par la loi obligeant le juge à prononcer une peine plus forte que la sanction normalement encourue »¹⁰⁹¹. La circonstance aggravante se rattache à une infraction initiale et son application a toujours pour effet l'augmentation de la peine encourue¹⁰⁹². Dans le respect du principe de la légalité criminelle, elle revêt donc un caractère légal en ce qu'elle émane du législateur et n'est pas laissée à la discrétion du juge. Elle opère de façon obligatoire à partir du moment où elle est reconnue par ce dernier. Puisqu'elle influe directement sur la qualification pénale des faits et peut modifier la nature de l'infraction ainsi que déterminer la juridiction compétente, son existence est appréciée en amont du prononcé de la peine. Si le vocable apparaît simple, il recoupe en réalité une multitude de faits concrets, qui diffèrent selon leur domaine et se distinguent par leur nature. Lorsqu'elle est engendrée par le lien familial, l'aggravation révèle certaines caractéristiques qui postulent l'adoption d'une vision globale. La spécificité de la circonstance aggravante familiale (1) ne justifie pas la restriction dont elle fait l'objet et laisse émerger la nécessité de son extension (2).

¹⁰⁹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V^o « Circonstances aggravantes », p. 173.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² V. en ce sens C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, op. cit., n^o 2, p. 2 : « les circonstances aggravantes se présentent donc comme des faits qui, déterminés par la loi, se joignent à une infraction préexistante et entraînent une élévation de la peine encourue dans des proportions également établies par le législateur ». L'auteur considère que la circonstance aggravante peut s'analyser « comme un simple accessoire de l'infraction simple » ou « peut être perçue comme l'élément d'une nouvelle infraction » qui formerait « avec elle, une entité juridique distincte, l'infraction aggravée ».

1. La spécificité de la circonstance aggravante familiale

321. - La circonstance aggravante est en premier lieu qualifiée de générale quand elle se rapporte à l'ensemble des comportements infractionnels et prend le nom de spéciale lorsqu'elle a seulement trait à un groupe d'infractions déterminé ou à une infraction particulière. La seconde catégorie est de loin la plus prolifique puisque le droit pénal ne connaît que deux circonstances aggravantes générales qui concernent la récidive¹⁰⁹³ ainsi que l'utilisation d'un moyen de cryptologie¹⁰⁹⁴. Lorsqu'une infraction se commet dans ces circonstances, sa peine se voit alors automatiquement aggravée, sans qu'il soit nécessaire que le texte d'incrimination prévoie l'aggravation. La circonstance aggravante spéciale doit au contraire obligatoirement être présente au sein de ce dernier pour pouvoir effectivement s'appliquer. En marge de la détermination du domaine infractionnel sur lequel elle s'étend, l'aggravation ne recouvre pas toujours la même nature, selon qu'elle se rapporte à la personne de l'auteur du comportement infractionnel ou aux faits matériels concrets qui le caractérisent. Elles sont ainsi qualifiées de personnelles lorsqu'elles ont subjectivement trait à la qualité interne de l'auteur de l'infraction et prennent la dénomination de réelles quand elles s'attachent aux circonstances externes qui entourent objectivement sa réalisation. La classification n'est cependant pas si manichéenne, puisque la circonstance devient mixte lorsqu'elle intéresse respectivement ces deux aspects et se transmet généralement au coauteur et au complice. Qu'elle opère *in rem*, *in personam* ou recouvre simultanément ces caractéristiques, la circonstance aggravante, généralement spéciale, participe actuellement d'un phénomène de multiplication et de diversification très perceptible, qui s'est étendu au lien familial.

322. - Lorsqu'elle se rapporte à la relation familiale, l'aggravation prend une coloration particulière, puisque l'auteur de l'infraction est inscrit dans un lien émotionnel avec sa victime. Cette dimension affective induit alors une obligation de respect particulière qui empêche de le considérer comme un simple tiers à la relation familiale. Le membre de la famille peut en effet être considéré comme le titulaire d'une obligation positive tacite qui lui commande de veiller au respect et à la protection de l'intégrité physique et psychique des siens. L'assertion prend encore plus d'ampleur dès lors que la victime est une personne mineure, par essence vulnérable. Quand elle se produit au sein du milieu clos de la famille, l'atteinte à ces valeurs revêt alors une dimension particulièrement odieuse, que le législateur décide de prendre en compte par l'intermédiaire de l'aggravation familiale. Cette dernière n'est cependant pas reconnue comme une notion générale instituée et recoupe

¹⁰⁹³ V. en ce sens les articles 132-8 et s. du Code pénal.

¹⁰⁹⁴ C. pén., art. 132-79.

traditionnellement l'aggravation par le lien de parenté, par le lien d'alliance et par la relation d'autorité de droit ou de fait, qui peut ou non exister en corrélation avec ces derniers. Qu'elle appartienne à l'une ou l'autre de ces catégories, la circonstance aggravante familiale reste toujours mixte. En ce qu'elle est inexorablement liée à la personne de l'auteur mais participe dans le même temps à la commission matérielle de l'infraction, l'aggravation familiale relève en effet à la fois du personnel et du réel et donne à l'infraction une spécificité particulière.

323. - Le schéma particulier dans lequel s'insère l'infraction commise en famille invite à poser les bases d'une réflexion théorique portant sur les raisons de l'apposition de la famille comme cause d'aggravation de la répression pénale et s'inscrivant plus généralement dans une analyse téléologique du concept de circonstance aggravante. En d'autres termes, il peut être pertinent de comprendre le processus qui aboutit à la consécration comme cause d'amplification de la sanction pénale d'un fait principal pouvant par ailleurs se commettre en son absence, afin de saisir la circonstance aggravante familiale dans son essence. Ce travail peut être précédé d'une observation liminaire qui consiste à penser le sens à accorder au fait de ne pas attribuer un effet autonome et constitutif à la relation de famille qui demeure une cause d'aggravation accessoire. Cette réflexion peut notamment porter sur l'importance à attribuer à la valeur sociale représentée¹⁰⁹⁵. Lorsqu'elle amplifie une infraction, la circonstance peut être conçue comme un moyen d'exprimer pénalement une volonté de réprobation particulière ou comme un outil juridique permettant de prendre en compte les nouvelles réalités criminologiques. Dans la première acception, elle est considérée comme un instrument accessoire servant la répression spécifique d'un comportement par ailleurs pris en compte, quand elle se conçoit davantage comme un moyen détourné de création répressive et révèle la capacité d'adaptation de la norme pénale dans la seconde. La prise en compte de la relation familiale comme cause d'aggravation spéciale peut être vue comme la preuve que le lien de famille est appréhendé comme une valeur accessoire à celles que véhiculent les infractions qu'il aggrave. Le droit répressif n'aurait en ce sens de considération à son encontre qu'à l'égard de sa vocation supplétive. Érigé en circonstance aggravante, le lien familial révélerait alors son caractère subsidiaire par rapport à la protection générale de l'individu. L'amplification familiale peut néanmoins et dans un second temps exister comme la simple expression d'une technique légistique et révéler le caractère spécifique et supérieur du lien familial qui accompagne la réalisation de l'infraction. Dans cette optique, le contexte familial

¹⁰⁹⁵ Il est possible de faire référence à l'ancien crime de parricide qui est devenu un crime de droit commun aggravé par la composante familiale. Le passage de cette dernière du statut de critère constitutif de l'infraction à celui de circonstance susceptible de l'aggraver peut se poser comme la résultante d'un choix de politique pénale potentiellement révélateur de l'importance à accorder à la valeur sociale familiale. Les infractions familiales au sein desquelles la relation de famille continue à exister comme élément constitutif forment actuellement une catégorie très résiduelle qui se résume à englober uniquement l'infraction d'atteinte sexuelle commise sans violences sur un mineur de plus de quinze ans. Cette restriction extrême peut dès lors être interprétée comme le signe d'une désaffectation répressive à l'égard de la valeur sociale familiale.

complète utilement l'infraction d'origine pour lui octroyer une dimension singulière et originale. Par ce processus, l'accessoire aurait alors tendance à se muer en principale caractéristique du comportement infractionnel et gagnerait dès lors en considération. Inscrit dans une telle dynamique, le lien familial serait valorisé de façon incidente.

324. - Si dans sa généralité la circonstance aggravante se caractérise actuellement par un mouvement global de prolifération, la circonstance spécifiquement fondée sur le lien de famille participe à l'inverse d'un double mouvement de réduction et de dilution. Le domaine recouvert par les infractions susceptibles d'être aggravées par la présence d'un lien de famille s'est en effet réduit à mesure que la circonstance aggravante familiale s'est diluée dans des catégories plus globales qui tendent à faire primer la généralité de la vulnérabilité physique ou psychologique de l'individu sur la spécificité de son appartenance familiale. Si le lien de famille reste donc pris en compte dans l'aggravation de la sanction pénale, il n'en demeure que rarement le motif principal. Que l'objectif répressif consiste finalement à contrer cette ignorance ou à la renforcer volontairement, la spécificité qui entoure le lien familial aggravateur de répression n'en demeure pas moins souvent exempte de cohérence. Ce constat invite alors nécessairement à s'interroger sur la question de la généralisation de l'amplification et fait émerger une réflexion prospective à propos de la possibilité de mettre en place une aggravation automatique pour chaque infraction qui se commet dans le cadre d'un lien familial¹⁰⁹⁶.

2. L'extension de la circonstance aggravante familiale

325. - Le désordre qui entoure le lien familial aggravateur de répression invite à penser que l'harmonie pourrait résider dans l'adoption d'une perspective d'ensemble, qui consisterait à faire du lien de famille une cause automatique d'aggravation de la sanction du comportement infractionnel. Dans ce schéma, toute infraction verrait systématiquement sa peine aggravée dès lors qu'elle se commettrait à l'occasion d'un lien de famille. L'ascendance et la descendance pourraient alors être considérées comme des causes générales d'aggravation, sans distinction de nature ou de degré de filiation. Cet alignement aurait le mérite de gommer les inégalités actuelles et de tenir compte du caractère réciproque des liens concernés. L'adhésion à ce modèle se révèle cependant rapidement superficielle, puisque cette complétude suppose non seulement un traitement égalitaire de toutes les infractions pénales,

¹⁰⁹⁶ Si, à travers les dispositions de l'article 132-80 du Code pénal, le législateur précise par des propos généraux le sens à accorder à la circonstance aggravante issue du lien familial de couple, il n'entend pas pour autant lui attribuer un caractère général dans le sens où les juges sont toujours tenus de se référer à l'infraction particulière qui est concernée. L'effort de définition commune d'une des facettes de la circonstance aggravante familiale peut alors être interprété comme constituant les prémices d'un mouvement plus large de globalisation.

mais encore et surtout la croyance en un lien familial à répercussion unique. Or, l'analyse est relativement viciée quand le lien familial, loin de produire un effet uniforme, peut aussi bien engendrer l'immunité que l'aggravation répressive et lorsque cette dernière ne semble réservée qu'à un type particulier d'infractions. La solution pourrait alors consister à tirer profit de cette dernière considération et se manifester concrètement par la seule généralisation de la circonstance aux catégories infractionnelles qu'elle entoure d'ores et déjà. Ce choix ne réglerait cependant en rien le fond du problème et consisterait au contraire uniquement à en déplacer la manifestation formelle. Appliquer un effet général à une composante infractionnelle tout en limitant le domaine de l'aggravation reviendrait au surplus à lui octroyer un caractère particulier.

326. - Le débat sur la généralisation de la circonstance aggravante familiale s'inscrit finalement dans une erreur de perspective. L'intégralité du problème ne réside pas dans le domaine occupé par la circonstance mais dans la définition à octroyer au lien de famille. La réflexion sur l'étendue de l'aggravation présuppose en effet nécessairement de s'accorder préalablement sur une définition commune et unitaire du lien qui aggrave. Tant que ce dernier restera circonstancié dans son étendue et adapté dans son contenu à chaque infraction qu'il entoure, la question de sa généralisation ne pourra pas être posée de manière cohérente. La résolution de cette dernière suppose alors la recherche liminaire d'une définition commune de ce que recoupe le lien familial appréhendé par le droit pénal. En l'absence d'un travail préalable de détermination uniforme du lien familial pénal, il demeure impossible de penser la circonstance aggravante de membre de la famille ou d'atteinte au lien de famille dans son caractère général. Si l'idée peut en définitive emporter l'adhésion en ce qu'elle contribuerait sans doute à amoindrir le désordre actuel et à rétablir une cohérence certaine, elle ne peut dès lors se concrétiser sans accord primitif et unanime sur la détermination du lien envisagé.

327. - Dans cette optique, le lien familial pénal pourrait tout d'abord être appréhendé dans sa dimension restrictive et ne concerner que les relations de couple et de filiation entendues strictement. Une telle perspective reviendrait cependant à éluder la réalité que recouvre le lien de famille à l'occasion duquel peut se commettre une infraction pénale. Pris en compte dans son acception répressive, la relation de famille recouvre en effet un champ bien plus étendu que celui qu'elle occupe au sein du droit familial. L'autorité inhérente à l'aggravation de la sanction pénale dépasse en effet le simple cadre de la cellule familiale ou du lien juridique pour s'étendre potentiellement aux liens factuels qui existent avec les proches. Si le caractère réaliste de la conception extensive du lien familial pénal peut dès lors emporter l'adhésion, il n'est cependant pas certain que l'aggravation issue d'une définition aussi vaste soit généralisable à toutes les infractions. Le propre du lien familial pénal réside en effet dans son adaptabilité et dans la souplesse qui lui est inhérente. Bien qu'elle engendre certaines

incohérences, la notion a besoin de ne pas être trop rigide pour pouvoir s'ajuster de façon réaliste à toutes les situations qu'elle englobe. La détacher de sa flexibilité reviendrait de ce point de vue à lui ôter ce qui la caractérise et lui octroie sa singularité. Ce constat est cependant paradoxal lorsque cette diversité occasionne précisément certaines incohérences. Si l'adoption d'une définition extensive, unique et figée de la notion de lien familial pénal est possible, elle doit alors nécessairement passer par un changement de paradigme dans la façon dont le droit répressif conçoit le lien de famille. En d'autres termes, la généralisation de l'aggravation familiale ne sera susceptible d'exister qu'au travers de l'adoption d'une définition commune et unitaire du lien familial pénal qui pourra elle-même uniquement émerger d'un changement de modèle répressif conceptionnel à l'égard de cette notion. La réflexion sur la généralisation mène en définitive à une impasse qui invite à considérer certaines alternatives.

328. - La restauration de la cohérence au sein de la spécialisation des circonstances aggravantes pourrait passer par la mise en place d'un autre schéma caractérisé par un jeu d'accumulation, dans lequel l'aggravation tenant au lien de famille viendrait systématiquement se cumuler à celle qui a trait à la minorité. Si un tel mécanisme existe déjà en ce qui concerne les infractions de violences qui portent atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne, il semble exclu en ce qui concerne les infractions à connotation sexuelle. La mise en place généralisée d'un degré d'aggravation supplémentaire chaque fois que le mineur est dans le même temps inscrit dans un lien de famille aurait alors le mérite de scinder les objectifs poursuivis par le droit répressif et de pallier partiellement le manque de clarté. L'augmentation du *quantum* de l'aggravation se comprendrait aisément à l'égard de comportements qui ont pour particularité le fait que la dangerosité de l'auteur est proportionnelle à la protection dont il doit normalement faire preuve à l'égard de sa victime. Lorsqu'elle se commet au sein de la famille, l'infraction sexuelle prend une coloration particulièrement infâme et le traumatisme qui en découle commande logiquement une réponse répressive sévère. Une telle amplification peut cependant s'avérer inopérante quand la gestion de la déviance relève davantage du soin que de la punition, ce qui est très souvent le cas concernant ces comportements. Ce constat requiert alors certainement la conservation de la mesure et commande peut-être même un infléchissement de la riposte punitive au profit de la réaction prophylactique par le soin. Qu'il s'agisse de raisonner par rapport au contenu ou à l'étendue de la circonstance aggravante familiale, l'examen révèle en définitive une ignorance réelle de la répression à l'encontre du lien de famille traditionnel qui semble pouvoir s'expliquer par le réalisme dont le droit répressif fait preuve à l'égard du concept singulier de lien familial pénal.

§2. La considération répressive réaliste du lien familial pénal

329. - Le phénomène d'ignorance dont fait preuve le droit pénal à l'encontre du lien de famille traditionnel s'explique par l'existence de l'intérêt certain qu'il démontre envers ce même lien quand il le considère selon ses propres référentiels. L'examen pratique de la relation familiale qui influence l'application du droit pénal démontre la prise en compte d'un lien de famille caractéristique qui ne ressemble pas au lien familial traditionnel. L'appréhension du lien familial par le droit pénal se fait alors sous le signe de la particularité et participe du réalisme qui incombe à la matière répressive. Lorsqu'il prend délibérément le lien familial pour objet en choisissant de l'inscrire dans son champ d'application, le droit pénal ne se limite pas aux catégories existantes. Loin de se conformer à la définition classique de la relation de famille, il la saisit au contraire à travers toute son autonomie pour mieux l'adapter à son mode de fonctionnement. La matière répressive traite alors le lien familial en fonction de ses propres référentiels et le considère sous le prisme du pragmatisme qui lui est inhérent. Ce processus de personnalisation aboutit dès lors à l'émergence d'une notion parallèle et *sui generis* qu'il est possible de dénommer lien familial pénal.

330. - Le lien familial pénal ne s'oppose pas au lien familial civil mais évolue à ses côtés pour le remplacer quand la famille est pénalement appréhendée. Puisque le premier ne va pas à l'encontre du second mais chemine à sa rencontre, il est finalement possible d'affirmer que la coexistence des liens familiaux est issue d'un processus d'adaptation et ne résulte pas d'un esprit de contradiction. Si le concept répressif du lien de famille se confond parfois avec son acception traditionnelle, il est caractérisé par davantage de réalisme. La théorisation de la notion de lien familial pénal s'avère dès lors complexe puisqu'elle relève avant tout de la rationalité. Si la conception répressive du lien de famille peut être déduite de la façon dont il est appréhendé par le droit pénal, il reste très délicat de théoriser le lien familial pénal. Dans son acception pratique, la notion demeure en effet fractionnée et embrasse de multiples formes. Sa fragmentation ne doit cependant pas annihiler tout essai de conceptualisation mais peut au contraire porter à développer plus encore la réflexion. En dépit du morcellement conceptuel qui la caractérise, il reste tout de même envisageable de penser sa théorisation. L'observation pratique d'un lien familial pénal à géométrie variable (A) impliquera donc une réflexion théorique au sein de laquelle il sera possible de déduire une conception pénale instrumentale du lien de famille (B).

A. Un lien familial pénal à géométrie variable

331. - Le lien familial tel qu'appréhendé par le droit pénal peut revêtir plusieurs visages dans sa dimension personnelle et englober tant le lien de parenté ou d'alliance que la situation

maritale notoire ou le simple lien d'autorité de droit ou de fait. La cohérence et l'unité semblent donc très difficiles à entrevoir et sa définition relève davantage de la casuistique et de la pluralité que de l'unité. La recherche d'une définition pénale du lien familial s'approche dès lors du domaine de l'impossible. Partant, il s'avère plus cohérent de s'intéresser à la conception pénale du lien familial, considéré comme le processus de formation d'un concept, et de regarder la façon dont le droit pénal envisage et perçoit la famille quand il décide d'intervenir, plutôt que de rechercher sa définition. Bien que le tableau dressé par l'étude du lien familial pénal puisse être assimilé aux contours identiques d'une forme prenant des colorations différentes selon les infractions concernées, l'harmonie reste tout de même délicate à déceler. La largesse de la conception pénale du lien familial ne semble pas se faire à la mesure de la gravité de l'infraction concernée et la définition du lien familial change selon l'infraction considérée et le but recherché par la répression. Cette contingence existe finalement comme le révélateur d'« une approche factuelle de la famille par le droit pénal, et marque sans doute du réalisme de la matière qui se détache des qualifications juridiques civiles »¹⁰⁹⁷. La variabilité intrinsèque au lien familial pénal traduit alors un réalisme qui « pourrait d'ailleurs également être proposé comme une explication à l'inconstance du droit pénal dans la définition du cercle familial visé par les circonstances aggravantes »¹⁰⁹⁸. Cette fluctuation révèle certainement une renonciation pure et simple à toute forme de définition du lien familial par le législateur répressif. Ce détachement doit cependant être dénoncé quand il mène à une répression incohérente.

332. - Il apparaît, en parallèle, que le droit pénal réagit différemment selon le lien en cause. Le droit pénal semble en effet s'émanciper de la protection du lien conjugal et se concentrer sur celle du lien de filiation. L'explication de cette attitude peut alors être trouvée dans la nature du lien considéré. La contractualisation et la privatisation du lien conjugal, plus précaire et révocable, entraîneraient en effet un retrait du droit pénal quand le caractère inconditionnel du lien de filiation, indissoluble et institué, justifierait sa protection supplémentaire. Il n'est cependant pas certain que la valeur protégée soit ici encore le lien lui-même. L'échec de la recherche d'une définition unitaire du lien familial pénal démontre alors certainement l'erreur de perspective originelle. L'optique de l'appréhension pénale du lien familial n'a en effet jamais été la recherche de sa définition et encore moins l'unité de sa vision. Bien au contraire, le droit pénal s'attèle à asseoir ici son essence et son autonomie. Le réalisme dont il est naturellement empreint peut finalement « être proposé comme une explication à l'inconstance du droit pénal dans la définition du cercle familial [qui] ne suit donc pas la définition civile des relations de famille »¹⁰⁹⁹. « Droit de répression et de défense

¹⁰⁹⁷ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 68, p. 94.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹⁹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 71, p. 95.

sociale »¹¹⁰⁰, le droit pénal, naturellement réaliste, s'attache à prendre en compte des situations familiales factuelles fondées sur le vécu au titre du lien familial, comme le lien d'autorité ou le lien de couple défait. Le lien familial pénal s'apparente davantage à un lien familial de fait à géométrie variable qu'à un lien familial de droit strictement défini.

333. - Quand le droit pénal réagit activement à la présence d'un lien familial, il vient ébranler l'application classique des règles répressives. Cette réaction révèle une conception spécifique et autonome du lien familial en droit pénal. Si une telle conception existe, elle est donc à déduire de la façon dont il est pris en compte par ce droit et ne préside pas sa mise en pratique. Pâte à modeler du droit pénal, le lien familial existe dans le même cadre théorique mais est susceptible de prendre de multiples formes et d'être refondé au gré des nécessités de la répression. Le droit pénal laisse alors place à une définition mouvante et protéiforme du lien familial et n'a donc pas de vision claire des liens qui fondent actuellement son application¹¹⁰¹. Il est cependant loin d'être certain qu'une telle transparence soit recherchée. En adaptant volontairement l'étendue du lien familial à la finalité de son intervention ou de son retrait et en considérant l'utile comme principe premier de son action, le droit pénal fait alors au contraire le choix assumé d'une conception totalement utilitariste du lien familial. À travers la façon dont il conçoit le domaine infractionnel recouvert par le lien familial aggravateur de répression, le droit pénal affiche en définitive sa liberté et révèle le caractère disponible qu'il octroie aux notions employées par les autres droits. Il démontre une vision propre et unitaire du lien familial qu'il transforme en objet plus ou moins large en fonction de ses objectifs répressifs et fait preuve d'une conception purement pragmatique à l'égard du lien familial.

B. Une conception pénale pragmatique du lien familial

334. - Le processus de conceptualisation qui accompagne la réflexion globale sur le lien familial pénal appelle prioritairement à s'interroger sur les causes théoriques de son appréhension répressive. La prise en compte du lien familial par le droit pénal peut tout d'abord être considérée comme le résultat d'un calcul d'opportunité entre préservation de l'ordre social et préservation de l'ordre familial, qui commande son intervention ou son retrait. La mise en confrontation des valeurs n'est alors pas sans difficulté, puisque le lien familial est lui-même considéré comme un instituant du social. Les deux composantes ne peuvent ainsi pas toujours être mises en opposition, sous peine de tomber dans un rapport

¹¹⁰⁰ M. ANCEL, « Commentaires sur G. STÉFANI, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* », *RIDC*, 1956, vol. 8, n° 3, p. 502 : le droit pénal exprime à ce titre « la réaction de la société en présence d'un fait criminel ».

¹¹⁰¹ Ces affirmations seront tout aussi pertinentes en ce qui concerne les cas dans lesquels le droit pénal se retire.

absurde. Lorsque le droit pénal décide d'utiliser le lien familial en modalité de sa répression ou comme objet de sa protection, il va alors pouvoir le façonner et l'adapter à la valeur sociale protégée, selon ses propres considérations. Le droit pénal est en effet mû par des valeurs étrangères à celles que traduisent les obligations du droit civil de la famille et a bien souvent comme motivation première la protection de l'intégrité physique de l'individu, de la vulnérabilité de l'enfant ou de l'autorité d'une décision de justice. Sa vision opportuniste d'un lien familial plural est donc la traduction directe de son autonomie par rapport au droit civil de la famille et la valeur sociale première protégée par l'infraction n'a souvent de familiale que le nom. Le ralliement à la conception civile du lien familial est alors généralement aléatoire et s'apparente au fruit du hasard.

335. - La vision pénale du lien familial conçu comme un pion manipulable de l'échiquier répressif ne doit pourtant pas être vécue par le droit familial comme la résultante d'un affront. Le droit pénal répond en effet à une logique propre et semble être sorti de son rôle sanctionnateur des obligations des autres droits pour s'affirmer en tant que droit créateur d'obligations autonomes et indifférentes aux classifications des autres disciplines. Cette autonomie conceptuelle peut se comprendre pacifiquement lorsqu'elle est considérée au regard de l'assertion selon laquelle « le même vocable recouvre deux concepts complètement différents, et c'est bien l'originalité de la norme pénale que de rechercher, à travers son propre concept, la protection d'un intérêt propre »¹¹⁰². Il est donc fait état d'une norme pénale originale qui détermine l'étendue du concept selon ses considérations propres¹¹⁰³. Cette liberté, qui aboutit à une divergence axiologique, met en évidence un certain « réalisme et subjectivisme du droit pénal, qui répugne au formalisme du droit civil et doit garder à l'égard de celui-ci autonomie et indépendance »¹¹⁰⁴.

336. - Le lien familial pénal – s'il existe – pourrait paraître bien plus incertain qu'il ne l'est déjà dans les autres matières, puisque indéfiniment transformable et donc par essence instable. Il n'est toutefois pas certain que cette instabilité soit synonyme de danger. Le droit pénal doit en effet être adaptable dans les valeurs qu'il promet et les concepts qu'il manipule. En ce qui concerne un concept aussi mouvant que le lien familial, le danger résiderait finalement plus encore dans la fixité. Le lien familial pénal, à la fois institué et affectif, ne serait donc pas à mettre en parallèle avec le lien familial civil, en tant qu'il ne s'agirait tout simplement pas du même objet. Il existerait de façon autonome et ne serait pas un lien familial civil adapté ou

¹¹⁰² J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC*, 1980, n° 4, p. 933.

¹¹⁰³ L'expression de l'autonomie du droit pénal à l'égard de la notion de famille est loin d'être isolée et se retrouve à l'égard des autres branches du droit. Les notions de domicile, de nullité ou de rétroactivité sont ainsi appréhendées spécifiquement par le droit répressif qui s'émancipe de leurs définitions et de leurs effets traditionnels. V. en ce sens X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours », 6^e éd., 2014, n° 30, pp. 31-32.

¹¹⁰⁴ R. VOUIN, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 22.

transfiguré mais un autre lien familial. Plus qu'une alternative, l'autonomie du droit pénal face à la conception civile du lien familial serait en définitive une nécessité répressive. Identiquement à la famille et au droit pénal qui se calquent sur les évolutions sociales, le lien familial oscille entre changement et permanence et est à la fois stable dans son existence mais plural dans son essence. Il convient donc de penser les liens familiaux et non plus le lien familial. Si l'on inverse la perspective, le lien familial pourrait donc lui aussi être considéré comme une notion autonome qui évolue selon la matière concernée.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

337. - L'examen global de la relation familiale appréhendée dans sa généralité manifeste une appréhension répressive particulière à deux égards. Le lien familial apparaît en premier lieu comme un facteur pris en compte de façon effective dans le choix de l'aggravation de la répression. L'examen de la nature du lien familial qui amplifie cette dernière révèle une portée relationnelle élargie, qui se couple à une étendue matérielle très diversifiée. L'amplification de la répression se rapporte tant à la relation familiale verticale qu'à la relation familiale horizontale. La verticalité familiale reste matériellement appréhendée de façon globale. Les comportements attentatoires à la liberté sexuelle de la personne font notamment l'objet d'une extension significative lorsqu'ils amplifient la sanction répressive. L'horizontalité familiale souffre quant à elle d'une matérialisation binaire. L'aggravation issue des atteintes à l'intégrité de la personne reste toutefois marquée par une restriction relative. L'amplification de la répression peut en second lieu se manifester du point de vue de son domaine d'application. L'examen de ce dernier révèle un domaine personnel variable. Cette inconsistance est par ailleurs corroborée par un domaine infractionnel incohérent. Ces deux sphères se voient caractérisées par une dualité. Au sein de la première, l'unité de la propagation personnelle de l'aggravation répond à la diversité de la sphère relationnelle. Au sein de la seconde, une verticalité fractionnée répond à une horizontalité exacerbée. L'examen global de l'amplification familiale répressive fait donc disparaître l'effectif pour laisser finalement place à l'incohérence.

338. - La place réellement occupée par le lien familial civil dans l'amplification répressive laisse entrevoir l'ignorance dont il est l'objet. Si elle constitue une réalité, cette indifférence n'englobe cependant pas l'intégralité du lien familial puisqu'elle ne se rencontre qu'à l'égard de sa conception civiliste classique. Le droit répressif fait en effet preuve d'une prise en compte prioritaire du lien d'autorité et transcende ainsi la vision traditionnelle du lien de famille. Partant, il met en œuvre une vision réaliste du lien familial au sein d'un processus d'autonomisation qui se solde par l'émergence de la notion de lien familial pénal, particulière et adaptable. L'examen de la prise en compte du lien de famille par le droit répressif révèle un lien familial pénal à géométrie variable qui résulte d'une conception répressive instrumentale de la relation familiale. Quand il appréhende le lien relationnel dans sa généralité, le droit pénal lui octroie une protection spécifique et orientée, qui se manifeste par une aggravation circonstanciée. Si elle présente de multiples incohérences à l'égard desquelles plusieurs solutions ont été envisagées, cette dernière correspond tout de même à la réalité factuelle à laquelle le droit pénal doit savoir s'adapter. La confusion qui entoure la prise en compte générale de la relation familiale se retrouve en partie lorsque le droit répressif se concentre sur la particularité du lien relationnel saisi en matière de droits et obligations issues du droit

familial. La protection répressive des prérogatives familiales individuelles s'inscrit de ce fait dans une contingence hasardeuse.

CHAPITRE 2 - LA PROTECTION PÉNALE FLUCTUANTE DES OBLIGATIONS ISSUES DU LIEN DE FAMILLE RELATIONNEL

339. - Dans son acception relationnelle, le lien familial peut se concrétiser objectivement par l'émergence de règles qui gouvernent empiriquement les relations familiales. Le rapport affectif d'ensemble se matérialise par l'apparition de droits et obligations particuliers dont les membres de la famille sont légitimes à se prévaloir. Il est en effet possible d'affirmer à propos du droit que « s'il n'a que peu à dire sur les affections elles-mêmes, il ne peut ignorer les liens qu'elles créent »¹¹⁰⁵. L'autonomie du droit répressif, qui a pu transparaître du réalisme et de l'affect qui caractérisent la protection pénale générale du lien de famille relationnel, va se retrouver lors de l'étude de la protection accordée aux intérêts individuels spécifiques qui découlent de ce lien. Ce mouvement semble encore plus marqué ici dans le sens où, loin de se cantonner à une simple aggravation, le droit pénal intervient également au seuil de la constitution de l'infraction. À travers cette technique de production, le droit répressif s'affranchit alors totalement de la conception civiliste.

340. - Les infractions qui sont fondées sur le non-respect des devoirs familiaux ne peuvent se produire en dehors du cercle familial. Cette limitation du domaine personnel invite dès lors à penser que le lien familial existe toujours pour ces infractions comme élément constitutif du comportement infractionnel. Strictement cantonnées au domaine familial, les infractions qui portent atteinte à la concrétisation du lien de famille relationnel peuvent alors être qualifiées d'infractions purement ou exclusivement familiales¹¹⁰⁶. Si prétendre que la famille est en elle-même un élément constitutif des infractions protégeant le lien familial relationnel n'est pas totalement juste, affirmer que ces dernières se réalisent lorsque la famille est spécifiquement atteinte semble possible. Les infractions purement ou exclusivement familiales se conçoivent en définitive comme celles qui privilégient dans sa particularité la nature à la fonction de l'objet famille.

341. - L'émancipation dont fait preuve le droit répressif au sein des infractions exclusivement familiales est cependant délicate à déceler. En effet, la concomitance existe souvent entre la valeur protégée par la sanction familiale et celle qui constitue la sanction

¹¹⁰⁵ C. LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, p. 75. Si le lien d'affection reste impropre à régir la relation juridique, le couple occupe cependant une place prépondérante au sein d'un « droit des sentiments ».

¹¹⁰⁶ Elles s'opposent en ce sens aux infractions accessoirement ou partiellement familiales, qui peuvent alternativement se produire au sein ou à l'extérieur de la famille et pour lesquelles le lien familial intervient uniquement en tant que phénomène aggravateur.

pénale¹¹⁰⁷. Le renfort répressif se pose toutefois en conséquence d'un choix indépendant prioritairement opéré par le droit pénal relativement au caractère fondamental des valeurs sociales en présence, qui ont pour objectif principal la protection de l'individu en tant que personne et non en tant que membre de sa famille. Si le droit pénal s'inspire parfois des droits et obligations que le droit civil associe au lien de famille, la sanction pénale de leur violation n'intervient jamais strictement en vertu de cette considération. L'infraction est donc purement familiale, mais ne protège la famille que par destination. En instrumentalisant la sanction de l'inexécution des devoirs familiaux, le droit pénal, qui se présente généralement comme « le bras armé du droit civil de la famille »¹¹⁰⁸, œuvre avant tout dans son propre intérêt.

342. - Puisque le droit pénal intervient presque toujours pour sanctionner plus sévèrement une règle qui bénéficie d'ores et déjà de la protection du droit familial, il est aisé de croire à la dépendance des matières. Cependant, l'adéquation entre les protections civile et pénale d'une même valeur peut aussi bien révéler le déterminisme du droit répressif que l'expression de son libre arbitre. L'amalgame provient en réalité du fait que le droit civil demeure le protecteur naturel de la famille. Partant, il recouvre l'intégralité de la protection des règles qui gouvernent le droit familial et l'une d'entre elles peut rarement lui échapper pour entrer uniquement et directement dans le domaine du droit répressif. L'existence préalable de la protection civile de la règle familiale crée de ce fait pour l'analyste une hésitation permanente entre conditionnement nécessaire ou indépendance affirmée de la règle pénale. Dans une vision finaliste, il est par ailleurs possible de considérer que les moyens importent peu tant que la protection existe.

343. - Bien que le résultat puisse être identique, la protection pénale des effets concrets du lien de famille relationnel repose en définitive sur des fondements extrinsèques à ceux qui gouvernent sa protection civile. Cette protection est surtout problématique puisqu'elle se révèle incertaine et contingente. En effet, elle est inégale et varie en fonction de la règle concernée. L'action répressive se montre finalement fluctuante et instable dans ses effets. Cette irrégularité empreinte un caractère assez global et se manifeste au sein de l'ensemble des valeurs familiales appréhendées par le droit répressif. L'instabilité se manifeste au surplus de façon bien plus affirmée selon la nature des rapports familiaux concernés.

¹¹⁰⁷ L'identité des valeurs qui se trouvent au centre des protections différenciées pourrait laisser penser à un droit pénal dépendant, apportant accessoirement son concours quant au choix des valeurs sociales protégées et son renforcement quant à la sanction de leur irrespect. V. not. en ce sens les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », in *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Actes du XX^e colloque de l'Association Française de Droit Pénal, Cujas, 2012, n° 51, p. 84. Les auteurs considèrent que le droit pénal qui sanctionne les « droits et devoirs que le droit civil attache spécifiquement au lien de famille » est « employé dans une fonction accessoire en ce qu'il apporte sa sanction spécifique à des droits ou devoirs définis par le droit civil de la famille ».

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

344. - Le lien familial spécial existant entre les membres d'un couple¹¹⁰⁹ peut être qualifié de rapport familial horizontal puisque les entités qu'il concerne ont la même fonction et évoluent dans une relation d'équilibre¹¹¹⁰. Cette égalité appelle dès lors à considérer ce lien de façon univoque. Le lien familial spécial qui existe entre parents et enfants peut à l'inverse être caractérisé par un rapport familial vertical puisque ses acteurs n'occupent pas la même fonction et évoluent au sein d'un déséquilibre naturel. Le lien de famille vertical est alors polysémique. Il peut être qualifié d'ascendant ou de descendant selon la qualité du titulaire de l'obligation familiale. L'intensité de la protection répressive est fonction de la qualité du membre de la famille inclus dans l'obligation familiale à laquelle il est porté atteinte. Le lien de couple souffre en effet d'une protection pénale bien plus restreinte que celle qui entoure le lien parental. La vulnérabilité inhérente à l'enfance justifie le caractère supérieur de la protection accordée aux effets du lien relationnel de filiation. L'enfant se dessine donc comme le sujet d'une protection pénale renforcée quand le conjoint reste celui d'une protection pénale limitée. La variabilité issue de ce fractionnement révèle une protection globalement frileuse et les effets du lien de famille souffrent d'un désintérêt répressif généralisé. Si la protection pénale de l'existence du lien parental, qui se manifeste à travers les obligations familiales verticales, se produit de façon sommaire (*Section 2*), la protection pénale de l'existence du lien de couple, que révèlent les obligations familiales horizontales, reste quant à elle nettement résiduelle (*Section 1*).

SECTION 1. LA PROTECTION PÉNALE RÉSIDUELLE DES OBLIGATIONS FAMILIALES HORIZONTALES

345. - Dans son sens relationnel, le lien familial théorique qui unit les membres du couple peut se manifester à travers la présence de règles pratiques. Cette objectivation se matérialise par l'existence de droits et obligations qui incombent réciproquement à chaque membre du couple familial. À partir du moment où les effets concrets du lien relationnel de couple sont circonscrits au cercle restreint du couple, les acteurs qui le constituent sont les seuls organes susceptibles de leur porter atteinte. Puisque l'obligation n'existe qu'entre eux, il semble en

¹¹⁰⁹ Le terme permet d'inclure sous une même appellation les relations qui existent entre les personnes qui ont opté pour l'institution du mariage, pour la conclusion d'un pacte civil de solidarité ou pour une vie en concubinage. V. à ce sujet S. MIRABAIL, « Les obligations personnelles au sein du couple », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p. 117, qui remarque que cela « ne doit cependant pas masquer les différences qui subsistent entre ces diverses formes d'union » et que si le statut obligationnel dont bénéficient désormais les partenaires opère un déclin de la spécificité du mariage, ce dernier reste tout de même une forme de vie de couple caractéristique.

¹¹¹⁰ La même observation pourrait être faite en ce qui concerne les enfants entre eux. Ce lien spécifique est cependant délibérément exclu de cette étude puisqu'il n'engendre pas de droits ou obligations particuliers au sein de la fratrie familiale. Il n'existe par exemple traditionnellement aucune obligation alimentaire entre collatéraux.

effet logique qu'ils soient les seuls à même de ne pas les respecter. Toute atteinte externe aux effets concrets du lien relationnel de couple constitue donc un non-sens dès lors qu'elle ne peut par essence être le fait d'un individu qui en est exclu¹¹¹¹. Les atteintes aux devoirs familiaux horizontaux sont en définitive uniquement susceptibles de constituer des infractions intrafamiliales¹¹¹². En ce qu'elles touchent uniquement les individus composant le couple, elles peuvent être qualifiées d'infractions intracouple, entendues comme celles qui se produisent à travers et par le couple.

346. - Considérées strictement, les obligations matrimoniales peuvent être considérées comme celles qui naissent de l'union matrimoniale et incombent réciproquement aux deux membres du couple. Elles se rapportent originellement à la contraction du mariage, qui suppose l'adhésion respective des époux aux obligations légales et conventionnelles nées de l'union conjugale. Malgré le fait qu'elles concernent presque exclusivement cette dernière, la question de l'extension de certaines de ces obligations aux autres formes que peut revêtir le couple a parfois pu être posée. Le régime qui découle du pacte civil de solidarité semble s'inspirer des obligations matrimoniales et instaurer des obligations pacsimoniales comme conséquences pratiques du lien relationnel de partenariat. Cela est cependant bien moins aisé en ce qui concerne un éventuel régime obligationnel attaché au concubinage, au regard du caractère désinstitutionnalisé de cette forme d'union plus libérale. Eu égard au rapprochement notoire qui se dessine entre les différentes formes d'union, il semble toutefois légitime de s'interroger sur le constat de l'absence de régime obligationnel institutionnalisé ainsi que sur l'opportunité de sa mise en place. Une telle réflexion apparaît néanmoins délicate à opérer au regard du caractère libéral des formes de vie de couple extramatrimoniales, qui restent largement déconsidérées par le droit répressif. Si les obligations matrimoniales souffrent d'ores et déjà d'une protection pénale étroite, celle qui est accordée aux obligations extramatrimoniales demeure pratiquement inexistante. Il convient dès lors de concentrer cette étude sur la nature des obligations familiales plutôt que sur leur caractère conjugal ou extraconjugal. L'obligation familiale sera alors principalement appréhendée sous l'angle de la

¹¹¹¹ Si l'assertion se justifie à propos du lien relationnel de couple qui concerne une obligation liant uniquement deux protagonistes, elle s'inverse au sujet du lien structurel de couple qui a trait à la structure de la famille en tant qu'entité sociale et peut être l'objet d'atteintes provenant de l'extérieur. V. par ex. *supra*, n° 71, n° 149 et n° 197.

¹¹¹² La sanction des obligations qui résultent des relations familiales horizontales a longtemps révélé un caractère collectif des devoirs matrimoniaux, qui se tournaient davantage vers la protection de l'institution familiale que vers celle de ses membres. L'observation révèle désormais l'existence d'obligations matrimoniales recentrées sur l'individu et notamment resserrées autour des seuls époux. V., pour le détail de cette fonction et pour la perte de ce caractère collectif, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 138, 2014, n° 53 et s., pp. 60 et s. V. également en ce sens les observations de J.-J. LEMOULAND, « L'avenir du mariage », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, pp. 253 et s. L'auteur considère que « le mariage avait avant tout une finalité sociale : il était l'acte fondateur de la famille », mais que celui « qui se dessine aujourd'hui et pour demain apparaît bien davantage comme un cadre juridique de régulation des relations interpersonnelles ».

conjugalité mais pourra dans le même temps parfois inclure le lien de couple dans sa globalité.

347. - Si dans une acception générale le mariage constitue l'union juridique de deux individus, il se rapporte également à « l'acte juridique reçu en forme solennelle par l'officier d'état civil, en vertu duquel deux personnes établissent entre elles une union dont la loi civile règle impérativement les conditions, les effets et la dissolution »¹¹¹³. Au-delà de l'institution qu'il représente, le mariage peut faire référence à l'acte solennel qui conduit à sa formation ainsi qu'au statut subséquent dans lequel les époux sont inscrits. Le statut conjugal induit un certain nombre de droits et d'obligations que les époux qui consentent librement au mariage sont réciproquement tenus de respecter. Ces derniers peuvent plus spécifiquement être considérés comme les « devoirs mutuels et droits respectifs que le mariage fait naître pour chacun des époux dans l'ordre patrimonial et extrapatrimonial et qui forment ensemble un statut commun à tous les ménages et auquel les époux ne peuvent déroger, sous réserve des conventions matrimoniales et adaptations judiciaires spécifiées par la loi »¹¹¹⁴. Le statut matrimonial inclut donc des règles obligatoires qui ont pour ambition le maintien d'un ordre matrimonial et social. Ces obligations légales propres au modèle matrimonial portent respectivement sur les domaines patrimonial, quand elles concernent l'organisation pécuniaire du foyer, et extrapatrimonial, lorsqu'elles s'intéressent à la relation personnelle qu'entretiennent les époux. Les obligations conjugales constituées par les devoirs et droits du mariage s'étendent par conséquent sur la globalité de l'institution en ce qu'elles touchent tant l'espace moral et individuel que la sphère matérielle et économique du couple.

348. - Bien que l'ensemble des obligations matrimoniales constitue un statut juridique unitaire et global, le droit pénal ne semble pas lui réserver un sort unique et fait œuvre d'une appréhension asymétrique. La prééminence répressive est en effet donnée au domaine qui touche l'individu quand la sphère économique souffre d'un désintérêt répressif constant. En ce qu'il concerne indirectement la personne dans son individualité et s'attache finalement à des valeurs par ailleurs défendues par le droit pénal, le lien relationnel personnel s'affiche comme l'objet d'une protection supérieure à celle octroyée au lien relationnel patrimonial. L'ensemble de la défense répressive des obligations matrimoniales reste malgré tout très timide et s'ancre dans un mouvement général de désintérêt. Malgré l'indifférence globale, la protection pénale des obligations matrimoniales s'inscrit dans une dichotomie sur laquelle il

¹¹¹³ S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23^e éd., 2015-2016, V^o « Mariage », p. 661.

¹¹¹⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2014, V^o « Mariage », 3^{ème} acception, p. 643.

paraît opportun de fonder la présente réflexion¹¹¹⁵. Si la sphère extrapatrimoniale du lien conjugal reste partiellement considérée et souffre d'une protection pénale différenciée (§1), sa sphère patrimoniale souffre quant à elle d'une protection pénale bien incertaine (§2).

§1. Une protection pénale différenciée de la sphère extrapatrimoniale du lien conjugal

349. - Les obligations matrimoniales personnelles peuvent être regardées comme celles qui concernent les rapports individuels qu'entretiennent les époux entre eux. Elles sont donc propres au cercle restreint des relations conjugales et se rapportent généralement aux obligations morales qui régissent les rapports intimes des époux. Le statut conjugal personnel inclut plus précisément les devoirs réciproques de fidélité et de respect¹¹¹⁶. L'insertion d'obligations morales se comprend aisément à propos du droit familial qui a pour dessein de régler les rapports individuels de famille. L'évidence est cependant bien moins claire en ce qui concerne leur appréhension pénale. Si des objectifs moralisateurs ont souvent pu être attribués au droit répressif, il semble que les mœurs soient désormais exclues du droit pénal. Il n'est en effet pas certain que l'honnêteté conjugale entre – encore – dans les fonctions du droit répressif. Les obligations d'ordre personnel appréhendées par le droit pénal se tournent en effet davantage vers l'individu que vers la protection d'une morale familiale, qui paraît souvent désuète. Si le droit familial accorde une valeur identique aux devoirs de fidélité et au devoir de respect, qui constituent la sphère personnelle du lien conjugal, il semble que le droit répressif diffère dans le degré d'intérêt qu'il leur octroie. L'analyse démontre en effet une protection pénale contradictoire des relations personnelles de conjugalité, qu'il perçoit différemment selon que l'atteinte est portée à la seule moralité ou qu'elle concerne dans le même temps la corporalité de l'époux. Il se désintéresse en effet totalement de l'atteinte au devoir de fidélité et abandonne la protection de l'exclusivité de la relation conjugale (A) pour réprimer l'atteinte au devoir de respect en protégeant plus efficacement le consentement à la relation conjugale (B).

¹¹¹⁵ Un constat identique peut être dressé à l'égard de l'appréhension civile des obligations matrimoniales. V. en ce sens les réflexions de G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, *op. cit.*, n° 57, p. 65, qui remarque que l'essoufflement des sanctions familiales des obligations personnelles s'oppose à la préservation des sanctions familiales des obligations patrimoniales. La concordance des mouvements suivis par les deux matières induit nécessairement une réflexion chronologique et parvient à enrichir le débat sur le caractère suiveur ou sanctionnateur du droit répressif. Si ce dernier est susceptible de conserver son autonomie pour les raisons précédemment évoquées, il est tout de même raisonnable de penser que l'impulsion originelle de cette appréhension contradictoire a été donnée par le droit familial. L'analogie temporelle entre la dépenalisation de l'adultère et la perte de son statut de cause péremptoire de divorce appelle cependant par exemple à penser à une évolution simultanée, fruit d'une influence réciproque des matières.

¹¹¹⁶ V. en ce sens C. civ., art. 212 : « les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».

A. L'abandon de la protection pénale de l'exclusivité de la relation conjugale

350. - Le devoir de fidélité, qui se rapporte directement au respect du caractère exclusif de la personne avec laquelle se produisent les relations sexuelles conjugales, bénéficiait anciennement d'une double protection. Si cette obligation a toujours constitué un impératif moral protégé par le droit familial, elle a longtemps profité du soutien simultané du droit répressif. Le respect de l'obligation de fidélité, qui a longtemps été assuré par l'apposition de la sanction répressive, incombe cependant désormais uniquement au droit familial¹¹¹⁷. À travers l'adaptation à l'évolution des mœurs et de la société, un encadrement pénal spécifique de la moralisation des rapports intimes de la conjugalité (1) a peu à peu laissé place au renoncement global à la direction répressive de la morale familiale (2).

1. L'encadrement pénal spécifique de la moralisation des rapports intimes de la conjugalité

351. - Lorsqu'il se rapporte à la sphère personnelle du lien conjugal, le statut juridique du mariage comprend une obligation de fidélité qui doit être respectivement et également respectée par chacun des époux. Ce devoir a essentiellement trait au caractère exclusif des relations conjugales. Bien que cette obligation soit clairement affirmée par le droit de la famille, l'inexistence d'un texte déterminant son contenu la rend imprécise. Si la fidélité se réfère naturellement au caractère singulier de l'individu avec qui l'époux entretient des relations intimes, elle peut également se définir par ce qu'elle exclut. De ce point de vue, elle concerne essentiellement l'interdiction de l'adultère, qui se conçoit généralement comme le fait d'entretenir une relation intime avec un tiers à la relation conjugale. Par l'intermédiaire de cet interdit, le droit de la famille instaure une certaine morale matrimoniale et assoit une sanction familiale à l'encontre de l'époux qui attente à l'unicité des relations intimes de la conjugalité. Autrefois garant de la morale conjugale, le droit pénal a longtemps apporté son renfort à la sanction civile de l'irrespect du devoir de fidélité en réprimant pénalement la violation de l'exclusivité de la relation conjugale.

352. - Le devoir de fidélité imposé par le droit de la famille a longtemps été protégé par le droit pénal au titre des attentats aux mœurs. Le droit répressif sanctionnait à la fois l'adultère

¹¹¹⁷ V. les développements de G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, *op. cit.*, n° 56 et s., pp. 64 et s., et n° 80 et s., pp. 83 et s., pour la verveur que conserve la responsabilité civile face à l'abolition de la responsabilité pénale. La sanction familiale est dès lors plus propice à œuvrer pour le maintien du lien matrimonial qui lui incombe naturellement. L'auteur remarque que cet objectif ne fait donc pas obstacle à la contrainte de l'époux qui méconnaîtrait ses obligations, car il n'est pas acceptable que les devoirs familiaux puissent être bafoués en toute impunité. La sanction adéquate vise alors principalement à obtenir l'exécution de l'obligation violée, en nature ou en argent, sans pour autant remettre en cause le lien matrimonial.

de la femme et celui commis par le mari. Si le comportement était réprimé du moment que son auteur entraînait dans la qualité d'époux et était soumis au statut juridique matrimonial, la répression s'opérait cependant de façon inégalitaire en fonction de la qualité personnelle de l'auteur, du caractère isolé ou réitéré de l'acte et du lieu dans lequel il se produisait. Dans le droit révolutionnaire, l'adultère de la femme pouvait ainsi seulement être dénoncé par le mari, à moins qu'il ne soit lui-même en situation adultérine¹¹¹⁸, et était sanctionné d'une peine de trois mois à deux ans d'emprisonnement¹¹¹⁹. Le mari pouvait se voir inquiéter pour ce comportement uniquement s'il avait entretenu une concubine dans la maison conjugale et encourait pour ce fait en cas de plainte de sa femme une peine d'amende largement inférieure, qui pouvait s'étendre de deux cent à deux mille francs¹¹²⁰. Si l'acte d'entretien commis par le mari devait être répété et étalé dans le temps pour entraîner la répression, un acte isolé, occasionnel et commis hors du domicile conjugal suffisait pour pouvoir punir la femme. Le mari disposait de prérogatives bien supérieures en ce qu'il avait la faculté de paralyser le déroulement de l'action pénale et pouvait à ce titre consentir à reprendre sa femme¹¹²¹. Il restait donc maître du déclenchement et de la cessation de l'action publique et disposait à ce titre d'une véritable « grâce privée »¹¹²². La réconciliation du mari avec son épouse était érigée en fin de non-recevoir à l'action publique. La répression de l'adultère n'était en outre pas cantonnée à la seule sphère de la conjugalité, en ce qu'elle s'étendait dans le même temps au complice de la femme adultère¹¹²³. Le délit d'adultère était le terreau d'une répression inégalitaire, fondée à la fois sur des critères personnel, quantitatif et géographique. Si les deux membres du couple pouvaient en être auteurs, la répression de l'adultère de la femme était marquée d'une sévérité extrême par rapport à celle de l'adultère du mari, tant en matière de sanctions que de conditions d'application. Cette inégalité de traitement, qui se voyait presque intégralement justifiée par le risque que la femme puisse introduire un enfant illégitime au sein de la famille légitime, a finalement été considérée comme socialement injustifiée par le législateur qui a œuvré pour la dépénalisation de ce comportement¹¹²⁴. Le délit d'adultère ne constitue désormais plus une faute pénale ni une cause péremptoire de divorce, mais n'en reste pas moins une faute civile qui entraîne toujours la sanction du droit familial.

353. - La dépénalisation du délit d'adultère appelle plus largement à s'interroger sur la mesure dans laquelle la répression des infractions contre la moralité sexuelle entre dans le

¹¹¹⁸ C. pén. 1810, art. 336.

¹¹¹⁹ C. pén. 1810, art. 337, al. 1.

¹¹²⁰ C. pén. 1810, art. 339.

¹¹²¹ C. pén. 1810, art. 337, al. 2.

¹¹²² L'expression est empruntée à B. BOULOC, « Mariage et droit pénal », *Rev. pénit.*, 1964, p. 285, spéc. p. 313.

¹¹²³ C. pén. 1810, art. 338.

¹¹²⁴ L. n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* n° 0161 du 12 juillet 1975, p. 7171.

domaine d'action de la loi pénale. En intervenant dans l'ordonnement des comportements adultérins, le droit répressif s'approprie la réglementation de la conduite sexuelle des individus. Il permet d'identifier les comportements sexuels antifamiliaux qui portent atteinte à la morale sociale et plus précisément à la morale familiale. Dans cette acception, la moralité sexuelle peut s'entendre comme « celle qui est établie par les traditions du groupe, lequel, même en ce domaine très intime, impose à l'individu certains devoirs, ou plutôt certaines limites à la liberté de son comportement »¹¹²⁵. Dès lors qu'elle se rapporte à une valeur considérée comme fondamentale par l'ensemble de la société, la morale familiale peut légitimement entrer dans le domaine d'application du droit répressif. La moralité sexuelle aurait en ce sens une vocation sociale puisque son respect jouerait comme garantie du bon ordre familial, lui-même gardien de l'ordre social. Partant, la morale sexuelle qui était défendue par l'infraction d'adultère s'excluait de la moralité individuelle et s'entendait d'une valeur commune presque unanimement affirmée. Dans cette conception, l'intervention étatique pouvait alors sembler légitime au sein des conduites sexuelles relevant de l'immoralité par rapport aux valeurs de l'ordre public familial, bien que « le rôle particulier joué par l'ordre public en matière familiale [soit] en net recul »¹¹²⁶. L'atteinte à la famille qui se perpétrait à travers l'adoption d'un comportement sexuel déviant et contraire au devoir de fidélité constituait de ce fait une atteinte sociale indirecte, mais certaine, qui justifiait le traitement public et politique des conduites sexuelles immorales¹¹²⁷. À travers le rôle éducatif et moralisateur qui était accordé au droit répressif, le respect d'une moralité prônant le caractère exclusif des relations intimes de la conjugalité a longtemps fait partie des limites que l'ordre public imposait à l'activité sexuelle. La répression du devoir de fidélité servait donc directement la protection de la famille en tant qu'institution sociale. La protection de la famille qui s'opérait à travers celle de la fidélité est néanmoins sortie du domaine répressif à mesure que la conception du mariage s'est libéralisée et que la liberté individuelle a pris le pas sur la régulation publique du domaine privé de la famille. Les mœurs sexuelles sont finalement totalement sorties de la sphère répressive dès lors qu'elles ont intégré le domaine de la liberté de l'individu et que ce dernier ne se trouve pas atteint dans son intégrité physique ou psychique. La morale revêt en effet une dimension privée. En imposant « à l'individu un comportement personnel qui soit conforme à une règle sociale morale »¹¹²⁸, elle « s'immisce

¹¹²⁵ G. LEVASSEUR, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en France », *Rev. inter. dr. pén.*, 1964, p. 755, spéc. p. 767.

¹¹²⁶ Fr. GONTHIER et M. LAMARCHE, « Faute en famille », *art. préc.*, spéc. p. 178.

¹¹²⁷ V. P. SAVEY-CASARD, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *art. préc.* L'auteur considère la moralité publique comme un des éléments du bon ordre social et affirme que les « atteintes à la morale tombent naturellement sous le coup de la loi pénale dans la mesure où elles sont susceptibles de devenir la cause de désordres dans la société ».

¹¹²⁸ V. MALABAT, « Morale et droit pénal », in D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p. 219. L'auteur précise que l'éthique qui renvoie à la sphère d'activité de l'individu

dans l'intimité de l'homme portant ainsi atteinte à sa liberté »¹¹²⁹ et ne peut légitimement pas fonder l'action du droit répressif. Partant, si la dépenalisation du délit d'adultère a pu être regrettée comme le résultat d'un abaissement de la morale sociale, il semble qu'elle manifeste davantage une adaptation de la norme répressive à l'évolution de cette dernière¹¹³⁰ et qu'elle traduise en définitive un renoncement global à la direction répressive de la morale familiale.

2. Le renoncement global à la direction répressive de la morale familiale

354. - L'adaptation à l'évolution de la société dont le droit pénal a fait preuve en excluant le délit d'adultère de son domaine, dont le principe et la forme ont été très discutés au regard d'impératifs égalitaires¹¹³¹, révèle la place désormais inexistante des incriminations contre la famille et la moralité sexuelle¹¹³² au sein de l'arsenal répressif contemporain. Cette catégorie rejoignait l'ordre plus général des attentats aux mœurs aux côtés des outrages et attentats à la pudeur¹¹³³. Elle était en effet principalement composée du délit d'adultère, auquel pouvait par ailleurs être assimilée l'infraction de concubinage notoire avec l'épouse de celui qui est retenu

contient une sorte de légitimité supérieure au concept « dépassé et dangereux » de morale qui renvoie au contrôle de la conscience interne de l'individu.

¹¹²⁹ *Ibid.* L'auteur met l'accent sur la contradiction de la morale confrontée au droit pénal. Si ce dernier se rapproche de la morale dans ses fonctions et objectifs, il la rejette cependant en tant que cause de répression, puisqu'il doit se conformer à la certitude juridique et à la légalité. Si l'interdit pénal et la responsabilité pénale peuvent parfois se confondre avec la morale, le droit répressif reste à distance de la conscience individuelle interne pour concentrer son action sur ses manifestations extérieures objectives. V. aussi A. DUBREUIL, « La protection pénale de la famille en droit français », in R. GANGHOFER (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, PU Strasbourg, 1992, p. 183, qui remarque que si le droit doit s'efforcer d'organiser la sanction de l'irrespect des normes qui concernent la famille, « tant dans ses moments fondamentaux que sa vie durant, il doit aussi compter sur les mœurs et sur la morale pour faire respecter ses prescriptions ». Partant, si le droit pénal se détache de la morale, cette dernière assure aussi un rôle régulateur autonome et se dissocie du droit.

¹¹³⁰ Si le rôle éducatif du droit répressif a pu le conduire à asseoir une moralité sexuelle familiale, il peut à l'inverse lui commander de s'adapter à la transformation des mœurs et consister à éclairer la société sur l'inadaptation d'une incrimination au contexte social dans lequel elle évolue. L'exclusion d'une incrimination de son champ ne signifie pas pour autant que le comportement est considéré comme louable, mais qu'il coïncide avec une conception de la morale qui n'est plus suffisamment partagée ou qui entre davantage dans le domaine des comportements individuels soumis à une gestion privatisée.

¹¹³¹ Avant même la prise en compte législative de la désuétude sociale de cette incrimination, l'impératif d'égalité des sexes avait en effet mené la jurisprudence à prononcer des sanctions identiques et à ne plus différencier en fonction du protagoniste auteur de l'infraction. V. B. BOULOC, « Mariage et droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 313.

¹¹³² Sur la dénomination de cette catégorie d'infraction, v. G. LEVASSEUR, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en France », *art. préc.*

¹¹³³ Le terme renvoyait moins à l'anatomie qu'à la préservation de son intimité. V. en ce sens les développements de Fr.-L. COSTE, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité », *D.*, 1997, p. 179, spéc. p. 182. Le praticien considère que « le terme faisait fonction de référence symbolique à la notion d'intimité dans laquelle peut s'instaurer une relation consentie, donc partagée » et que la pudeur « renvoie, en effet, à ce que l'on connaît de soi-même sans être en mesure de le voir ; elle lui confère une dimension de mystère ».

loin de son pays par circonstance de guerre¹¹³⁴. Les obligations conjugales à composante charnelle sont donc désormais légitimement sorties de la protection que le droit pénal accorde à l'institution familiale. Si la corrélation a parfois été faite entre la délinquance et le fait d'être issu d'une famille désunie et confrontée au comportement adultérin, un tel lien semble cependant relever de l'amalgame et revient à confondre cause et conséquence. Si le rapprochement qui peut être fait entre la désunion familiale et l'émergence de comportements délinquants des membres de la famille peut être cohérent¹¹³⁵, la vision absolue qui consiste à systématiquement les assimiler s'avère plus discutable. À travers cette représentation, l'intérêt social de la répression de l'adultère existe comme la conséquence d'un postulat qui n'est pas unanimement vérifiable. En effet, cette conception revient à réprimer un comportement dont la réalisation existerait comme la cause potentielle d'un autre comportement, cette fois indéterminé. L'incertitude qui règne autour de ce raisonnement invite alors à constater son incohérence et à penser que la logique réside davantage dans l'absence de répression que dans l'existence d'une répression infondée. Le lecteur reste aisément hermétique à cette explication et adhère à la thèse qui lie l'irrespect du devoir de fidélité des parents à la délinquance des enfants. Il est à l'inverse possible de penser que l'absence de répression de l'adultère pourrait œuvrer dans le sens de la restauration pacifique du lien familial et relever à terme davantage de l'union que de la désunion. Si le comportement incriminé était constitutif d'une criminalité réelle, dont l'existence pouvait par ailleurs être le signe d'une certaine acceptation sociale, les poursuites étaient cependant d'une grande rareté¹¹³⁶. Ce défaut effectif de répression tenait en effet essentiellement au fait que la poursuite de ces attentats aux mœurs était conditionnée dans son déclenchement par une plainte préalable de la victime de l'infraction¹¹³⁷.

355. - Le régime des infractions qui peuvent uniquement être poursuivies à l'initiative privée de l'individu est exceptionnel et se pose en contradiction avec le principe commun de l'opportunité des poursuites qui veut que le déclenchement de l'action publique appartienne au ministère public¹¹³⁸. La plainte de la victime existait pour ces infractions comme condition nécessaire et suffisante au déclenchement des poursuites pénales. Le retrait subséquent de

¹¹³⁴ Ce comportement était réprimé par l'article premier de la loi du 23 décembre 1942 tendant à protéger la dignité du foyer et peut être considéré comme un dérivé de l'adultère revenant à réprimer un type particulier de relation extraconjugale.

¹¹³⁵ V. not. *infra*, n° 676 et s. pour les développements sur le rôle exogène du milieu familial dans la criminalité.

¹¹³⁶ V. G. LEVASSEUR, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en France », *art. préc.*, spéc. p. 771. La procédure civile de divorce pour cause d'adultère n'était plus non plus subordonnée à l'existence de l'ouverture d'une procédure pénale, comme cela avait pu être le cas auparavant lorsque la preuve par flagrant délit était la seule admissible.

¹¹³⁷ Tel était également le cas pour les infractions d'abandon de foyer et notamment de femme enceinte, réprimées par l'article 357-1 de l'ancien Code pénal, ainsi que pour celle qui réprimait l'enlèvement de fille mineure qui épouse par la suite son ravisseur, réprimée par le second alinéa de l'article 356 du même code.

¹¹³⁸ V. en ce sens C. proc. pén., art. 40-1.

cette plainte œuvrait dès lors comme facteur d'extinction de l'action publique et avait pour conséquence obligatoire la cessation des poursuites. Le rôle significatif donné à la plainte dans les anciennes infractions intrafamiliales avait ainsi pour objectif affiché la préservation de la paix des familles. L'intervention étatique en ce domaine existait comme la conséquence d'un choix dont la famille était le sujet actif et non comme le résultat d'une obligation dont elle restait l'objet passif¹¹³⁹. Le conditionnement de l'action répressive à la plainte préalable de la victime révèle le caractère autogéré de la sanction d'un comportement qui ne méritait néanmoins pas à cette époque l'exclusion du domaine de la répression. Par son action positive ou négative, la victime restait alors maîtresse de la publicisation de la sanction de l'irrespect des devoirs intimes de la conjugalité. Le recentrage de l'institutionnel vers l'individuel a cependant mené à la dépenalisation progressive de l'intégralité des délits privés dans le domaine familial et au déclin du rôle de la plainte dans les infractions familiales. Ce déclin a pu être interprété comme la conséquence d'une publicisation de la réponse pénale à la délinquance intrafamiliale, laissant transparaître une augmentation de l'interventionnisme étatique en matière familiale¹¹⁴⁰. Cette appréciation semble cependant tout à fait erronée en ce qu'elle travestit complètement la réflexion. Le déclin du rôle de la plainte existe en effet comme la conséquence logique de la dépenalisation de ces infractions et témoigne à l'inverse du retrait de l'interventionnisme étatique en ce domaine. Loin de révéler le déclin du caractère privé de la famille, cette exclusion du domaine répressif témoigne au contraire du transfert d'une partie de la problématique publique au domaine purement familial et affirme dans une certaine mesure l'augmentation du caractère privé de la famille. La dépenalisation se pose en ce sens en manifestation de la privatisation familiale.

356. - La controverse réside en effet dans le fait que les délits privés contiennent par essence une hybridité structurelle qui les associe à la fois à la catégorie publique des infractions pénalement sanctionnées et à la branche privée des obligations personnellement poursuivies. Le constat du déclin de la sphère privée à laquelle se rapportent ces infractions aurait été légitime dans le schéma au sein duquel l'initiative du déclenchement des poursuites aurait été transférée au ministère public alors que le caractère répressif du comportement serait resté identique. À l'inverse, le choix a été fait de remettre l'intimité *publicisable* dans le droit de la famille et d'exclure ces comportements de la sphère d'action du droit répressif. Dès lors que ces infractions ne sont pas d'initiative publique et ont été exclues de ce domaine, il est donc impossible de conclure à une publicisation de la réponse pénale et il est même à parier que le rôle octroyé à la plainte de la victime aurait augmenté si la gestion de l'intimité de la sphère

¹¹³⁹ Cette modalité de déclenchement des poursuites manifeste l'existence d'une hybridation des intérêts protégés, au sein de laquelle l'intérêt particulier prime l'intérêt collectif. La hiérarchisation opérée sur le fond du droit affecte donc directement la procédure répressive et le litige se règle avant tout à travers la famille.

¹¹⁴⁰ V. en ce sens O. MAURY, *Famille et droit pénal*, Thèse, Paris II, 2006, n° 154 et s., pp. 101 et s.

conjugale incombait toujours au droit répressif. L'ordre public ne peut donc l'emporter sur leur nature privée puisque ces faits sont par définition exempts de publicité. Tout ce qui est trop intime pour être réglé par la société n'a dès lors pas sa place dans le domaine répressif et la valeur sociale familiale n'est en elle-même plus suffisamment fondamentale pour justifier cette intervention. Octroyer un nouveau rôle à la plainte personnelle dans le domaine résiduel occupé par ces infractions familiales relèverait alors certainement du non-sens et reviendrait davantage à déplacer le problème qu'à le résoudre. L'alternative la plus cohérente semble dès lors se situer du côté de la dépénalisation si les comportements incriminés ne correspondent plus aux valeurs défendues par la société¹¹⁴¹.

357. - Si la privatisation de la sanction des obligations relatives à la sphère intime de la conjugalité a entraîné le déclin théorique de la nécessité de la plainte préalable de la victime, il peut cependant être opportun de remarquer que certains comportements sont toujours poursuivis presque exclusivement en conséquence de cette dernière¹¹⁴². La plainte de la victime continue en effet à jouer un rôle factuel non négligeable dans les infractions occultes qui se produisent par nature dans l'intimité de la famille et qui ne peuvent être portées à la connaissance des autorités en l'absence d'une dénonciation faite par un proche. La pénombre familiale réinstalle ainsi dans les faits ce que la loi a clairement défait dans le droit. Autrement dit, l'absence de nécessité théorique de la plainte est de fait remplacée par le systématisme de son existence pratique puisque, si la répression peut exister sans elle, elle existe toujours avec elle. Si le retrait du caractère obligatoire de la plainte peut dès lors paraître inutile, il a cependant pour vertu d'octroyer au tiers une place de choix dans la dénonciation des infractions familiales existantes. L'ensemble des infractions familiales a finalement été vidé de ce qui en constituait la substance personnelle et qui s'apparentait davantage à la gestion privée des libertés individuelles. Ainsi, la réduction ou l'ignorance du rôle de la plainte dans les infractions familiales est paradoxalement le signe de l'intérêt que le droit pénal accorde à l'individu, non pas à travers ces mêmes infractions, qui n'en sont précisément plus, mais par l'intermédiaire d'autres infractions qui le touchent plus spécifiquement. La négation du rôle de la plainte ne joue donc pas comme conséquence d'une négation du rôle de l'individu dans la gestion de son intimité mais demeure, dans une inversion de paradigme, la conséquence logique de la négation du caractère pénal des comportements concernés.

¹¹⁴¹ La solution sera cependant différente en ce qui concerne les infractions familiales qui se situent toujours à égale distance entre les intérêts public et privé et pour la poursuite desquelles la plainte de la victime apparaît comme un facteur de déclenchement satisfaisant.

¹¹⁴² La plainte de la victime pourrait en outre retrouver toute sa vigueur dans un autre contexte puisqu'une partie de la doctrine propose d'en faire une alternative aux immunités familiales qui concernent les infractions contre les biens. V. *infra*, n° 627 et s.

358. - Le droit pénal qui s'imisce dans l'intimité du membre de la famille a désormais davantage pour objectif la protection de l'individu dans sa vulnérabilité propre que le respect des obligations conjugales personnelles. Partant, le statut juridique obligationnel du mariage a disparu de la sphère répressive quand il concerne l'intimité charnelle du couple. Le raisonnement qui précède ce retrait a voulu que « la rareté et la faiblesse de la répression amènent évidemment à se demander si le maintien de cette incrimination correspond encore à une utilité sociale sérieuse »¹¹⁴³. L'importance croissante de l'individualisme et la vision libérale de la famille et du mariage ont mené à conclure à l'inutilité sociale de l'incrimination de l'adultère. Cette dernière a en effet été jugée comme trop attentatoire aux libertés individuelles et la morale familiale – à considérer qu'il en existe une version unique – reste désormais soumise à la régulation personnelle. La sphère privée s'inscrit de ce fait comme le domaine légitime de la régulation des rapports intimes de la conjugalité. Chaque individu peut dès lors rester maître de ce qu'il entend être sa conception de la morale familiale et l'ordre public de la famille tombe devant la sanction privée des atteintes au devoir de fidélité. En ce qui concerne les rapports conjugaux personnels, l'analyse a finalement démontré que « le droit pénal, en tout cas, abordait ici un domaine où il n'était pas tout à fait à sa place »¹¹⁴⁴. La dépénalisation opérée par la réforme manifeste en ce sens « un renoncement à protéger l'institution familiale en tant que telle pour laisser les conséquences à l'appréciation des époux »¹¹⁴⁵. L'intervention étatique dans le bon ordre familial n'est en définitive plus jugée nécessaire à la sauvegarde des fonctions familiales. La famille peut ainsi contribuer au maintien de l'ordre social de façon autonome et être actrice de sa propre survie. L'absence du répressif est alors compensée par l'augmentation de la marge d'action du droit familial. Ce phénomène est particulièrement intéressant à mettre en exergue quand il est souvent d'usage que les défauts du droit familial soient au contraire compensés par le renfort du droit répressif. Par ce mouvement contradictoire, la sanction familiale affirme alors sa force devant l'inutilité sociale de la sanction pénale.

¹¹⁴³ G. LEVASSEUR, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en France », *art. préc.*, spéc. p. 772. La question pourra par ailleurs être reprise à l'identique en ce qui concerne une grande partie des infractions actuelles qui ont pour objet affiché la protection de l'institution familiale et qui concernent en réalité sa composante individuelle.

¹¹⁴⁴ H. BATIFFOL, « Existence et spécificité du droit de la famille », in *Les réformes du droit de la famille*, *Arch. phil. dr.*, 1975, T. 20, p. 7. V., dans le même sens, les développements de B. BOULOC, « Mariage et droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 294, qui prouve en quoi ce problème relève exclusivement de la sphère privée.

¹¹⁴⁵ É. MILLARD, *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, L.G.D.J., 1995, n° 283, p. 206. L'auteur poursuit en expliquant que « dit autrement, cela signifie que de tels actes ne relèvent que de la vie privée et de l'intimité, sans porter atteinte à l'institution et à son fonctionnement normal pour l'État », que « cela ne signifie pas que l'État juge de tels actes normaux [mais] témoigne seulement que les fonctions familiales, telles que l'État les perçoit désormais, peuvent être correctement remplies indépendamment de cette question de la fidélité ».

359. - Le choix du droit répressif, qui s'éclipse volontairement des considérations conjugales personnelles pour se tourner avant tout vers l'individu, se comprend finalement très aisément. S'il décide en toute logique de ne plus intervenir quand la simple morale individuelle est concernée, il renforce parallèlement son intervention quand la violation d'un devoir familial entraîne dans le même temps une atteinte grave à l'intégrité psychique ou physique de l'individu. La préservation de ce dernier prend alors le pas sur le caractère familial de l'obligation qui a créé le contexte de la commission de l'infraction. Puisque le droit pénal intervient désormais uniquement pour protéger l'intégrité de l'individu, atteinte dans le cadre de la violation des obligations matrimoniales, il est possible d'affirmer que la préservation du lien familial n'intervient pas comme principe guidant son action mais reste un objectif secondaire. Le caractère subsidiaire du maintien du lien familial ne doit cependant pas mener au désintéret et cet objectif mérite d'être recherché chaque fois qu'il peut être concomitamment atteint. La fidélité, qui ne constitue plus un impératif d'ordre public est finalement sortie du domaine des valeurs sociales fondamentales pour entrer dans celui des valeurs privées. Le droit répressif, qui se tourne vers la préservation des individus et de leurs libertés propres, se détache d'une morale commune en passant de la direction à la protection de l'individu¹¹⁴⁶. Le droit répressif s'est progressivement émancipé du domaine des obligations personnelles propres au couple. Celles qui ont trait au droit des personnes et dont la violation est susceptible d'entraîner une atteinte à l'intégrité individuelle ont au contraire connu un renforcement de la sanction répressive de leur violation.

B. Le renforcement de la protection pénale du consentement à la relation conjugale

360. - Le régime obligationnel qui entoure la relation conjugale s'étend bien au-delà du devoir de fidélité et quitte le domaine de la moralité familiale institutionnelle pour englober celui de l'intégrité physique et psychique individuelle. Lorsqu'elle se rapporte à la dignité personnelle, la relation conjugale fait alors directement écho au devoir de respect¹¹⁴⁷. Si l'obligation mutuelle de respect qui existe entre les époux paraît instinctivement contenue dans toute relation personnelle et accrue quand elle concerne une relation intime, sa concrétisation formelle au sein du statut juridique matrimonial est pourtant récente¹¹⁴⁸. L'objectivation textuelle du devoir de respect mutuel dans l'arsenal obligationnel du statut matrimonial invite alors à réfléchir tant sur les causes que sur les conséquences de cette

¹¹⁴⁶ V., pour illustrer cette idée, A. BÉNABENT, « L'ordre public en droit de la famille », in Th. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 27. L'auteur remarque le passage d'un ordre public familial de direction à un ordre public familial de protection.

¹¹⁴⁷ V. C. civ., art. 212.

¹¹⁴⁸ V. en ce sens L. n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* n° 81 du 5 avril 2006, p. 5097.

prescription. Le devoir de respect, qui contient indéniablement une connotation morale, voire religieuse, est en effet longtemps resté dans le domaine de l'impalpable. L'insaisissabilité qui le caractérise n'empêchait cependant pas son observation innée de la part de chacun des membres de la famille¹¹⁴⁹. Le respect pouvait en ce sens être assimilé au régime des « obligations matrimoniales implicites »¹¹⁵⁰. La nécessité de matérialiser littéralement cette obligation a toutefois émergé à mesure de l'augmentation de la manifestation externe de ses violations. L'émergence de comportements attentatoires au respect de l'intégrité physique ou psychique de l'autre membre inscrit dans le lien conjugal de couple ne révèle cependant pas forcément une amplification factuelle de l'irrespect. L'expression publique de l'inobservation du devoir de respect se pose en effet davantage comme la conséquence d'une visibilité exacerbée que comme la résultante d'un changement comportemental. Autrement dit, la violation de l'obligation de respect mutuel entre époux provient certainement moins de l'augmentation du nombre des comportements infractionnels que de celle de leur médiatisation¹¹⁵¹. L'éclaircissement qui a cerné cette réalité a finalement mené à lever le voile de l'occulte et a rendu nécessaire l'assise textuelle de cette obligation, qui devenait par ailleurs inévitable au sein d'un droit de plus en plus libéral et individualiste¹¹⁵².

361. - Si la consécration sémantique d'un devoir peut octroyer davantage de crédit à la sanction qui entoure son irrespect, il n'est pas certain qu'elle œuvre dans le même temps en faveur de l'augmentation du suivi de cette obligation. Cette assertion se confirme davantage quand le devoir est énoncé très généralement par un législateur qui n'éclaire pas sur son contenu. Cette absence de précision peut néanmoins avoir le mérite de la largesse interprétative. Plus le contenu reste indéfini et plus il est possible d'inclure dans cette obligation un nombre évolutif et grandissant de comportements correspondant à sa violation.

¹¹⁴⁹ V. en ce sens les interrogations de P. MURAT, « Proposition de loi sur les violences intrafamiliales : beaucoup de symboles pour quelle efficacité ? », *Dr. fam.*, 2006, n° 4, repère 4 : « La fidélité, l'assistance et le secours – bien compris – n'incluent-ils pas tout naturellement le respect dans le mariage ? ».

¹¹⁵⁰ M. AZAVANT, « Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple », *Dr. fam.*, 2006, n° 10, ét. 40. L'auteur considère notamment que « ce devoir n'a de nouveau que son inscription en lettres d'ordre public » et que « comme en négatif, le contentieux des violations des devoirs conjugaux en matière de divorce pour faute, laisse entrevoir cette intégration, par anticipation, de l'exigence de respect ».

¹¹⁵¹ V. not. les propos tenus par M. LECLERC, « Avant-propos », in *Violences en famille - Conflits privés, pudeurs publiques, Cahiers de la sécurité intérieure*, 1997, n° 28, p. 5. L'auteur considère que « depuis plusieurs années, la question douloureuse des violences intrafamiliales a connu une forte médiatisation, remettant du même coup en question l'idée commune assimilant la famille à un refuge vierge de toute violence ». V. dans le même sens les observations de J. COMMAILLE, « Point de vue – Violences intrafamiliales : l'exigence d'une politique publique », in *Violences en famille - Conflits privés, pudeurs publiques, op. cit.*, p. 10, qui s'interroge sur le fait que « la pénalisation accrue des violences intrafamiliales ne corresponde pas forcément à une extension du phénomène lui-même, mais bien seulement à une évolution de la "sensibilité collective", y compris celle des acteurs de la sphère publique ».

¹¹⁵² V. en ce sens les propos de M. AZAVANT, « Regard civiliste (...) », *art. préc.*, qui considère que « la mention d'un devoir de respect mutuel est topique d'une appréhension contemporaine plus individualiste des relations entre époux ».

L'indétermination possède néanmoins et simultanément la vertu de la liberté et le vice de la confusion et de l'imprécision. Si le devoir de respect entre époux n'est pas sans rappeler celui qui existe déjà entre l'enfant et ses parents¹¹⁵³, il semble qu'il se rapporte à une dimension particulière du fait de la spécificité de la relation à l'intérieur de laquelle il intervient. La réflexion sur le contenu du devoir de respect invite dans un premier temps à penser que ce dernier est implicitement compris dans les devoirs préexistants de fidélité, d'assistance ou de communauté de vie. Si cette affirmation est nécessairement vraie, elle n'est pas suffisante pour autant. L'ajout de l'obligation de respect à la liste antérieure implique en effet que ce devoir dépasse les applications spécifiques de ceux avec qui il coexiste. Le respect s'apparenterait dès lors à l'instauration d'une stricte égalité dans le traitement quotidien du conjoint et se traduit autant par l'existence d'obligations positives qu'il induit celle d'obligations négatives. Respecter se rapporte en ce sens à une coexistence pacifique au sein de laquelle l'autre, à qui il ne peut être porté atteinte, demeure estimé, honoré et considéré. Le respect qui se rapporte généralement à l'égalité revêt une dimension hétéroclite en ce qu'il s'étend à la fois au respect de l'intégrité physique et psychique de l'autre membre du couple. Respecter un individu dans l'intégralité de sa personne dépasse en effet le simple égard pour sa corporalité mais nécessite dans le même temps une considération réelle pour ses convictions et son bien-être intellectuel. Dans cette acception, la violation du devoir de respect peut tout aussi bien émaner de la perpétration de violences physiques que de celle de violences dites psychologiques. Le droit répressif fait alors œuvre d'un intérêt pour l'hybridité qui émane de l'obligation mutuelle de respect lorsqu'il prend en compte sa violation à l'occasion de la répression des violences conjugales. En incriminant ces dernières, le droit pénal manifeste un intérêt répressif pour la protection du devoir familial de respect (1). La prise en compte de ce devoir particulier n'est cependant pas une priorité de l'intervention répressive et semble en constituer un facteur subsidiaire (2).

1. La répression des violences conjugales comme témoin de l'intérêt répressif pour la protection du devoir familial de respect

362. - Les violences conjugales s'entendent des comportements violents commis à l'occasion du lien conjugal et se commettent uniquement au sein de ce lien de famille spécifique. En tant que seuls protagonistes de ce lien, les époux se placent théoriquement en auteur ou en victime de ce comportement, qui participe dès lors nécessairement des infractions de violences intrafamiliales. Les violences conjugales, qui ne peuvent par conséquent exister hors du lien conjugal de couple, constituent un type spécifique de violences intrafamiliales qui recouvrent

¹¹⁵³ V. C. civ., art. 371 : « [l']enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère ».

une multiplicité de phénomènes. Il est alors possible de les qualifier de violences intrafamiliales horizontales, en réponse à la nature du lien qui caractérise leur survenue¹¹⁵⁴. Cette catégorie d'infractions, qui mêle la violence à la relation conjugale, semble difficilement concevable. Puisque la famille est censée demeurer un espace de sublimation de l'individu gouverné par l'amour et par la sécurité¹¹⁵⁵, toute violence physique ou psychologique commise en son sein paraît incohérente. Cet acte manifeste en effet une négation des principes fondateurs d'une société démocratique et des valeurs considérées comme fondamentales¹¹⁵⁶. Le caractère choquant du phénomène est en outre amplifié par l'affection qui détermine le lieu intime dans lequel il se produit. Le scandale social suscité par les violences intrafamiliales se montre finalement proportionnel à la confiance que traduit naturellement la famille. L'appréhension répressive d'un domaine privé gouverné par le secret et le sentiment constitue en cela « une matière pénale épineuse »¹¹⁵⁷. L'inconfort qui entoure la gestion publique d'une sphère gouvernée par l'occulte et dans laquelle le silence fait loi doit cependant céder devant la nécessaire protection de ses victimes. La délicatesse ne se résume finalement pas à se laisser piquer par les épines du mal familial mais consiste à restaurer la douceur qui aurait naturellement dû éclore du cocon familial.

363. - Face à la manifestation accrue de l'existence des violences intrafamiliales et à la prise en compte des violences conjugales comme un phénomène social inéluctable, « le législateur s'est attaché à intervenir dans la sphère privée de la famille pour tenter de réguler une série de dysfonctionnements attestés »¹¹⁵⁸. Si la volonté est nécessaire, elle n'est cependant pas

¹¹⁵⁴ Les violences intrafamiliales verticales, qui se produisent à l'occasion d'un lien de filiation et révèlent la violation des devoirs familiaux verticaux, seront étudiées lors de la réflexion sur la protection pénale sommaire de l'existence du lien parental. V. *infra*, n° 402 et s. En faveur de l'étude simultanée des deux types de violences, v. les propos de M. LECLERC, « Avant-propos », *art. préc.*, qui précise que l'analogie fréquente des auteurs et des victimes et le processus de transmission générationnelle implique que ces phénomènes ne gagnent pas à être analysés séparément. V. aussi les propos de L. COHEN, « Les lectures de l'inceste – Du signalement aux remèdes », *art. préc.*, spéc. p. 43, pour des précisions sur l'hypothèse de la répétition transgénérationnelle. L'assertion peut au surplus être validée lorsque les violences commises sur les femmes sont souvent présentées comme des violences qui se perpétuent indirectement sur les enfants. Le caractère héréditaire des violences intrafamiliales sera à son tour objet de précisions supplémentaires lors de la réflexion qui portera sur le rôle de la famille dans la genèse de la criminalité. V. *infra*, n° 685 et s.

¹¹⁵⁵ V. en ce sens les développements de J. COMMAILLE, « Les sciences du politique », in J. COMMAILLE et Fr. DE SINGLY, *La famille, l'état des savoirs*, La Découverte, 1991, p. 413.

¹¹⁵⁶ V. not. les propos de J. COMMAILLE, « Point de vue – Violences intrafamiliales : l'exigence d'une politique publique », *art. préc.* Le sociologue insiste sur le fait que la charge émotionnelle qui accompagne ce phénomène entraîne une répulsion violente à son égard, qui est corroborée par le caractère scandaleux de l'espace privé au sein duquel surgit cette violence. L'idée même de la violence conjugale, et des violences intrafamiliales en général contredit dès lors l'idéal des relations sociales et l'ordre politique établi.

¹¹⁵⁷ S. PORTELLI, « Des difficultés de l'intervention judiciaire dans la sphère privée », in *Violences en famille - Conflits privés, pudeurs publiques*, *op. cit.*, p. 123. Le magistrat précise à ce sujet que les violences intrafamiliales gouvernées par la « loi du silence » se rapportent à une « conspiration du secret » au sein de laquelle « les familles protègent jalousement leurs secrets des curiosités judiciaires ».

¹¹⁵⁸ M. LECLERC, « Avant-propos », *art. préc.* L'auteur fait état d'une évolution « lente et chaotique » des droits civil et pénal quant à la prise en compte des violences commises dans le cadre du lien conjugal, notamment sur

suffisante lorsque les moyens d'action font défaut. Comme tous les types de criminalités occultes qui se produisent par définition à l'abri de la sphère sociale, les violences conjugales se heurtent au problème de l'indétermination du chiffre noir de la criminalité¹¹⁵⁹. Ce dernier se rapporte à la différence entre la criminalité réelle, qui se rapporte à l'ensemble des infractions réellement perpétrées, et la criminalité apparente, qui se réfère aux infractions matériellement constatées ou dénoncées. Le chiffre noir se réfère plus spécifiquement au « nom donné à la différence entre la criminalité réelle totalisant les infractions commises en un temps et un lieu donné (selon diverses estimations) et la criminalité dite apparente enregistrée par les statistiques de police (laissant dans l'ombre toutes les infractions pour lesquelles le processus de la répression ne s'amorce pas) »¹¹⁶⁰. Ce phénomène est particulièrement prégnant en ce qui concerne les violences intrafamiliales puisqu'« une très grande partie des délits formant ce que l'on appelle le "chiffre noir" des statistiques criminelles concerne les violences subies au sein de la famille »¹¹⁶¹. Si le principe de l'intervention judiciaire dans la sphère privée constitue d'ores et déjà une question délicate eu égard au domaine structurel qu'elle concerne, son action effective se trouve au surplus biaisée par des considérations statistiques nécessairement erronées. Le traitement répressif des violences conjugales doit donc composer avec le fait qu'un certain nombre d'actes lui échappe forcément. Cet obstacle ne doit cependant pas aller dans le sens d'une démission des pouvoirs publics, qui doivent au contraire rester pleinement investis et conscients de leur capacité à lutter contre certains dysfonctionnements sociaux plus généraux. Ces derniers peuvent notamment être amoindris par le truchement de la gestion de dysfonctionnements privés. Partant, « la question des violences intrafamiliales se doit de figurer au centre des préoccupations des responsables de la sécurité intérieure »¹¹⁶².

364. - Loin de concerner uniquement les classes sociales les moins favorisées¹¹⁶³, auxquelles elles sont malheureusement trop souvent assimilées, les violences conjugales s'étendent sur

les femmes, par rapport à la considération bien plus ancienne pour la gestion des violences perpétrées sur les mineurs.

¹¹⁵⁹ L'enquête dite de victimation « cadre de vie et sécurité » réalisée par l'Observatoire national de la délinquance depuis 2007 et qui comporte un dispositif spécifique aux violences conjugales depuis 2010 a mis en évidence un très faible taux de révélation, de l'ordre de 9 %, ce qui signifie que 91 % des affaires restent impunies.

¹¹⁶⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2014, V^o « Chiffre noir », p. 172.

¹¹⁶¹ J. FARSÉDAKIS, « Faire face à la violence au sein de la famille – Initiatives législatives récentes. Le cas grec », in *Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de P.-H. BOLLE*, Helbing and Lichtenhahn, 2006, p. 325.

¹¹⁶² M. LECLERC, « Avant-propos », *art. préc.*, spéc. p. 6. L'auteur analyse très justement ce phénomène en précisant que, « lieu privilégié de l'exercice de la violence, la cellule familiale ne doit pas échapper à l'intervention de la justice, d'abord parce que les premières victimes sont ici les plus vulnérables, mais encore parce que les troubles familiaux ne sont sans doute pas étrangers à d'autres dysfonctionnements plus visibles, comme l'augmentation, ces dernières décennies, de la délinquance des mineurs [...] ».

¹¹⁶³ Bien que les comportements violents soient statistiquement plus nombreux au sein des groupes sociaux les moins intégrés économiquement.

l'ensemble de la société et touchent aussi les milieux les plus aisés¹¹⁶⁴. L'ensemble constitué par ce phénomène ne semble cependant pas pris en compte à sa juste échelle puisque, trop souvent stigmatisé, il mériterait certainement d'être révélé par la mise en place de nouveaux modes d'évaluation. Afin de l'appréhender avec pertinence, il est dans un premier temps nécessaire de s'interroger sur les représentations sociales que véhiculent les violences intrafamiliales et sur la cause de leur existence en tant que phénomène de société. La sensibilité affective qui leur est propre rend néanmoins leur appréhension concrète très délicate¹¹⁶⁵. L'émotion suscitée par ce type particulier de violences, dont le caractère scandaleux engendre une répulsion instinctive, rend dès lors leur traitement pratique bien malaisé. Par la dissimulation qui les détermine et le choc qu'ils occasionnent lorsqu'ils se révèlent, il est finalement possible d'affirmer qu'« en un mot, les "secrets de famille" portent virtuellement la possibilité d'une incompatibilité fondamentale avec ce qui est, dans tous les sens du terme, public »¹¹⁶⁶. Le danger réside alors dans la mise en place d'une action répressive biaisée qui résulterait d'un amalgame entre la réalité du phénomène et la façon dont il est perçu et symbolisé par les consciences personnelle et collective. L'hermétisme qui entoure ce type de violences est principalement analysé comme la résultante de la conception relationnelle de la famille qui fait primer l'individu sur le groupe familial et donne de plus en plus d'ampleur à l'objectif de réalisation personnelle¹¹⁶⁷. L'excès d'individualisme pourrait alors facilement laisser place à l'indifférence voire à la démobilisation réciproque des autorités publiques puisque « cet investissement fort sur l'espace privé est généralement associé à un relatif désengagement par rapport à l'espace public »¹¹⁶⁸. L'absence

¹¹⁶⁴ V. Th. MORIN, L. JALUZOT et S. PICARD, « Femmes et hommes face à la violence », *Insee Première*, 2013, n° 1473, p. 1, spéc. p. 3.

¹¹⁶⁵ V. not. en ce sens les développements de J. COMMAILLE, « Point de vue – Violences intrafamiliales : l'exigence d'une politique publique », *art. préc.* Le sociologue insiste en effet sur la corrélation qui existe entre la charge émotionnelle véhiculée par un phénomène et la difficulté de pouvoir mesurer correctement son ampleur et se prononcer sur ses modalités de traitement.

¹¹⁶⁶ *Ibid.* Le risque mis en exergue par le sociologue tient alors en le fait que le contrôle social du phénomène ne puisse pas se construire à partir de ce qu'il est réellement mais de ce qu'il représente symboliquement par rapport aux représentations sociales de l'espace privé. V. dans le même sens les développements de D. WELZER-LANG, « Les violences masculines domestiques : un oubli de la sociologie de la famille », in A. FINE, C. LATERRASSE et Y. PRETEUR, *À chacun sa famille, Approche pluridisciplinaire*, T. 2, Éditions Université du Sud, 1998, p. 98. Le sociologue fait référence au secret collectif que traduit d'une part la protection étatique de l'ordre familial patriarcal et qui est d'autre part largement cautionné par la sociologie qui se désintéresse des violences privées. La priorité accordée en ce temps aux seules violences qui menacent l'ordre public semble cependant s'être amoindrie pour laisser davantage de place à la prise en compte juridique et sociologique des violences intrafamiliales. V. dans le même sens Y. ZEMRAK, « La répression des violences conjugales : contribution du juge pénal à la victoire de Lilith sur Ève », *Dr. fam.*, 2008, n° 7, ét. 18, qui fait état d'un phénomène « inhérent à une société encore largement patriarcale qui fait de la femme un être inférieur au service de l'homme ».

¹¹⁶⁷ V. not. Fr. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, 4^e éd., 2010 et Fr. DE SINGLY, *Le soi, le couple et la famille*, Nathan, 1996.

¹¹⁶⁸ J. COMMAILLE, « Point de vue – Violences intrafamiliales : l'exigence d'une politique publique », *art. préc.*, spéc. p. 10. Le sociologue insiste sur l'aspect contraignant de la sphère publique face auquel les individus aspirent de façon croissante à une « autorégulation de l'espace privé », qui peut néanmoins être nuancée par le

d'intervention de la sphère publique au sein de la famille serait donc le corollaire du retrait qui a délibérément été opéré par cette dernière. La propre exclusion d'une famille repliée sur elle-même ne mériterait alors plus l'intérêt de la sphère publique de laquelle elle s'est délibérément détachée. Si le choix de l'affection engendre dès lors celui de la désaffection, il peut cependant aboutir à celui de la réaffectation. Oscillant entre individualisme velléitaire et interventionnisme nécessaire, la famille évolue désormais en permanente contradiction. Cette dernière peut finalement et simplement se résumer en l'assertion paradoxale selon laquelle « l'espace privé aurait tendance à se protéger de l'intrusion du public tout en ne pouvant plus échapper à la nécessité croissante de le solliciter »¹¹⁶⁹.

365. - Le besoin d'interventionnisme étatique dans le règlement des différends familiaux existe comme la résultante paradoxale de l'excès d'individualisme. La chose est logique quand la violation de l'obligation civile de respect entre époux se produit dans un espace resserré sur lui-même. Plus la violence est confinée, plus elle est choquante et plus la victime qui souhaite s'en défaire est dans l'impossibilité d'agir seule. La primauté de l'individu sur l'institution familiale a cependant longtemps conduit à une « longue tradition de non-intervention de la sphère publique dans l'espace privé »¹¹⁷⁰. L'objectif de protection de la femme et de l'enfant semble néanmoins prendre le pas sur la pudeur de la publicisation. Le défaut d'interventionnisme se trouve en outre contredit par « la préoccupation croissante autour de la préservation et de la restauration du lien social »¹¹⁷¹. Puisque les violences intrafamiliales participent incontestablement à la déchéance du lien familial, elles se répercutent nécessairement sur le lien social plus général et ne peuvent être ignorées par les pouvoirs publics. Dans une perspective de maintien et de préservation du lien social, ces derniers doivent inévitablement mettre en place des procédés de traitement propres à endiguer le phénomène. L'appréhension répressive cohérente des violences conjugales gagnerait dès lors à exister à travers une politique publique appliquée aux violences intrafamiliales qui ne se résumerait pas à un traitement alternatif entre le privé et le public mais à un contrôle social généralisé¹¹⁷². Ce dernier ne se limiterait pas uniquement à la réponse de la pénalisation mais

fait que « la primauté du sentiment comme fondement du lien familial expose celui-ci à une vulnérabilité qui se traduit par une fréquence importante des ruptures conjugales justifiant l'intervention des institutions ».

¹¹⁶⁹ J. COMMAILLE, « Point de vue – Violences intrafamiliales : l'exigence d'une politique publique », *art. préc.*, spéc. p. 11.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

¹¹⁷¹ *Ibid.* L'espace privé menacé par la violence est dès lors présenté comme « une des manifestations les plus illustratives de la crise des relations sociales, au point que la sphère publique ne peut plus ne plus s'en préoccuper ».

¹¹⁷² V. les développements de J. COMMAILLE, « Point de vue – Violences intrafamiliales : l'exigence d'une politique publique », *art. préc.*, spéc. p. 13 pour l'idée d'une politique publique appliquée et globale propre à appréhender le phénomène des violences conjugales dans toute sa réalité, bien qu'il ne s'agisse pas de « transformer les souffrances privées en cause publique ».

impliquerait un contrôle social globalisé au sein duquel les pouvoirs publics et les pouvoirs privés agiraient de concert afin de pallier les dysfonctionnements du « groupe social auquel le groupe familial appartient »¹¹⁷³. En prenant à sa charge le traitement des déviations familiales, le groupe social agit par conséquent en faveur de sa propre amélioration.

366. - Dès lors qu'elles inquiètent le bon fonctionnement de la société, les affaires de famille ne peuvent finalement plus être l'apanage des règlements privés et la « réticence fondamentale à traiter des affaires privées comme relevant de l'ordre public »¹¹⁷⁴ doit tomber devant la garantie de la dignité personnelle. L'exigence d'intervention étatique supplante en outre ce simple constat quand la famille devient l'endroit d'atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique de l'individu. Si la préservation du lien familial constitue de ce fait une cause incertaine de l'appréhension répressive des violences conjugales, la préservation de l'intégrité individuelle en demeure la justification essentielle. Partant, et bien que les deux aillent souvent de pair, le droit répressif renforce la protection des membres de la famille quand ils sont concernés dans leur individualité et se désintéresse du lien institutionnel. Le propos est à nuancer puisque la protection de l'époux participant activement au lien familial de conjugalité inclut celle de la famille dans laquelle il évolue. Cette assertion se justifie encore davantage quand il est question d'une famille relationnelle, qui existe par et pour l'individu. La mobilisation de la sphère publique face aux violences conjugales témoigne en définitive de l'intérêt que le droit répressif accorde à l'atteinte au consentement de la relation conjugale. Cette considération reste néanmoins assez indifférente à l'institution conjugale et s'assoit prioritairement sur la dimension individuelle de la conjugalité. Le devoir familial de respect se montre en ce sens pris en compte comme un facteur subsidiaire de l'intervention du droit répressif.

2. La prise en compte du devoir familial de respect comme facteur subsidiaire de l'intervention du droit répressif

367. - Le phénomène des violences conjugales inclut nécessairement la violation de l'obligation civile de respect et la sanction pénale s'adjoint souvent factuellement à la sanction familiale. Cette association semble à première vue révéler la présence du droit répressif comme soutien du droit familial. Le rattachement de la sanction pénale à la sanction civile montre cependant et avant tout une intervention autonome de la première qui sanctionne un devoir de respect bien plus général que celui qu'impose le droit familial.

¹¹⁷³ *Ibid.*

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

L'obligation globale de respect qui incombe à tout individu envers autrui au sein des rapports sociaux comprend en effet une dimension physique et psychologique qui dépasse largement le simple cadre de la relation familiale. L'exigence de respect, exacerbée quand l'atteinte se produit dans ce cadre, n'en reste pas moins l'expression accrue d'une obligation plus large et déjà sanctionnée par ailleurs. Partant, l'assimiler à son expression civile relève de l'incohérence et correspond à une vision bien trop restreinte, qui s'éloigne de la réalité que le droit répressif appréhende. La prise en compte du devoir familial de respect apparaît comme un facteur secondaire de l'intervention du droit répressif, qui ne s'intéresse pas directement au régime obligationnel de l'institution du mariage mais à un devoir d'ensemble qui existe pour et à l'égard de chaque justiciable. Le respect conjugal, appréhendé par le droit pénal, existe donc comme la spécification d'un devoir social général et n'émerge nullement comme la particularisation du devoir familial. Dans son acception répressive, l'obligation de respect s'étend d'ailleurs hors de la sphère conjugale, puisqu'elle concerne le couple dans sa globalité¹¹⁷⁵. Bien que subsidiaire par rapport au statut obligationnel du régime matrimonial, la protection pénale du devoir de respect constitue une réalité individuelle et se caractérise par la répression des violences conjugales qui incluent désormais la protection physique et psychologique de l'individu membre du couple. Les violences conjugales se rapportent à une multitude de comportements. Cette catégorie infractionnelle protéiforme (a) bénéficie désormais d'une répression renforcée (b) qui s'oriente spécifiquement vers la reconnaissance des violences sexuelles au sein du couple (c).

a. Le caractère protéiforme des violences conjugales

368. - À travers une réflexion sociologique, il est possible d'affirmer que « la violence est la caractéristique d'un comportement ou d'une action qui n'a de sens que dans un contexte donné »¹¹⁷⁶ et qu'« elle ne porte en elle-même aucune signification et aucun contenu prédéfinis »¹¹⁷⁷. Rapportées au contexte familial et dans leur acception domestique, elles

¹¹⁷⁵ Dans son sens répressif, le respect s'étend en effet aux partenaires et aux concubins, bien que ce devoir ne soit pas expressément indiqué pour les premiers et que les derniers ne bénéficient d'aucun régime obligationnel. La protection des membres du couple existe cependant à leur égard uniquement par rapport à leur individualité et l'intervention répressive révèle une protection pénale inexistante des obligations extramatrimoniales. Ces dernières sont dès lors considérées dans une bien moindre mesure et la composante individuelle justifie l'intégralité de la protection répressive.

¹¹⁷⁶ L. MUCCHIELLI, « Une société plus violente ? Une analyse socio-historique des violences interpersonnelles en France, des années 1970 à nos jours », *Déviance et société*, 2008, n° 32, p. 115.

¹¹⁷⁷ *Ibid.* Le sociologue insiste sur la difficulté qui existe à définir un phénomène marqué par une évolution temporelle et dont le statut et la place au sein des représentations sociales sont le fruit d'une transformation permanente. Sa démarche part donc d'un double postulat qui se fonde d'une part sur l'hétérogénéité des comportements violents et d'autre part sur l'instabilité de leur statut moral et juridique. Partant, la transformation du statut social accordé aux violences conjugales passerait en outre par un processus sociétal de pacification des

incluent donc les atteintes physiques au corps de l'autre, qui comprennent les violences sexuelles ou sexuées¹¹⁷⁸, ainsi que les violences économiques ou psychologiques touchant à l'intégrité psychique ou mentale de l'autre et comprenant les violences verbales qui atteignent l'estime, la confiance et l'identité personnelle. L'expression englobe finalement « toutes les brutalités ou contraintes perpétrées au sein d'un couple, indépendamment du statut juridique de ses membres »,¹¹⁷⁹ et se rapporte plus particulièrement à « toute atteinte physique, mentale ou sexuelle dans le cadre d'une relation de couple »¹¹⁸⁰. Originellement accordé à tout individu, le respect prend une tournure particulière lorsqu'il concerne deux individus inscrits dans un lien de couple. L'arsenal répressif existant révèle en ce sens la dimension significative des violences qui se produisent dans le cadre de la famille. Si « les violences contre les femmes ont longtemps été ignorées, voire banalisées comme relevant de la sphère du privé qu'il apparaissait normal de voir respectée »¹¹⁸¹, elles semblent désormais faire l'objet d'une véritable politique pénale appliquée et circonstanciée à leur spécificité¹¹⁸², de laquelle il est d'ailleurs nécessaire de ne pas exclure les violences qui se commettent contre les hommes¹¹⁸³. L'ensemble des violences conjugales reste dominé par une composante

mœurs, par un processus politico-juridique de disciplinarisation par la criminalisation et par une judiciarisation des conflits de la vie sociale ordinaire.

¹¹⁷⁸ V., pour la différence entre ces deux types de violences, D. WELZER-LANG, « Les violences masculines domestiques : un oubli de la sociologie de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 101. Le sociologue explique notamment, en se référant à la théorie foucauldienne selon laquelle il n'existe pas de point de vue neutre dans le discours, que l'on perçoit toujours les choses en fonction de la place dans laquelle on se situe. Le viol serait ainsi ressenti comme un acte sexuel du point de vue de son auteur mais se résumerait simplement à une violence sexuée pour sa victime.

¹¹⁷⁹ I. CORPART, « Haro sur les violences conjugales », *RLDC*, 2007, n° 35, p. 42.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*

¹¹⁸¹ M.-Fr. CASALIS, M. CHAPALAIN et Fr. GUYOT, « Une femme sur dix victime de violences conjugales en France », *AJ famille*, 2002, p. 249. V. dans le même sens Fr. GUYOT, « Politiques pénales en matière de violences conjugales », *AJ famille*, 2003, p. 407.

¹¹⁸² *Ibid.*, p. 407 : « [I]es deux dernières décennies ont vu se développer l'investissement des pouvoirs publics dans l'élaboration de politiques cohérentes et réparables pour traiter, réprimer, prévenir la violence sexiste ». V. aussi M. GEURTS, « Violences conjugales : pour une véritable cohérence entre le code pénal et le code civil », *AJ famille*, 2003, p. 412, qui relève une « volonté de prendre en compte des violences dans la sphère privée du couple et de la famille » ainsi que l'existence d'une « politique pénale volontariste et coercitive », bien qu'il subsiste « de grandes difficultés pour les victimes à faire reconnaître leur droit à l'intégrité ». V. encore A. GOUTTENOIRE et C. PIERROT, « De nouveaux moyens pour lutter contre les violences conjugales », *Dr. fam.*, 2004, n° 11, alerte 55, qui considèrent que la lutte contre les violences conjugales constitue désormais « une préoccupation réelle des pouvoirs publics » ; I. CORPART, « Haro sur les violences conjugales », *art. préc.*, qui considère que « les violences conjugales sont devenues aujourd'hui l'objet de toute l'attention des pouvoirs publics dont la volonté paraît clairement affichée de dénoncer et de sanctionner ces agressions » ; A.-G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *RSC*, 2010, p. 911, qui note à leur égard « une préoccupation constante et majeure du législateur ».

¹¹⁸³ Si ces dernières restent minoritaires et sont en moyenne cinq fois moins nombreuses que celles qui se perpétuent contre les femmes, elles ne constituent pas moins une réalité trop souvent passée sous silence. Sur les 146 décès survenus en 2013 dans le cadre des violences au sein du couple, 121 femmes sont concernées, pour seulement 25 hommes. V. pour plus de détails A. BAUER et C. SOULLEZ, *La criminalité en France*, ONDRP, 2012. V. aussi V. LARRIBEAU-TERNEYRE, « Un téléphone portable comme bouclier antiviolence », *Dr. fam.*, 2010, n° 1, repère 1, qui note que « l'absence de chiffres concernant les hommes est significative ».

sexuée¹¹⁸⁴ et caractérisé par une très grande proportion de femmes victimes¹¹⁸⁵. La situation des hommes victimes constitue cependant une réalité qui ne doit pas être ignorée¹¹⁸⁶ mais qui est souvent éludée par les pouvoirs publics¹¹⁸⁷. Partant, le dispositif de lutte contre les violences conjugales doit théoriquement englober toutes les formes de relations de couple et s'adresser à la victime sans considération de genre¹¹⁸⁸. Si les atteintes physiques sont potentiellement décelables par l'examen médical corporel et sont tout autant traumatisantes, les atteintes psychologiques sont bien plus pernicieuses, puisqu'elles restent invisibles au niveau somatique. Dans leur dimension psychique, les violences conjugales sont extérieurement imperceptibles mais « déstabilisent et réduisent peu à peu l'estime de soi, la confiance en soi et dans les autres, la capacité à prendre des décisions, la perception de ses droits personnels »¹¹⁸⁹. L'opacité qui les caractérise mène alors souvent à les considérer

L'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales estime cependant « qu'un homme meurt tous les 13 jours sous les coups de sa compagne » et que ce chiffre représente 11 % des cas de violences conjugales. V. en ce sens Ministère de l'Intérieur, DAV, « Étude nationale des décès au sein du couple », 2006, p. 2.

¹¹⁸⁴ Les violences qui se produisent dans le cercle familial sont en effet souvent associées à une nature sexiste au prisme de laquelle le droit peut paradoxalement apparaître comme un instrument de domination patriarcale ou comme un outil de mobilisation sociale vectrice d'une promotion de la femme. Suite à ce constat, le courant de la théorie féministe du droit, notamment défendue par le projet REGINE – Recherches & Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe – propose de repenser le droit selon la perspective du genre en postulant que les inégalités de genre sont également produites par le droit. La réflexion porte sur le rôle du droit dans la construction du genre et l'hypothèse présuppose que le droit peut façonner l'inégalité des genres quand une règle apparemment neutre défavorise un genre dans son application. Rapportée à l'appréhension pénale du phénomène social des violences conjugales, la question suppose d'ériger les genres en catégories juridiques et peut être celle des effets juridiques particuliers à attacher au sexe de la victime et de l'auteur du comportement infractionnel. Dans cette acception, l'égalité réelle que traduit une appréhension neutre du droit pourrait alors aboutir à amoindrir l'effectivité du respect de l'intégrité des femmes victimes et seule l'incorporation d'une protection juridique particulière de cette catégorie vulnérable dans l'arsenal répressif aurait le mérite de contribuer efficacement à leur protection.

¹¹⁸⁵ V. not. M. JASPARD, E. BROWN et S. CORDON, *Les violences envers les femmes en France*, Rapport au ministère du travail, La documentation française, 2003, qui chiffre ce taux à plus de 10 %. Selon l'Enquête Nationale sur les Violences Envers les Femmes en France réalisée au cours de l'année 2000, près d'une femme sur dix a subi des violences de la part de son conjoint ou de son ex-conjoint au cours des douze mois précédents. Le chiffre des décès attribués aux coups de son conjoint se rapporte dès lors à une personne tous les deux jours en France. V. en ce sens G. GOEFFROY, *Rapport sur la proposition de loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, AN n° 2684, 28 juin 2010, p. 11. Le taux de perpétration des violences familiales et conjugales ressort en outre avec d'autant plus d'importance quand les violences interpersonnelles qui se produisent hors du cadre familial se sont amoindries dans le cadre d'un processus de pacification des mœurs.

¹¹⁸⁶ V. not. Th. MORIN, L. JALUZOT et S. PICARD, « Femmes et hommes face à la violence », *art. préc.*

¹¹⁸⁷ Pour une analyse critique et féministe de la manière dont les violences sexuelles sont appréhendées par les acteurs pénaux et renforcent les stéréotypes de genre, v. Cl. SAAS, « L'appréhension des violences sexuelles par le droit ou la reproduction des stéréotypes de genre par les acteurs pénaux », *La Revue des droits de l'homme*, 2015.

¹¹⁸⁸ V. en ce sens les propos de Ph. BONFILS et É. VERGÈS, « Chronique législative », *RSC*, 2007, p. 337, qui considèrent que si la protection pénale des personnes par essence vulnérables apparaît comme une évidence, « la question de la vulnérabilité au sein d'un couple se pose de façon sensiblement différente » puisque « chacun est censé être l'égal de l'autre ». Ce faisant, aucun des membres du couple ne dispose d'une « présomption de vulnérabilité » à l'image de ce qui existe pour l'enfant et la protection doit donc théoriquement s'adresser à tous.

¹¹⁸⁹ M.-Fr. CASALIS, M. CHAPALAIN et Fr. GUYOT, « Une femme sur dix (...) », *art. préc.*, spéc. p. 253. V. dans le même sens G. LOPEZ, « La violence dans le couple : aspects psychologiques », *AJ famille*, 2003, p. 416. Le

comme la forme la plus grave et la plus dangereuse des violences intrafamiliales, mais qui reste paradoxalement la plus inconnue du système judiciaire. Cette ignorance se manifeste particulièrement au sujet des retentissements psychologiques du phénomène dès lors que « la violence conjugale est par définition doublée d'un système de harcèlement moral et de violences psychologiques graves que la justice a bien du mal à appréhender »¹¹⁹⁰.

369. - La réforme concernant le renforcement de la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs¹¹⁹¹ a été mise en œuvre dans la perspective de l'approche complète que nécessite la gestion des violences conjugales. Cette réforme s'inscrit dans le cadre du « plan global de lutte contre les violences faites aux femmes », qui regroupe des mesures ayant pour objet l'amélioration de l'accompagnement des victimes et la mise en place d'un dispositif préventif d'ensemble mis en œuvre par des mesures réglementaires¹¹⁹², ainsi qu'un versant législatif, qui concerne à la fois l'appréhension civile et répressive de ce phénomène¹¹⁹³. Le volet familial de la réforme œuvre en faveur d'un remaniement du droit du mariage, principalement dirigé vers la lutte contre les mariages forcés¹¹⁹⁴ et révèle un renforcement de l'intensité et des moyens de la protection de l'ordre public matrimonial¹¹⁹⁵. Le versant pénal de la réforme s'attache quant à lui au renforcement global de la réponse répressive au phénomène des violences de couple par l'aggravation du dispositif pénal existant pour les violences physiques. Il reconnaît explicitement l'existence des violences sexuelles au sein du couple et met en place des dispositifs de traitement

psychiatre considère notamment que les violences physiques et psychologiques jouent comme des « entreprises de démolition identitaire et de dévastation de l'estime de soi » qui rendent particulièrement vulnérable et que « les violences faites aux femmes reposent essentiellement sur la valorisation sociale du sexisme, beaucoup moins sur la psychopathologie ». Leur traitement essentiel consisterait de ce fait avant tout en un « changement de perspective et de vision de la société ».

¹¹⁹⁰ A. MÉZARD, « Le traitement judiciaire des violences conjugales », *AJ famille*, 2003, p. 410.

¹¹⁹¹ L. n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* n° 81 du 5 avril 2006, p. 5097. V., pour une analyse détaillée des différentes dispositions, Ph. BONFILS, « Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *RSC*, 2007, p. 337. V. aussi M. BRUSORIO, « Renforcement de la prévention et de la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *RJPF*, 2006, n° 6, p. 6.

¹¹⁹² V. pour davantage de précisions les développements de M. REBOURG, « Prévention et répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs – À propos de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 », *JCP G*, 2006, n° 16, p. 173, qui fait état d'une obligation biennale de remettre « un rapport sur la politique nationale de lutte contre les violences au sein des couples, notamment sur les conditions d'accueil et d'hébergement, de soins des victimes, leur réinsertion sociale et sur les modalités d'accompagnement des auteurs de violences ».

¹¹⁹³ V., pour le détail des dispositifs civil et répressif contenus dans cette réforme, M. BRUSORIO, « Renforcement de la prévention et de la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *art. préc.*

¹¹⁹⁴ Le nouveau dispositif civil aligne notamment à cette fin l'âge légal du mariage des femmes sur celui des hommes, réglemente l'audition des futurs époux en cas de doute sur la liberté du consentement à mariage et ouvre les actions en nullité du mariage pour vice de consentement au ministère public.

¹¹⁹⁵ V. en ce sens les propos de M. AZAVANT, « Regard civiliste (...) », *art. préc.*

spécifiques et appropriés à ce type de violence¹¹⁹⁶. Sa mise en œuvre démontre en effet une répression accrue des violences commises dans le cadre ou à la suite d'une relation de couple. Le débat s'est dès lors logiquement orienté vers le fait de savoir si la relation conjugale devait être prise en compte en tant qu'élément constitutif de la violence ou si elle devait simplement jouer comme cause aggravatrice de la répression de droit commun. Si, à l'instar des législations suédoise¹¹⁹⁷ ou espagnole¹¹⁹⁸, d'autres droits ont parfois choisi de stigmatiser les violences conjugales en pénalisant ces comportements de manière autonome, notre droit national a opté pour le choix de l'aggravation. Si cette option, qui renonce à la concrétisation formelle de la spécificité de l'infraction peut paraître lacunaire en ce qu'elle ne lui octroie pas de régime juridique spécifique, elle reconnaît en réalité sa spécificité dans l'effet aggravateur de répression qu'elle accorde au lien conjugal et dans les modalités procédurales de traitement de ces infractions. Même conjugales, les violences restent en effet et avant tout des comportements infractionnels de droit commun¹¹⁹⁹. La cohérence invite dès lors obligatoirement à prendre en compte leur particularité dans la mise en place de la répression mais n'enjoint pas nécessairement de leur accorder un traitement autonome. Si la réponse législative qui a d'abord été accordée à ce phénomène a pu être vue comme une avancée considérable, ses lacunes n'ont cependant pas tardé à émerger. Sa mise en œuvre a en effet révélé des imperfections pratiques et les violences conjugales demeurent une des difficultés sociales les plus insolubles¹²⁰⁰. L'abaissement du taux de perpétration d'un comportement au sein de la société reste en effet la conséquence la plus révélatrice de l'efficacité d'une mesure qui a pour objet de l'endiguer. Le changement des perceptions et comportements sociaux et la modification des normes culturelles sexuées sont cependant encore bien loin d'être

¹¹⁹⁶ V. not. la circulaire d'orientation de politique pénale en matière de lutte contre les violences au sein du couple relative au dispositif de téléassistance pour la protection des personnes en grave danger. V. pour davantage de détails les développements de V. LARRIBEAU-TERNEYRE, « Un téléphone portable comme bouclier antiviolence », *art. préc.*

¹¹⁹⁷ La loi suédoise réprime en ce sens la violation grossière de l'intimité d'une femme qui consiste en la répétition par le conjoint ou le compagnon, actuel ou ancien, de certaines infractions susceptibles d'entamer la confiance en soi de la victime et prend en compte les atteintes à la vie ou à la santé, les atteintes sexuelles ou encore la violation de domicile.

¹¹⁹⁸ La loi espagnole incrimine de manière autonome tout individu qui se livre de façon habituelle à des actes de violence physique ou psychologique sur son conjoint, ancien conjoint ou toute autre personne avec qui il entretient ou a entretenu des relations affectives similaires à celles qui existent au sein d'un couple. L'analyse sémantique est ici très intéressante puisque la référence unitaire au conjoint et l'assimilation à la relation qui existe au sein d'un couple peut laisser entendre que les relations non conjugales ne constituent pas un couple ou que seule la relation conjugale est assimilable à une relation de couple.

¹¹⁹⁹ V. not. les propos de P. MURAT, « Proposition de loi sur les violences intrafamiliales : beaucoup de symboles pour quelle efficacité ? », *art. préc.*, qui rappelle à propos de « l'opportunité de faire de la qualité d'époux, de concubin ou de partenaire d'un pacs une circonstance aggravante », qu'« elle a âprement été discutée tant il est douteux de sanctionner plus sévèrement le viol d'un conjoint que celui d'un tiers ».

¹²⁰⁰ V. en ce sens l'étude réalisée par M. LAMARCHE, « Violences faites aux femmes : le droit et les faits », *Dr. fam.*, 2008, n° 7, alerte 57, qui constate qu'« en pratique ces violences se maintiennent et ne font l'objet que de réponses extrêmement limitées ».

« perceptibles sous la forme d'une diminution des taux de violences »¹²⁰¹. Ces imperfections ont dès lors rapidement mené à renouveler la réflexion portant sur la lutte contre les violences conjugales, qui a vu récemment poindre de nouvelles armes juridiques¹²⁰² répondant à « l'urgence d'un dispositif cohérent et ordonné »¹²⁰³ et engendrant le renforcement de la répression de ces comportements.

b. Le renforcement de la répression des violences conjugales

370. - Les faiblesses de la précédente réforme ont rapidement abouti à des souhaits de rénovation ou d'amélioration du dispositif existant. Ces demandes ont été consacrées à travers la réforme du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants¹²⁰⁴. Cette révision « répond à un souci de globalisation des politiques publiques en la matière »¹²⁰⁵ et œuvre pour la prise en compte de l'intégralité de la réalité dans laquelle s'inscrivent ces comportements. Dans une perspective d'unification des politiques pénales, cette nouvelle réforme œuvre en faveur de l'accroissement des pouvoirs des autorités de poursuite et procède à une refonte des incriminations¹²⁰⁶. Elle se donne pour ambition cumulée le renforcement de la protection des victimes des violences conjugales ainsi que la répression plus efficace de leurs auteurs, et « traduit la volonté d'instaurer un système autonome de lutte contre les violences conjugales au sein duquel la protection se veut essentiellement judiciaire »¹²⁰⁷. La répression contemporaine des violences conjugales se donne pour ambition l'accroissement de la protection des victimes (α) à travers l'augmentation de l'aggravation des infractions préexistantes (β) et la création de nouvelles incriminations (γ).

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² V. l'article de C. AMBROISE-CASTÉROT et N. FRICERO, « La loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes : nouvelles armes juridiques », *RJPF*, 2010, n° 9, p. 8.

¹²⁰³ *Ibid.*

¹²⁰⁴ L. n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* n° 158 du 10 juillet 2010, p. 12762.

¹²⁰⁵ C. AMBROISE-CASTÉROT et N. FRICERO, « La loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes : nouvelles armes juridiques », *art. préc.*

¹²⁰⁶ V., pour le détail de ce mouvement, A. BOURRAT-GUÉGUEN, « Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre les violences au sein du couple, à propos de la loi du 9 juillet 2010 », *JCP G*, 2010, n° 30, p. 805.

¹²⁰⁷ M. DOUCHY-OUUDOT, « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures*, 2010, ét. 9.

a. *L'accroissement de la protection des victimes de violences conjugales*

371. - Elle affecte donc le dispositif protecteur dans son intégralité et se donne pour ambition d'englober « l'ensemble des instruments juridiques en matière de prévention et de lutte contre ces violences, prenant en compte toutes les incidences des situations de violences au sein du couple et à l'égard des enfants »¹²⁰⁸. Le dispositif préventif axe son action sur la formation des professionnels et l'information de la société, tandis que le dispositif sanctionnateur améliore les appareils, civil et pénal, existants. La protection civile est en effet considérablement étendue quant à ses destinataires et à ses modalités d'application. Le lien de couple actuel ou défait est désormais considéré dans son intégralité, même si « la protection des épouses demeure bien meilleure que celle des concubines et pacsées »¹²⁰⁹. Le juge aux affaires familiales est doté de nouvelles compétences qui se traduisent, notamment, lorsqu'il estime « qu'il existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger auquel la victime ou un ou plusieurs enfants sont exposés »¹²¹⁰, par la possibilité de mettre en œuvre, au moyen d'un « référé protection », une ordonnance de protection, « outil juridique innovant »¹²¹¹ par lequel il peut ordonner provisoirement un certain nombre d'interdictions, prendre toutes les mesures nécessaires concernant l'éviction de l'auteur des violences du logement du couple ou la protection géographique de la ou des victimes de ces violences et mettre en place un accompagnement spécialisé de la victime, « lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants »¹²¹². Ces mesures s'inscrivent dans une protection civile indifférenciée de la victime des violences conjugales et

¹²⁰⁸ V. not. D. BOUSQUET, *Rapport de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes* : « mettre enfin un terme à l'inacceptable », AN n° 1799, 8 juillet 2009.

¹²⁰⁹ Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes », *RLDC*, 2010, p. 75.

¹²¹⁰ C. civ., art. 515-11.

¹²¹¹ *Ibid.*

¹²¹² C. civ., art. 515-9. V., pour le détail théorique de cette compétence, M. DOUCHY-LOUDOT, « Nouvelle compétence du juge aux affaires familiales : l'ordonnance de protection issue de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Procédures*, 2010, alerte 37 et N. FRICERO, « Protection des victimes de violences au sein du couple, le cadre procédural », *RJPF*, 2010, n° 11. Pour sa mise en application pratique, v. not. H. VLAMYNCK, « Ordonnance de protection : quelques remarques après un mois de mise en œuvre », *AJ famille*, 2010, p. 523. Le commissaire principal de police met l'accent sur les difficultés pratiques de mise en œuvre de ce dispositif et insiste sur le problème de la matérialité de la preuve et sur l'atteinte à la présomption d'innocence qui peut émaner d'une mesure qui ne prévoit notamment pas les conditions procédurales de libération de l'intéressé en cas de relaxe. V., pour des interrogations similaires sur l'adaptation du dispositif, les développements de M.-B. MAIZY et M. CHOPIN, « La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection, une réponse adaptée aux violences intrafamiliales », *AJ famille*, 2010, p. 514. Les magistrats insistent sur le caractère laconique de la définition de cette ordonnance et sur l'absence de moyens adaptés à sa mise en œuvre. V. enfin l'étude de V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Premiers éclairages sur l'application de la loi du 9 juillet 2010 dans le temps et au fond », *Dr. fam.*, 2011, n° 4, comm. 51 à propos de la décision CA Pau, 2^e chambre, 30 novembre 2010, n° 5133/2010, E. B. c/ A, au sujet de l'application transitoire de cette réforme.

ne distinguent pas en fonction de la nature de la relation de couple qui la lie à leur auteur. Partant, les différentes formes de lien de couple sont considérées sur un pied d'égalité à propos de cette mesure d'éviction. Cependant, « l'extension aux concubins et aux partenaires d'une mesure judiciaire de crise entre époux n'est pas sans poser certaines difficultés »¹²¹³. Cette mesure judiciaire, initialement réservée aux époux, pallie originellement le risque que la victime soit confrontée à une violation de l'obligation de communauté de vie en cas de départ du logement conjugal. En ce qu'elle oblige les membres du couple à résider séparément, la mesure d'éviction dispense donc en quelque sorte la victime des violences conjugales du respect de cette obligation. Elle se fonde donc sur une « logique matrimoniale institutionnelle »¹²¹⁴ qui semble délicate à appliquer aux liens de couple qui ne comportent pas de régime obligationnel particulier. Le raisonnement est cependant biaisé puisque cette mesure paraît avant tout fondée sur des considérations pratiques et factuelles au sein desquelles « la situation de fait du couple et des éventuels enfants prime la situation juridique des époux »¹²¹⁵ et par l'intermédiaire desquelles « la situation résultant des violences de l'un des conjoints reçoit une réponse pragmatique qui laisse place à un souci de réalisme »¹²¹⁶. La configuration générale qui se rapporte à la perpétration d'un comportement violent dans le sein du cercle familial transcende alors la disparité de statut juridique qui existe entre les différents couples concernés. Lorsqu'il se mêle aux violences, le lien de couple peut dès lors être appréhendé de manière pragmatique par le droit, qui ne distingue pas en fonction des statuts juridiques mais fait primer le caractère factuel de la vie commune. La réforme adapte en outre le droit de l'autorité parentale et permet au juge de se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale¹²¹⁷ ou sur la contribution aux charges du mariage dans le cas

¹²¹³ M. LAMARCHE, « Éviction du domicile familial du concubin ou du pacsé violent : l'analogie entre mariage et concubinage est-elle toujours possible ? », *Dr. fam.*, 2010, n° 3, alerte 12.

¹²¹⁴ *Ibid.*

¹²¹⁵ *Ibid.*

¹²¹⁶ *Ibid.* L'auteur précise que le relais exprès que le droit pénal apporte au dispositif civil dans le cadre des violences conjugales est également fondé sur le principe de réalité et prône l'abandon de la logique matrimoniale institutionnelle pour l'adhésion au principe de réalité. Ce dernier n'est cependant applicable que dans le cas où les membres du couple disposent tous deux de droits sur le logement concerné et ne règle malheureusement pas la situation de la victime non mariée qui vit dans un logement sur lequel l'auteur dispose des seuls droits. L'auteur propose dès lors de quitter la logique du droit des biens pour établir un système dérogatoire qui prendrait uniquement en compte le fait que le logement héberge une famille et donnerait un statut spécifique au logement familial.

¹²¹⁷ Le retrait total de l'autorité parentale peut de ce fait être prononcé à l'encontre du parent auteur d'un crime commis sur la personne de l'autre parent. V. C. civ., art. 378. Partant, le délinquant conjugal, qui se trouve le plus souvent en la personne du mauvais époux, partenaire ou concubin, est totalement assimilé au mauvais parent. Si le lien entre la violence conjugale et la violence familiale n'est pas absolu, la dangerosité intrinsèque à la première et la spécificité inhérente au contexte de sa perpétration peuvent légitimement mener à prévenir la survenue de la seconde. V., pour une étude détaillée du lien entre violences conjugales et autorité parentale, A. GOUTTENOIRE, « La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale », *AJ famille*, 2010, p. 518. Cette réforme met également en place un dispositif préventif à l'égard des déplacements illicites d'enfants en permettant au juge aux affaires familiales « d'ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents ». V. C. civ., art. 373-2-6.

de violences survenant à l'occasion d'un lien de couple conjugal. Appréhendée dans son acception répressive, cette réforme contient « de nombreuses dispositions pénales modifiant aussi bien le champ de la répression que les sanctions applicables »¹²¹⁸. Le dispositif aggrave cependant le champ d'application de la répression autant qu'il l'étend.

β. L'augmentation de l'aggravation des infractions préexistantes

372. - Les peines encourues en cas d'infractions de brutalités, de menaces ou de pressions psychologiques proférées dans le cadre du couple sont aggravées lorsqu'elles sont répétées. Le caractère habituel des violences¹²¹⁹ au sein du couple est de ce fait érigé en cause d'aggravation de la sanction pénale et n'est plus restreint à la victime mineure de moins de quinze ans ou à la victime vulnérable. Ces mesures révèlent dès lors la prise en compte généralisée de l'habitude comme facteur aggravateur de répression ainsi qu'une mise en conformité du droit et du fait familial répétitif et destructeur. La contrainte au mariage ou à l'union devient également une nouvelle cause d'aggravation des violences conjugales. La preuve des violences est cependant très délicate à apporter en pratique, surtout quand elle se rattache à la notion aléatoire des menaces, quand l'aggravation attachée à la contrainte vise davantage à lutter contre l'utilisation frauduleuse du droit des étrangers ou l'exploitation du consentement de la personne qu'à préserver l'institution matrimoniale et le lien qui en découle. Il est en outre possible de s'interroger sur l'utilité de cette circonstance aggravante qui pouvait déjà être retenue en matière de violence volontaire commise contre une personne particulièrement vulnérable. La disparité de traitement, qui pouvait exister entre les différentes catégories infractionnelles, a en outre été gommée par l'extension générale de la circonstance aggravante constituée par le lien familial défait, qui n'était auparavant pas pris en compte pour les contraventions jusqu'alors écartées de ce champ répressif par la jurisprudence. Si cette extension a le mérite de l'uniformisation, elle peut sembler superflue à l'égard d'un dispositif au sein duquel les victimes peinent à être reconnues pour des faits graves. Cet élargissement contraventionnel paraît en outre curieux quand il concerne des infractions matérielles qui ne requièrent par essence pas d'intention pour être constituées¹²²⁰. Les contraventions sont en effet souvent considérées comme des infractions non intentionnelles qui ne nécessitent pas la preuve d'un élément moral pour être constituées et

¹²¹⁸ A.-G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 (...) », *art. préc.*

¹²¹⁹ C. pén., art. 222-14.

¹²²⁰ V. en ce sens les développements de C. POMART-NOMDÉDÉO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *art. préc.*, spéc. p. 11, qui remarque à ce propos qu'« il était déjà étrange que les violences volontaires puissent constituer des contraventions » et qui considère dès lors que l'« on conçoit alors d'autant plus difficilement au plan théorique que la qualité de l'auteur d'une infraction non intentionnelle puisse venir aggraver la répression de cette infraction même si l'on peut comprendre en pratique la volonté d'alourdir les peines des contraventions de violences volontaires ».

dont la répression est liée à la simple constatation d'un résultat manifestant la violation d'une prescription pénale et l'existence d'un préjudice. Dans cette acception, il peut en effet paraître inopportun de lier l'aggravation de la sanction pénale à la qualité actuelle ou ancienne de l'auteur de cette infraction, puisque son intention n'a précisément pas besoin d'être prouvée. Accorder un caractère aggravateur au lien de couple défait revient dès lors à octroyer une dimension personnelle à une catégorie d'infraction qui existe seulement à travers son caractère matériel. Le mécanisme paraît cependant plus pertinent en ce qui concerne spécifiquement les violences volontaires contraventionnelles¹²²¹, dont la répression suppose par exception la preuve d'une faute intentionnelle. Ce qui peut paraître globalement illogique recouvre dès lors une légitimité spécifique à l'égard de ce type particulier d'infractions. La cohérence théorique d'ensemble a par ailleurs mené à l'harmonisation des sanctions encourues en cas de harcèlement sexuel et moral. Au niveau de l'application pratique des sanctions pénales, le champ du placement sous surveillance électronique mobile a enfin été élargi parallèlement à la mise en place du dispositif de téléprotection. La nouvelle réforme supprime en dernier lieu la présomption simple de consentement à l'acte sexuel qui existait entre les époux¹²²². Si ce retrait ne s'assimile pas en tant que tel à la création d'une nouvelle cause d'aggravation, il facilite considérablement la reconnaissance de l'infraction de viol entre époux. Cette suppression ne joue donc pas directement sur le quantum de la peine encourue mais agit sur la reconnaissance factuelle du comportement et a pour effet une augmentation du nombre de viols conjugaux juridiquement consommés. La nature du lien de couple devient dès lors totalement indifférente et aucune présomption n'interfère plus dans la caractérisation des infractions sexuelles. Elle s'apparente cependant à un véritable leurre quand cette présomption est toujours censée découler de l'obligation de communauté de lit qui ne souffre d'aucune modification.

373. - Désireux de faire jouer l'effet dissuasif souvent accordé aux circonstances aggravantes, le législateur a, par cette réforme, également fait le choix d'étendre leur champ d'application infractionnel au meurtre et d'inclure les partenaires dans leur domaine personnel. La référence explicite au lien de partenariat consacre sa reconnaissance au sein de l'arsenal juridique répressif¹²²³. La réforme confirme en outre le caractère aggravateur du lien de couple entendu largement en prenant en compte la qualité dont l'auteur de l'infraction dispose par rapport à sa victime et en instituant le lien de couple défait en circonstance aggravante générale « dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant

¹²²¹ C. pén., art. R. 625-1.

¹²²² C. pén., art. 222-22, al. 2. Si le consentement n'est plus présumé, l'absence de consentement devra néanmoins être prouvée.

¹²²³ V. en ce sens Fr. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G*, 2000, I, n° 48, p. 275.

existé entre l'auteur des faits et la victime »¹²²⁴. La nature de cette aggravation prête à confusions dès lors que, « même si cette circonstance aggravante est désormais définie dans la partie générale du code pénal, elle n'en est pas moins spéciale puisque le législateur restreint l'application de cette circonstance aux crimes et délits qui l'auraient prévue »¹²²⁵. Afin d'appliquer cette aggravation, il convient donc le cas échéant de rechercher si l'infraction considérée permet expressément de retenir l'aggravation. L'ajout de la référence au partenaire n'aurait en outre eu aucune utilité si l'aggravation avait réellement adopté un caractère général. Puisque la seconde partie de l'article renvoie à la première, le principe de l'interprétation stricte voudrait alors que l'aggravation mise en œuvre à travers la qualité d'ancien conjoint, d'ancien partenaire ou d'ancien concubin ne puisse identiquement avoir lieu que lorsque le domaine d'aggravation des crimes ou délits concernés le prévoit expressément. Or, le domaine d'aggravation de base du lien de couple défait semble totalement inexistant¹²²⁶. Dès lors, ce vide juridique devrait avoir pour conséquence l'impossible application de cette extension. L'assimilation du champ d'application de cette circonstance aggravante spéciale aux individus inscrits dans un ancien lien de couple relèverait d'un pur raisonnement par analogie qui reste prohibé au sein du droit répressif. Le respect du droit appellerait alors à la mise en place « d'un texte spécifique qui délimiterait avec précision les contours et le domaine de l'aggravation des violences commises par un "ex" »¹²²⁷. Une telle mesure aurait en effet le mérite de la clarté et de la cohérence face à la branche de l'alternative qui consisterait à modifier le contenu personnel de l'aggravation de chaque crime ou délit concerné. Le lien de couple rompu qui motive le comportement infractionnel doit en ce sens être assimilé au lien de couple existant dans le phénomène d'aggravation de la sanction répressive. Cette précision peut cependant donner lieu à discussion quand elle « s'apparente à une condition restrictive de mise en œuvre de l'aggravation par la recherche du mobile de l'infraction »¹²²⁸. Une telle extension est particulièrement nécessaire considérant que la période consécutive à la rupture exacerbe souvent les comportements violents. Si ces derniers naissent en deçà de la cessation du lien, ils sont en effet susceptibles de se prolonger bien au-delà. Le caractère pérenne des violences intrafamiliales légitime l'absence de limitation temporelle de l'aggravation par le lien de

¹²²⁴ C. pén., art. 132-80.

¹²²⁵ D. VIRIOT-BARRIAL, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D.*, 2006, p. 2350.

¹²²⁶ V. en ce sens les développements de M.-Fr. VIEVILLE-MIRAVETE, « La circonstance aggravante d'"ex" en matière de violences au sein du couple », *Dr. pén.*, 2009, n° 2, ét. 4, pour qui le principe d'interprétation stricte de la loi pénale interdit une telle extension puisque le lien de couple défait n'est actuellement visé qu'au sein de la disposition qui concerne l'interdiction de résider ou de paraître au domicile du couple ainsi que l'obligation de prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique.

¹²²⁷ M.-Fr. VIEVILLE-MIRAVETE, « La circonstance aggravante d'"ex" en matière de violences au sein du couple », *art. préc.*

¹²²⁸ *Ibid.*

couple défait. Eu égard aux conséquences désastreuses que peuvent avoir les violences conjugales sur les enfants qui en sont les premiers témoins¹²²⁹, cette loi se donne également pour ambition d'accroître la répression des violences commises contre les mineurs¹²³⁰. Une prise en charge thérapeutique adaptée, qui peut se manifester par une injonction de soins, peut de ce fait être mise en œuvre au bénéfice de l'auteur des violences conjugales, commises sur ses propres enfants ou sur ceux de l'autre membre du couple. Le versant répressif de la nouvelle loi, qui œuvre en faveur de l'accroissement de la prise en considération des victimes et renforce l'aggravation de délits préexistants¹²³¹, instaure de nouvelles incriminations pénales.

γ. La création de nouvelles incriminations

374. - Eu égard au champ d'application même de la répression, la réforme a donné naissance à de nouvelles incriminations, à l'image de la violation des obligations qui découlent de l'ordonnance de protection, de la prise en compte des violences habituelles et psychologiques et du délit de harcèlement psychologique au sein du couple. La réforme a tout d'abord créé, à l'intérieur de la catégorie des atteintes aux mineurs et à la famille, une nouvelle classe d'infractions familiales, qui se rapporte aux comportements de violation des ordonnances prises par le juge aux affaires familiales en cas de violences. Ces dernières, qui viennent en quelque sorte combler les insuffisances des sanctions familiales existantes, répriment le fait

¹²²⁹ La séparation des parents peut en outre influencer négativement sur la prise en compte de la parole de l'enfant qui stigmatise le parent auteur et se range presque inconditionnellement du côté du parent victime. Ce phénomène a pu être étudié à travers le syndrome d'aliénation parentale qui aboutit, lorsqu'il est constaté, au discrédit automatique de la parole de l'enfant. Cette théorie reste cependant dangereuse, puisqu'elle peut à l'inverse être utilisée au bénéfice du parent auteur, qui discrédite à son tour la parole de l'enfant. V., pour plus de précisions sur ces problématiques, les développements de C. PERELMUTTER, « On achève bien les enfants », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 84, p. 7.

¹²³⁰ La réforme instaure en effet une protection spécifique en faveur des mineurs victimes de violences. Elle étend notamment l'application de la loi pénale française aux mutilations sexuelles commises à l'étranger, instaure une nouvelle dérogation au secret professionnel à l'égard des médecins et travailleurs sociaux concernant la dénonciation des mutilations, reporte le point de départ de la prescription à la majorité du mineur quand les violences ont entraîné une mutilation, une infirmité permanente ou une interruption temporaire de travail de plus de huit jours, aggrave la répression du proxénétisme à l'égard d'un mineur et augmente enfin la lutte contre la pédopornographie et le tourisme sexuel.

¹²³¹ V. en ce sens A.-G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 (...) », *art. préc.*, qui insiste sur la suppression symbolique de la présomption de consentement des conjoints aux actes sexuels et la modification du délit de dénonciation calomnieuse. La première précision était en effet jugée inutile et inopportune au regard de l'existence préalable de l'obligation de communauté de vie et de la volonté répressive de placer les différents liens de couple sur un pied d'égalité. La seconde modification restreint le champ d'application de la présomption irréfragable de fausseté et permet désormais au dénonciateur d'échapper à la condition quand les éléments apportés sont jugés d'une crédibilité suffisante, bien que l'exactitude des faits ne soit pas établie. Cet élargissement semble dès lors plus qu'opportun quand ce délit reste souvent utilisé par les auteurs de violences comme une menace dissuasive. V. not. en ce sens les développements de Cl. KATZ, « La dénonciation calomnieuse : une arme redoutable de dissuasion au service des auteurs de violences sexuelles », *Gaz. Pal.*, 2005, n° 152, p. 2. La modification de ce délit matérialise finalement un passage satisfaisant de la présomption à la certitude.

de ne pas se conformer aux obligations ou interdictions imposées dans une ordonnance de protection par une sanction s'élevant à deux ans d'emprisonnement et quinze mille euros d'amende¹²³². Si la sanction peut paraître légitime à l'encontre de l'auteur qui a commis les faits incriminés de façon avérée, elle est cependant bien plus polémique lorsqu'elle concerne le refus de l'auteur présumé des violences de se conformer aux mesures de l'ordonnance. Cette dernière repose en effet sur la vraisemblance sérieuse de la commission des faits mais n'adhère pas au régime de la certitude. Si la forte probabilité suffit à justifier des obligations ou interdictions relativement contraignantes, seule la certitude avérée devrait pouvoir fonder la privation de liberté. Il est alors possible de dénoncer le passage de l'ordonnement de la protection de la victime à celui de l'incarcération de l'auteur, dès lors susceptible de contredire les droits de la défense quand elle se fonde sur la violation avérée d'obligations et interdictions issues de la potentialité¹²³³. L'équilibre du procès peut dès lors être mise à mal par le concept arbitraire de vraisemblance si « le vrai peut quelquefois n'être pas vraisemblable »¹²³⁴ autant que le vraisemblable peut souvent n'être pas vrai.

375. - Les nouvelles dispositions incriminent ensuite le fait de ne pas notifier son changement de domicile au créancier de la contribution ou des subsides que l'auteur des violences est tenu de verser au titre de la même ordonnance dans un délai d'un mois et punissent ce comportement de six mois d'emprisonnement et d'une contravention de sept mille cinq cents euros¹²³⁵. Ce double effet fortificateur peut être interprété comme la traduction du rôle accessoire du droit pénal, qui apporte son soutien à l'insuffisance des sanctions familiales. Il peut dans le même temps révéler un intérêt répressif authentique pour l'assise de ces valeurs, qu'il utilise pour atteindre son dessein originel de protection de l'intégrité physique et psychique de la personne. Partant, « le droit pénal ne se contente alors plus d'être le gendarme du droit civil, il devient lui-même prescripteur d'une obligation de

¹²³² C. pén., art. 227-4-2.

¹²³³ Lors de son audition devant le Sénat en date du 25 mai 2010, le Syndicat national de la magistrature observe à ce propos qu'« à trop vouloir protéger les victimes, on en vient à promouvoir des dispositifs dérogatoires, exceptionnels et finalement excessifs, en ce qu'ils portent atteinte de façon démesurée aux droits et libertés de celui qui est d'emblée et sans autre forme de procès considéré comme le conjoint violent ».

¹²³⁴ N. BOILEAU, *Art poétique*, chant III, vers 48, Flammarion, 1998, p. 99. Le poète insiste sur l'arbitraire et la confusion qui existe entre les deux notions fondées sur des présuppositions. Il fait notamment référence aux théories aristotéliennes qui considèrent la vraisemblance comme un terme caractéristique de la fiction qui se distingue de l'exigence de vérité empirique ou factuelle. La vraisemblance ne serait donc pas ce qui est mais ce qui pourrait être et le philosophe considère de ce fait qu'« il faut préférer ce qui est impossible mais vraisemblable à ce qui est possible mais non persuasif ». V. pour plus de détails, ARISTOTE, *La poétique* (335 av. J.-C.), Seuil, 1980, chap. 24. La vraisemblance comporte finalement une dimension éthique qui la lie au probable et à l'appréciation subjective des conduites humaines. Il semble dès lors que le droit répressif ne puisse pas se permettre le luxe de s'appliquer en fonction ce qui est plausible dans l'ordre du réel, mais doive se rapporter à la réalité même. Son application doit en ce sens se conformer à un enjeu de vérité qui fluctue lui-même en fonction de l'endroit du placement de la frontière qui sépare la potentialité de la réalité.

¹²³⁵ V. C. pén., art. 227-4-3.

notification de tout changement de domicile »¹²³⁶. L'utilité pratique d'une telle incrimination peut parallèlement être remise en cause dans la mesure où le droit répressif sanctionnait d'ores et déjà par la même peine le comportement de toute personne tenue d'une obligation alimentaire à l'égard d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou d'un conjoint qui ne notifie pas son changement d'adresse dans un délai d'un mois¹²³⁷. L'inclusion des obligations familiales contenues dans l'ordonnance de protection au sein des éléments constitutifs de cette infraction aurait dès lors suffi à réprimer le comportement qui se produit à l'occasion de leur violation. À travers ce mouvement général, le devoir familial de respect apparaît par conséquent comme un facteur subsidiaire de l'intervention du droit répressif, qui assoit d'autres valeurs par son intermédiaire. Le processus d'instrumentalisation des valeurs familiales peut cependant aboutir à des effets pervers et confiner rapidement à la confusion des genres. Entre complémentarité et autonomie, la valeur que le droit répressif utilise peut aisément devenir celle qu'il crée. La transmutation naturelle des moyens et des fins érige alors paradoxalement la valeur familiale au rang des valeurs pénales, au sein desquelles elle ne trouve pas sa place originelle. La valeur familiale devient en ce sens à la fois le moyen et la fin de l'action répressive qui a pour objectif général la lutte contre les violences physiques et psychologiques.

376. - La nature polysémique de la notion de violence invite non seulement à considérer les violences physiques, mais conduit dans le même temps à ne pas négliger l'aspect verbal, psychologique ou économique qu'elles peuvent revêtir, notamment lorsqu'elles se produisent dans le milieu familial. Bien que l'ensemble de ces comportements soit d'ores et déjà appréhendé par l'arsenal répressif existant et susceptible de qualifications pénales¹²³⁸, « le législateur a souhaité renforcer le dispositif existant en incriminant de manière plus explicite les violences psychologiques, et ce de deux manières »¹²³⁹. La notion de violences psychologiques a en premier lieu fait l'objet d'une insertion textuelle à vocation générale dans l'arsenal répressif, au sein duquel elles sont désormais placées sur un pied d'égalité formel avec les autres manifestations de ce comportement¹²⁴⁰. Si cette modification a le mérite d'ancrer sur le papier une réalité sociologique trop souvent ignorée, « la modification se veut toutefois plus symbolique que substantielle, car il était déjà admis que la notion de violences

¹²³⁶ A.-G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 (...) », *art. préc.*, spéc. p. 912.

¹²³⁷ V. C. pén., art. 227-4.

¹²³⁸ V. en ce sens les développements de C. POMART-NOMDÉDÉO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. fam.*, 2010, n° 9, chron. 20, p. 9.

¹²³⁹ A.-G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 (...) », *art. préc.*, spéc. p. 912.

¹²⁴⁰ V. C. pén., 222-14-3, qui dispose que « les violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques ». V., pour le détail de cette mesure, le focus de W. ROUMIER, « Violences familiales : création du délit de violences psychologiques », *Dr. pén.*, 2010, n° 9, alerte 39. V., pour le détail du mécanisme destructeur engendré par ce type particulier de violences, O. BELINGA, « Brisez le silence avant qu'il ne vous brise ! », *AJ famille*, 2010, p. 520.

volontaires recouvre aussi bien les violences physiques que les violences psychologiques »¹²⁴¹. Puisqu'elle ne modifie nullement le fond du droit et se conforme en tout point à son interprétation jurisprudentielle, cette insertion terminologique, qui s'ancre dans un victimologisme contemporain, procède avant tout d'une mesure d'affichage destinée à satisfaire l'opinion publique¹²⁴². L'utilité d'une telle mesure peut dès lors être mise en cause quand la vocation interprétative suppose logiquement l'absence de clarté et quand l'explicite n'a de sens que par le préalable de l'implicite. Si cette précision textuelle présente certaines vertus, elle a cependant l'inconvénient de dévoiler un droit pénal thérapeutique et explicatif, guidé par le symbole et la représentation. En marge des critiques tirées de l'inutilité de la répression et fondées sur la redondance des qualifications, il est nécessaire d'attirer l'attention sur le risque d'erreur et d'instrumentalisation que suppose la pénalisation de ce type particulier de violence.

377. - Le volet créateur de la réforme se matérialise enfin par l'existence de la nouvelle infraction de harcèlement psychologique au sein du couple, qui fait directement écho à l'infraction spécifique de harcèlement sexuel¹²⁴³ et moral¹²⁴⁴ traditionnellement appliquée dans le cadre des relations de travail. Étendu à la relation de couple, le harcèlement recouvre désormais une dimension particulière et s'assimile à un processus de manipulation destructrice et incurable qui peut se manifester tant sur le plan physique que psychologique. La nouvelle infraction incrimine « le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin par des propos ou comportements¹²⁴⁵ répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale ». La répression de cette infraction est en outre particulière puisque la sanction pénale se déduit de la matérialité du résultat¹²⁴⁶ et qu'elle

¹²⁴¹ A.-G. ROBERT, « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 (...) », *art. préc.*, spéc. p. 912. L'auteur fait notamment référence au choc émotif ou émotionnel qui est depuis longtemps pris en compte par la jurisprudence. La considération pour les violences psychiques et les perturbations psychologiques occasionnées par la violence est en ce sens loin d'être une nouveauté et cette précision textuelle, qui s'assimile à une « simple consécration légale de la jurisprudence », « ne modifie aucunement le fond du droit ».

¹²⁴² V. en ce sens la circulaire du 3 août 2010 relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 « relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », BOMJL, n° 2010-006, 31 août 2010, qui précise qu'il s'agit d'une simple « disposition interprétative », tendant « simplement à rendre plus explicite la répression des violences psychologiques ».

¹²⁴³ C. pén., art. 222-33.

¹²⁴⁴ C. pén., art. 222-33-2.

¹²⁴⁵ Cette rédaction résulte de l'entrée en vigueur de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 « pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes » qui substitue les « propos et comportements » aux « agissements » initialement considérés par la réforme. Si le changement n'emporte pas beaucoup de conséquences pratiques, il a le mérite de lever le doute sur le caractère incriminable des simples paroles qui ne se manifestent pas par un comportement matériel.

¹²⁴⁶ V. pour le détail des sanctions C. pén., art. 222-33-2-1 qui dispose que ces violences sont punies « de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque ces faits ont causé une incapacité totale de travail

assimile une nouvelle fois le lien de couple défait au lien de couple existant entre la victime et l'auteur de l'infraction. Par son caractère matériel, l'infraction de harcèlement psychologique au sein du couple se pose en contradiction avec les infractions formelles originelles de harcèlements sexuel et moral, qui sont constituées indépendamment de l'existence d'un préjudice. Si elle témoigne de réelles vertus théoriques, cette infraction souffre en revanche de lacunes pratiques et soulève une nouvelle fois le problème de la preuve impossible¹²⁴⁷ d'un comportement qui se commet dans la sphère intime du milieu familial et laisse rarement de traces visibles¹²⁴⁸. Il convient en outre de s'interroger ici encore sur l'utilité pratique de la répression autonome d'un comportement qui était certainement susceptible d'être inclus dans les infractions de violences plus générales. Couplée au symbolisme de la mesure, son hypothétique redondance invite au constat de l'inutilité. L'inversion du raisonnement peut cependant conduire à ne pas considérer ces incriminations comme concurrentielles. Dans cette acception, le harcèlement moral au sein du couple existe en effet comme versant répressif complémentaire à l'incrimination des violences physiques ou psychologiques, puisqu'il permet la répression d'une répétition comportementale de faits d'importance moindre qui ne serait pas nécessairement pris en compte au titre de ces dernières. À travers cette nouvelle incrimination, l'accumulation d'un comportement peut donc fonder sa gravité et engendrer sa protection répressive à l'endroit où sa perpétration isolée l'aurait certainement exclu de ce bénéfice s'il ne comportait pas une gravité intrinsèque assez élevée. Loin de se révéler superfétatoire, la répression autonome du harcèlement moral au sein du couple aurait pour avantage la prise en compte répressive des caractères qualitatif et quantitatif de la violence, en insistant à la fois sur la gravité intrinsèque d'un comportement et sur celle que matérialise extrinsèquement sa répétition factuelle. Elle instaure donc une gradation cohérente dans la gravité qui peut émaner de la nature d'un fait ou de sa répétition matérielle et institue une répression égalitaire et identique des différents types de harcèlement. Cette pénalisation contribue dès lors à une meilleure appréhension de la réalité du phénomène qui se manifeste souvent en amont par une emprise psychologique de l'un des membres du couple sur la future victime. Subtiles et insidieuses, les violences psychologiques se produisent en filigrane et il peut être important de les nommer pour reconnaître leurs particularités. L'objectif est en définitive plus cohérent qu'il n'y paraît au premier abord mais il est néanmoins possible

inférieure ou égale à huit jours ou n'ont entraîné aucune incapacité de travail et de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'ils ont causé une incapacité totale de travail supérieure à huit jours ».

¹²⁴⁷ V. sur ce problème les développements de Th. CRETIN, « La preuve impossible ? De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements », *RSC*, 1992, p. 53.

¹²⁴⁸ Bien que la preuve puisse normalement se faire par tout moyen, le débat se résume bien souvent à la confrontation de la parole de l'un contre celle de l'autre. L'établissement d'un certificat médical constatant les séquelles psychologiques constitue dès lors un moyen à privilégier. Pour qu'il soit efficient, encore faut-il cependant qu'il soit circonstancié et adapté à la situation conjugale de l'espèce et que le professionnel de la médecine ne soit pas neutralisé par la peur de la violation de son obligation de réserve.

d'émettre des réserves quant à la praticité de sa mise en œuvre. S'il est envisageable de présager que « la récente criminalisation du délit de harcèlement moral contribuera sans doute à promouvoir une prise en considération plus systématique de ces violences considérablement destructrices »¹²⁴⁹, sa concrétisation se heurte en effet au problème insoluble de la recherche de la preuve confrontée au secret familial¹²⁵⁰. Le contenu de cette dernière n'est pas non plus aisé dès lors que le caractère matériel de l'infraction induit la nécessité de prouver la dégradation des conditions de vie en tant qu'objet ou effet du comportement de harcèlement. En effet, « même dans son expression la plus dématérialisée, le délit de violences suppose un acte positif sciemment commis avec la prévision qu'il en résultera une atteinte à la personne d'autrui »¹²⁵¹. Malgré cette difficulté, il convient cependant de se féliciter de ce choix, qui reste le plus objectif et maintient un seuil minimum de matérialité là où il serait aisé de succomber à la répression subjective de la seule intention.

378. - Le tableau dressé par l'étude des infractions spécifiques de harcèlement entre conjoints, partenaires et concubins inscrits dans un lien de couple actuel et défait et de violation des ordonnances de protection prises par le juge aux affaires familiales, issues de la loi sur les violences conjugales, laisse finalement assez perplexe. L'utilité théorique de ces mesures se comprend aisément en ce qu'elles servent la reconnaissance de victimes trop souvent laissées dans l'ombre du contexte qui entoure la commission de ces infractions et mettent en lumière une réalité sociale encore trop peu connue. Au surplus, elles permettent parfois de réprimer des comportements qui n'entraient pas toujours aisément dans les qualifications préexistantes. Toutefois, l'intérêt pratique de ces infractions semble bien incertain au regard de la variabilité qui caractérise leur répression effective¹²⁵². Les infractions

¹²⁴⁹ M.-Fr. CASALIS, M. CHAPALAIN et Fr. GUYOT, « Une femme sur dix (...) », *art. préc.*, spéc. p. 254.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, p. 3. Le rapport estime que 8 % seulement des victimes de violences sexuelles commises par leur conjoint portent plainte. V. aussi l'étude de F. DEFFERRARD, « La "suspicion légitime" contre les violences au sein des couples ou le nouveau "référé protection" », *Dr. pén.*, 2010, n° 11, ét. 27 qui détaille ce chiffre en fonction du sexe de la victime. L'auteur précise en effet que, « enfermés dans la crainte, la solitude et bien souvent la honte de ce qu'ils sont devenus, environ 10 % des femmes et 5 % des hommes seulement, victimes de ces violences, les porteraient à la connaissance des autorités susceptibles d'y donner une suite, en particulier judiciaire ». V., sur les particularités du traitement procédural des plaintes en ce domaine, J. FAGET, « Conflit public, pudeur privée. Le traitement des plaintes pour violences conjugales », in *Violences en famille - Conflits privés, pudeurs publiques, Cahiers de la sécurité intérieure*, 1997, n° 28, p. 101. L'auteur considère que « la manière dont les plaintes pour violences conjugales sont accueillies et traitées par le système judiciaire pose la question de la place des régulations juridiques au sein des régulations sociales » et que « le traditionnel non interventionnisme étatique en la matière se perpétue ». Il conclut en affirmant que « l'accroissement de la demande de justice lui donne un visage bureaucratique quand le besoin social de réparation exigerait d'autres apparences ».

¹²⁵¹ O. BELINGA, « Brisez le silence avant qu'il ne vous brise ! », *art. préc.*, spéc. p. 522. L'avocate précise que « l'agissement matériel incriminé ne peut se concevoir de manière autonome, indépendamment de tout rattachement à une ou plusieurs victimes ».

¹²⁵² Si les peines qui composent l'arsenal théorique des sanctions relatives au non-respect de l'ordonnance de protection sont sévères dans leur nature et relativement élevées dans leur quantum, celles qui sont effectivement prononcées sont très variables et s'étendent de mesures uniquement symboliques à des sanctions assez lourdes.

de harcèlement et de violation des ordonnances, pour lesquelles le lien familial actuel ou défait existe comme élément constitutif, entrent dès lors dans la catégorie des infractions purement ou exclusivement familiales, à considérer que ces dernières puissent s'étendre à la famille disparue. Si la première a pour objectif manifeste la protection de l'intégrité physique et psychique de la personne par l'intermédiaire du lien de couple actuel ou défait, il est toutefois possible de mettre en doute la vocation personnelle ou familiale de la seconde. Cette dernière semble en effet davantage tournée vers la protection de l'atteinte à l'autorité de la décision de justice constituée par l'ordonnance de protection que vers l'assise de valeurs familiales ou répressives. Dans cette acception, la légitimité de la peine privative de liberté est d'autant plus sujette à discussion si l'on considère la valeur sociale protégée par l'exécution des décisions judiciaires comme inférieure à la protection de l'intégrité psychologique de l'individu. Si tel est l'objectif réellement poursuivi, le droit répressif manifeste alors doublement l'utilitarisme qui le caractérise. Le respect apparaît en effet en premier lieu comme une valeur sociale subsidiaire, à travers laquelle l'individu est protégé dans son intégrité physique et psychique. Le respect est utilisée en second lieu pour atteindre la protection étatique de l'exécution des décisions judiciaires. La répression des violences conjugales semble malgré tout efficace quand elle s'oriente spécifiquement vers la reconnaissance explicite des violences sexuelles commises au sein du couple.

c. La reconnaissance spécifique des violences sexuelles au sein du couple

379. - La reconnaissance explicite des violences sexuelles au sein du couple passe essentiellement par la prise en compte du viol et des agressions sexuelles qui se commettent spécifiquement entre époux. La concrétisation formelle de ces infractions reste la mesure la plus révélatrice de ce mouvement. Le viol conjugal a depuis longtemps été pris en compte par la jurisprudence¹²⁵³, qui considère classiquement que « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire »¹²⁵⁴. Sa concrétisation légale est cependant récente. Le législateur a d'abord entériné cette solution prétorienne en l'incluant au sein de l'article 222-22 du Code pénal, pour la supprimer par la suite¹²⁵⁵. La précision était en effet juridiquement inutile. Elle

¹²⁵³ V. not. *Cass. crim.*, 17 juillet 1984, inédit, n° 84-91.288 au sujet d'époux en instance de divorce ; *Cass. crim.*, 5 septembre 1990, inédit, n° 90-83.786 : *RTD Civ.*, 1991, n° 2, p. 301, note J. HAUSER ; *RSC*, 1991, n° 2, p. 348, note G. LEVASSEUR, pour la première fois durant le mariage et *Cass. crim.*, 11 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 232 : *D.*, 1993, n° 10, p. 117, note M.-L. RASSAT ; *RSC*, 1993, n° 1, p. 107, note G. LEVASSEUR, pour une confirmation de cette jurisprudence et pour la consécration du viol conjugal sans qu'il ne soit besoin d'apporter la preuve de blessures ou violences annexes.

¹²⁵⁴ *Ibid.*

¹²⁵⁵ V. les rédactions successives de l'article 222-22 du Code pénal, issues des réformes du 4 avril 2006 et du 9 juillet 2010.

était également inopportune par rapport aux problèmes de preuve suscités par le caractère intime de l'infraction. Ce retranchement ne doit cependant pas être interprété comme une résurgence de la prise en compte de cette présomption. Si les mots s'effacent, l'idée reste. L'incrimination spécifique du viol se commettant au sein du couple résulte en outre essentiellement de la prise en compte de revendications associatives requérant cette consécration textuelle. L'adhésion de la loi aux désirs médiatisés d'associations représentant une catégorie de victimes et se rapportant à un comportement d'ores et déjà considéré invite alors naturellement à postuler qu'« une telle disposition est plus publicitaire que révolutionnaire »¹²⁵⁶ et à s'interroger sur le primat de l'inutilité sur la nécessité. Que la règle provienne d'une consécration législative ou prétorienne, il est désormais certain que l'union matrimoniale emporte seulement une présomption réfragable de consentement aux relations sexuelles. En tout état de cause, la qualité de conjoint, de partenaire ou de concubin ne reste jamais ignorée par le droit pénal et a toujours un impact sur la sanction répressive. Lorsque les violences familiales sont concernées, la réponse du droit pénal à la présence du lien de couple ne peut donc jamais s'orienter vers une atténuation ou une disparition de la responsabilité pénale et se dirige même, bien au-delà de la neutralité, vers une aggravation systématique de la répression. En ce qui concerne le viol entre époux, le débat a finalement abouti à une solution de compromission qui consiste à la fois à officialiser le caractère aggravateur du lien de couple et à affirmer que les infractions sexuelles en général peuvent se commettre au sein du couple et sont constituées « quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage »¹²⁵⁷. Si le doute était moindre à propos du partenariat ou de l'union libre, il demeure désormais totalement exclu à propos de l'union matrimoniale. La pénalisation du viol entre époux a finalement pu être alternativement analysée comme l'expression de la disparition du devoir charnel de cohabitation ou comme la traduction de l'évolution civile du contenu du mariage.

380. - Le raisonnement global appelle donc à considérer que la valeur familiale de respect sert donc indirectement la protection plus générale de l'individu ou la bonne application des décisions de justice. La réflexion peut dès lors sembler incohérente quand la valeur familiale a essentiellement vocation à s'appliquer au sein des relations interindividuelles et n'est pas supposée servir directement l'exécution des décisions étatiques. Le raisonnement peut cependant être nuancé puisque ces dernières ont directement pour objet la bonne application des obligations et devoirs familiaux que les époux se sont précisément engagés à respecter. Le droit répressif existerait en ce sens comme un relais utile à la mise en œuvre du droit familial

¹²⁵⁶ P. MURAT, « Proposition de loi sur les violences intrafamiliales : beaucoup de symboles pour quelle efficacité ? », *art. préc.* L'auteur dénonce une « surenchère verbale facile » et rappelle les mots de PORTALIS selon lesquels les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires.

¹²⁵⁷ C. pén., art. 222-22, al. 2.

à l'endroit où ce dernier sert l'assise de valeurs sociales fondamentales¹²⁵⁸. Dans cette acception, la décision de justice serait utilement mise en cause pour atteindre l'objectif de protection individuelle dès lors que « l'individu n'intéresse le droit pénal dans son rapport de famille que dans la mesure où ce dernier représente pour lui un danger, une menace ou une atteinte à sa personne »¹²⁵⁹. Les deux matières évoluent finalement à cet endroit dans un processus de coexistence vertueuse par lequel elles s'influencent réciproquement. L'intrusion du droit pénal dans la sphère familiale et l'interpénétration des compétences civiles et pénales peut cependant s'avérer dangereuse. En effet, elle traduit souvent dans le même temps le désaveu de la capacité du droit familial à régler les conflits familiaux et atteint parfois les principes structurants du droit pénal. Si le lien entre les disciplines résulte ici de la nécessité de lutter contre les violences conjugales, il ne doit pas se faire au détriment de la cohérence juridique qui appelle prioritairement à la nécessité de restaurer la confiance dans les sanctions civiles et la crédibilité du répressif.

381. - Outre l'intérêt répressif incertain qui les caractérise, l'apport des infractions considérées pour le droit familial reste cependant limité dans la mesure où il n'est guère question d'une protection du devoir familial en tant que tel, mais où l'action répressive se tourne davantage vers la prise en compte du caractère pathogène de la relation factuelle. Plus généralement, il est donc possible d'affirmer que « les dispositions pénales relatives aux violences au sein du couple ne relèvent donc pas de la sanction pénale des relations familiales instituées par le droit »¹²⁶⁰. Dans leur globalité, les nouvelles mesures renforcent en effet la protection pénale existante plutôt qu'elles innovent. La démultiplication des infractions a pour effet pervers d'engendrer des concours idéaux de qualifications à l'intérieur de cumuls réels d'infractions. Les infractions considérées se veulent en outre souvent inadaptées, voire inopérantes, et contribuent de ce fait potentiellement à la régression de la présomption d'innocence et des droits de la défense. Le lien familial pénal, qui s'assimile en ce lieu au lien de couple factuel, actuel ou passé, est considéré très largement et le statut général de victime de violences commises au sein du couple prime désormais le statut spécifique de la relation qu'elle entretient avec son auteur. Le traitement des violences conjugales s'émancipe de ce

¹²⁵⁸ L'intervention du droit pénal dans le règlement des violences intrafamiliales est en outre conforme à la jurisprudence européenne qui considère qu'« une dissuasion effective contre les violences domestiques qui mettent en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée appelle des dispositions pénales efficaces ». V., pour le détail de cette jurisprudence, les développements de M. LOBE-LOBAS, « La protection des victimes de violences conjugales au regard de l'article 8 de la Convention européenne », *RJPF*, 2012, n° 12, p. 38, à propos de la décision Cour EDH, 23 octobre 2010, *Wilson c/ RU*, req. n° 10601/09.

¹²⁵⁹ S. JACOPIN, « Le droit pénal de l'obligation alimentaire : l'abandon de famille à l'épreuve du droit civil », *LPA*, 2010, n° 125, p. 48.

¹²⁶⁰ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 59, p. 89. Les auteurs ajoutent à ce propos qu'elles procèdent tout au plus « de la prise en considération, par le droit pénal, des relations familiales factuelles ».

fait de l'agression familiale pour s'étendre à la personne humaine en général. Cette dernière demeure en outre protégée par l'intermédiaire d'un processus d'action collective qui allie les valeurs familiales et répressives. À la fois initiateur et révélateur, le nouvel arsenal de lutte contre les violences conjugales manifeste clairement cette mutualisation juridique et « fait du juge aux affaires familiales un juge civil teinté d'une coloration pénale, juge de protection »¹²⁶¹, « dont nul ne sait exactement comment cette teinture tiendra »¹²⁶². Le constat de la confusion des genres appelle inéluctablement à se demander si ce mouvement, qui « constitue une véritable intrusion du droit pénal dans le droit civil de la famille »¹²⁶³, ne s'est pas trop brutalement ancré dans le versant répressif de la balance. L'assimilation de la criminalité conjugale effective à la criminalité parentale potentielle, aboutissant au retrait de l'autorité parentale, reste certainement la disposition la plus révélatrice de la confusion des genres qui gagne ces deux ordres juridiques¹²⁶⁴. L'hybridité qui caractérise désormais le juge aux affaires familiales amène alors à s'interroger sérieusement sur la pertinence de l'élaboration d'un droit spécifique des violences conjugales, à la fois constitué de dispositions familiales et de mesures répressives¹²⁶⁵. Cette création présenterait cependant des difficultés de mise en œuvre non négligeables et se confronterait aux inconvénients de la parcellisation. Un traitement globalisé et efficace du phénomène, mis en œuvre à travers l'existence d'un droit pénal spécial des violences conjugales, nécessiterait dans le même temps une évolution des représentations sociales. Cette transformation semble cependant délicate, tant « le traitement judiciaire de la violence conjugale apparaît encore bien insuffisant pour modifier les mentalités »¹²⁶⁶. Toutefois, il n'est pas certain que le processus doive nécessairement se dérouler en ce sens. La récente réforme pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes¹²⁶⁷ évolue dans cette direction et se donne plusieurs priorités au regard desquelles aucune violence déclarée ne doit rester sans réponse, les victimes devant être matériellement protégées et accompagnées spécifiquement et la société sensibilisée. À ce titre, l'effectivité de

¹²⁶¹ G. PITTI, « L'ordonnance de protection instituée par la loi du 9 juillet 2010 – Le juge aux affaires familiales, "juge de paix familiale" », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 231, p. 8. V. dans le même sens I. CORPART, « Intensification de la lutte contre les violences conjugales. Commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Dr. fam.*, 2010, n° 11, ét. 28.

¹²⁶² É. MULON et J. CASEY, « Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 315, p. 6.

¹²⁶³ É. BAZIN, « Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples », *JCP G*, 2010, n° 39, p. 957.

¹²⁶⁴ *Ibid.* L'auteur relève que pour la première fois le législateur souhaite « mettre fin à l'idée qu'un mauvais compagnon – concubin, personne liée par un pacte civil de solidarité ou conjoint – peut être un bon parent ».

¹²⁶⁵ V. en ce sens « Observations sur la proposition de loi sur la répression des violences faites aux femmes », Syndicat de la magistrature, Sénat, 25 mai 2010 ; M. MESTROT et J. MARROCHELLA, « Violences conjugales : vers un droit spécifique ? », *Blog Dalloz*, 13 juillet 2010. V. aussi dans la même idée M. GEURTS, « Violences conjugales : pour une véritable cohérence entre le code pénal et le code civil », *AJ famille*, 2003, p. 412.

¹²⁶⁶ A. MÉZARD, « Le traitement judiciaire des violences conjugales », *art. préc.*, spéc. p. 411.

¹²⁶⁷ L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* n° 179 du 5 août 2014, p. 12949.

l'ordonnance de protection est renforcée, l'éviction du conjoint violent devient une règle de principe, les outils techniques de détection des comportements sont généralisés et les auteurs peuvent être soumis à des stages de responsabilisation.

382. - Le constat est finalement celui d'un ordre public pénal familial qui impose sa vision du couple et des relations familiales au mépris des modèles civilistes et révèle l'expression d'un ordre public pénal familial de protection¹²⁶⁸. Si, rapportée au droit pénal, la référence à l'ordre public peut sembler pléonastique en ce que la défense et l'expression des valeurs sociales fondamentales résident dans sa nature, elle prend davantage de sens en ce qui concerne l'ordonnement par lequel le droit pénal sanctionne les valeurs défendues par d'autres branches du système juridique. La dichotomie que révèlent les différentes conceptions de l'ordre public¹²⁶⁹ fait alors directement écho au débat portant sur la double nature d'un droit pénal à la fois autonome et dépendant. La réforme reflète parfaitement cette hybridité lorsqu'elle emprunte le concept de couple, originellement modelé par le droit familial qui assoit un ordre public matrimonial de direction. Si, considérée comme « l'ordre social en réduction »¹²⁷⁰, la famille « a toujours été l'un des premiers centres d'intérêt de l'ordre public »¹²⁷¹, elle démontre cependant le caractère autonome du droit répressif, qui modèle à son tour ce concept et se situe à l'opposé d'un « ordre public familial de droit pénal »¹²⁷². La réforme fait en effet prévaloir un ordre public pénal de protection individuelle et s'éloigne grandement de la direction imposée par le droit familial. Les mesures répressives d'éloignement du domicile¹²⁷³ sont ainsi effectives à tous les stades de la procédure et quel que soit le type de lien de couple concerné. Les mesures de prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique de l'auteur peuvent en effet être mises en œuvre sans considération pour la nature de son union. Si le non-respect du devoir de cohabitation charnelle, réservé aux époux, constitue toujours une faute civile cause de divorce, l'appréhension répressive de ce devoir à travers la mise en place de cette sanction témoigne d'une « autonomie ouvertement affichée du droit pénal »¹²⁷⁴. Le droit pénal des violences conjugales demeure dans son application

¹²⁶⁸ V. en ce sens les développements de M. AZAVANT, « Regard civiliste (...) », *art. préc.*

¹²⁶⁹ V. not. pour les différentes acceptions de l'ordre public en droit pénal, S. CIMAMONTI, « L'ordre public et le droit pénal », in Th. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 89 et Ph. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Études offertes à J. BEGUIN, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 141.

¹²⁷⁰ A. SÉRIAUX, « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. fam.*, 2001, p. 5.

¹²⁷¹ A. BÉNABENT, « L'ordre public en droit de la famille », *art. préc.*

¹²⁷² L'expression est empruntée à M. AZAVANT, « Regard civiliste (...) », *art. préc.*

¹²⁷³ Ces mesures étaient déjà mises en place par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* n° 122 du 27 mai 2004, p. 9319. V. C. pén., art. 220-1.

¹²⁷⁴ *Ibid.* Le devoir conjugal est dès lors présenté comme ayant évolué vers un « consentement renouvelable, vécu volontaire plus qu'imposé par l'institution ». Si la chose peut être vraie à propos du droit de la famille, elle l'est encore davantage concernant le droit répressif, qui s'insère dans la gestion du domicile conjugal. À cet égard, il pourrait être tentant de penser à une extension répressive des devoirs matrimoniaux à toutes les formes

totale­ment hermétique aux catégories de couples préalablement définies par le droit familial, qu'il transcende en vue d'une appréhension uniforme et indifférenciée. S'il conserve le caractère plural des statuts de couples ordonnancés par le droit familial, il n'en respecte pas la hiérarchie et aboutit à un modèle unique de la relation de couple à l'occasion de laquelle se produit la violence conjugale. Le couple pénal est donc aussi bien susceptible de se rapporter au lien actuel ou ancien qui unit des époux, des partenaires et des concubins. Lorsqu'il appréhende le couple à l'occasion de la répression des violences conjugales, le droit pénal rejette finalement toute considération pour la dimension temporelle ou fonctionnelle de ce lien familial. Cette attitude, qui peut au premier abord sembler en adéquation avec la pluralité contemporaine des formes familiales, révèle en réalité un désintérêt certain pour le lien de couple.

383. - L'uniformité qui caractérise l'appréhension répressive du lien familial au sein duquel peut se produire la violence conjugale – pour laquelle le qualificatif de violence de couple apparaît par ailleurs bien plus approprié – est en effet la conséquence du fait que le droit pénal se détache de la protection de l'institution familiale et du lien de couple pour se concentrer sur celle des individus qui le composent. Les devoirs familiaux horizontaux d'ordre personnel ne bénéficient finalement pas d'une réelle protection pénale et si la considération pour le lien familial, qui peut parfois ressortir de l'action répressive, n'est pas le fruit du hasard, elle reste guidée par l'inclusion prioritaire de l'individu dans sa politique d'action. La sphère obligationnelle personnelle du lien de couple conjugal ainsi que le domaine général que recouvrent les liens de couples actuels et passés sont donc uniquement pris en considération par le droit répressif par l'intermédiaire de l'atteinte individuelle qui est susceptible de se produire en leur sein. La considération répressive pour un droit commun du couple¹²⁷⁵ que traduit cette appréhension homogène du lien familial de couple va dès lors et avant tout dans le sens d'un droit commun de l'individu membre d'un couple. Cette désaffection pour l'institution familiale est en outre susceptible d'aboutir à un effet pervers qui voudrait que « la distance prise par le code pénal avec l'ordre public civil fragilise un peu plus le contenu obligationnel de l'institution matrimoniale »¹²⁷⁶. L'indifférence répressive pourrait alors aboutir à la confusion des normes et à la réduction de la portée normative du droit de la

de couple. Un tel raisonnement serait cependant biaisé, puisqu'il ne s'agit pas d'asseoir plus encore le respect de la sphère obligationnelle de l'ordre public matrimonial de direction ni de l'étendre aux couples à qui ils ne s'imposent pas, mais bien de s'écarter du couple pour se concentrer sur l'individu. L'atteinte à la personne transcende de ce fait l'atteinte au lien de couple dans lequel elle interagit.

¹²⁷⁵ V. not. à propos de cette notion l'étude de J.-J. LEMOULAND, « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 43.

¹²⁷⁶ *Ibid.* Pour abonder dans le sens du raisonnement qui précède, il serait alors possible de se demander si le devoir conjugal constitue toujours une obligation familiale.

famille¹²⁷⁷. Le détachement dont le droit pénal fait preuve à l'égard des catégories juridiques du droit de la famille, quand il réprime notamment les violences qui se produisent au sein du couple, ne doit cependant pas être regardé comme une forme de mépris ou de dénigrement. Si le droit familial ne paraît pas estimé dans le respect de ses classifications, c'est que le droit répressif est animé par une tout autre philosophie d'action. Le droit pénal s'emploie en effet à « privilégier la sauvegarde des intérêts individuels sur l'objectif plus général de paix des familles »¹²⁷⁸. La faveur répressive pour la protection de la personne humaine existe dès lors comme cause de sa distanciation avec le droit familial. L'individu pénal est placé au sommet de la pyramide des valeurs au sein d'un système d'action qui rejoint la reconnaissance de l'exaltation de la personne dans le droit pénal moderne¹²⁷⁹. Partant, « le texte confirme par là le peu d'intérêt du droit pénal pour la famille qui forme de moins en moins un intérêt digne de protection »¹²⁸⁰. Le constat déjà ancien du glissement de l'ordre public pénal de direction à l'ordre public pénal de protection¹²⁸¹ pourrait alors être affiné et traduire le passage d'un ordre public pénal de direction familiale à un ordre public pénal de protection individuelle, pouvant parfois s'apparenter à un « ordre public conjugal »¹²⁸² de droit pénal. Si le droit pénal de la famille existe, il convient désormais de s'orienter vers un droit pénal de la personne inscrite dans un lien de famille, ayant l'individu familial pour sujet d'action. Le constat, qui est finalement celui d'un « droit de la famille "happé" par le droit pénal »¹²⁸³, invite à s'interroger plus largement sur l'interaction des différentes branches du droit. Si le morcellement des disciplines confine bien souvent à l'incohérence, encore est-il nécessaire de s'interroger sur le prix du décloisonnement. Le pessimisme qui entoure cette réflexion peut néanmoins être nuancé quand les règles répressives servent parfois la cohérence du droit familial. L'instabilité du système aboutit en définitive à l'émergence d'un ensemble vivant qui mérite certainement d'être clarifié mais qui conserve un pouvoir évolutif et fait preuve d'une grande

¹²⁷⁷ Sur le risque de confusion des normes, v. Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Ch. MOULY*, T. 1, Litec, 1998, p. 281. L'auteur dénonce un risque d'interférence normative si la rupture entre les concepts mobilisés par les matières s'avère trop brutale.

¹²⁷⁸ *Ibid.* L'auteur constate un renversement des priorités du fait que « les droits de la personne, les intérêts privés prévalent aujourd'hui sur l'intérêt général et les préoccupations collectives ».

¹²⁷⁹ V. en ce sens les développements de Ph. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », *art. préc.*

¹²⁸⁰ Ce constat, effectué par M. AZAVANT, « Regard civiliste (...) », *art. préc.*, était déjà celui de P. COUVRAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*

¹²⁸¹ V. Ph. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », *art. préc.*

¹²⁸² L'expression est utilisée par X. LABBÉE, « Le ministre et les violences dans le couple », *D.*, 2009, p. 2814, qui propose la reconstruction d'un ordre public conjugal qui passerait par l'éducation conjugale et familiale et par une exacerbation du devoir de respect mutuel qui existe au sein de la famille et de la société.

¹²⁸³ M. AZAVANT, « Regard civiliste (...) », *art. préc.* L'auteur décrit un « droit du mariage instrumentalisé par les objectifs de protection du droit pénal » répondant à un « droit matrimonial auquel l'importation des techniques pénales confère une tournure policière » et analyse un « droit pénal qui opère une réception déformante des modèles civils sur lesquels il faut prévaloir son ordre public de protection des droits fondamentaux ».

adaptabilité. Les difficultés que provoque l'application des sanctions pénales en ce domaine répondent certainement à l'essoufflement des sanctions des obligations personnelles, qui caractérise le droit de la famille contemporain. Ce dernier suit un mouvement récent de mutation de l'ordre public matrimonial et se tourne identiquement vers une sanction plus protectrice de l'individu que de l'institution matrimoniale¹²⁸⁴. L'étude de la sphère personnelle du lien familial conjugal révèle en définitive une protection pénale non seulement égalitaire et subsidiaire, mais encore différenciée. L'abandon de la protection du caractère exclusif de ce lien répond en effet à la protection renforcée du consentement à la création de ce lien. Cette dernière est davantage tournée vers l'individu que vers la protection de l'institution et manifeste un désintéret répressif global pour la protection des relations familiales et des droits et obligations qu'elles comportent. La sphère patrimoniale du lien conjugal s'ancre en effet également dans ce mouvement et ne résiste pas à l'analyse du désintéret. Son examen approfondi s'éloigne cependant du constat de la différenciation et démontre davantage une protection pénale incertaine de la sphère économique du lien conjugal.

§2. Une protection pénale incertaine de la sphère patrimoniale du lien conjugal

384. - Les obligations matrimoniales économiques peuvent être regardées comme celles qui concernent l'assistance économique et les rapports patrimoniaux qu'entretiennent les époux, notamment à l'égard de la gestion pécuniaire du foyer. À l'instar des obligations d'ordre personnel, elles sont donc propres au cercle restreint des relations conjugales et se rapportent généralement aux obligations matérielles qui régissent les rapports financiers des époux. Le statut conjugal personnel inclut plus précisément les devoirs mutuels de secours ou d'assistance matérielle¹²⁸⁵, de contribution aux charges du mariage¹²⁸⁶ et obligent à la solidarité ménagère concernant les dépenses de la vie courante¹²⁸⁷. L'existence de droits et

¹²⁸⁴ V., pour une analyse détaillée de ce mouvement, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, *op. cit.*, n° 55, p. 62.

¹²⁸⁵ V. en ce sens C. civ., art. 212 : « [l]es époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».

¹²⁸⁶ V., pour l'existence de cette obligation au sein du régime patrimonial primaire ayant pour objet la sauvegarde des intérêts de la famille, C. civ., art. 214 : « [s]i les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile ».

¹²⁸⁷ V. également, pour l'existence de cette obligation au sein du régime patrimonial primaire se situant plutôt du côté de la liberté des époux, C. civ., art. 220 : « [c]hacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement. La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux

obligations matériels d'ordre patrimonial au sein des relations conjugales se comprend aisément à propos du droit familial qui a pour dessein de régler les rapports de famille. L'évidence est cependant bien moins claire en ce qui concerne leur appréhension pénale. La bonne exécution des liens unissant personnellement les époux et des droits et obligations régissant les rapports matrimoniaux semble, à première vue, entrer dans le domaine réservé du droit familial et s'exclure conséquemment de toute intervention répressive. Si ce retrait est moins évident en ce qui concerne la gestion des obligations familiales personnelles, dont la violation peut indirectement porter atteinte à l'individu, elle semble tout à fait compréhensible à propos d'un régime obligationnel qui a uniquement trait au patrimoine des membres du couple. Nonobstant l'évidence qui peut émaner de cette exclusion, il semble que le droit répressif intervienne également dans la gestion des conflits familiaux patrimoniaux. Si le respect de l'intégrité physique ou psychique de l'individu ne guide pas l'intervention du droit répressif, cette dernière n'est pas pour autant tournée vers la préservation de l'institution familiale. Cela serait en outre paradoxal si elle avait lieu à l'égard de la sphère patrimoniale du lien conjugal quand elle n'existe pas à propos de sa sphère personnelle. La véritable cause de l'encadrement répressif des obligations conjugales patrimoniales réside donc ailleurs et peut notamment se matérialiser à travers le respect qu'il convient d'accorder aux décisions de justice encadrant l'exécution de ces obligations. Si le droit civil place les différents devoirs composant la sphère économique du lien conjugal sur un pied d'égalité, il semble que le droit répressif diffère dans le degré de l'intérêt qu'il leur octroie. En effet, l'analyse de la protection pénale du lien de couple patrimonial démontre, à propos de la famille, que « la vocation alimentaire et la vocation successorale ne sont pas identiquement prises en compte par le droit pénal »¹²⁸⁸. La contradiction qui caractérisait l'appréhension répressive de la sphère personnelle du lien de couple conjugal ne se retrouve pas à propos de sa sphère économique. Le droit pénal démontre en effet un désintérêt certain pour l'ensemble de cette dernière. Si cette indifférence englobe l'ensemble de la prise en compte des obligations conjugales patrimoniales, elle se manifeste cependant plus ou moins intensément selon le domaine spécifiquement concerné : l'étroitesse de la protection pénale de la vocation alimentaire de la famille répond à la fiction qui caractérise la protection de sa vocation successorale. Le droit répressif protège alors la vocation alimentaire de la famille de façon limitée (A) quand il se désintéresse en réalité de l'assise de sa vocation successorale et fait preuve à son égard d'une protection illusoire (B).

besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ».

¹²⁸⁸ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 53, p. 84.

A. La protection pénale limitée de la vocation alimentaire de la famille

385. - Le devoir alimentaire ne se rattache pas à l'appartenance générale au groupe familial. La vocation alimentaire qui lie deux personnes provient en effet de l'existence d'un rapport juridique spécifique entre son débiteur et son créancier. Dans le domaine familial, seuls les liens de parenté et d'alliance sont spécifiquement reconnus comme créateurs d'obligations alimentaires. La vocation légitime aux aliments ne s'étend cependant pas à l'ensemble de ces liens : si le lien de parenté n'emporte des obligations qu'entre ascendant et descendant, le lien d'alliance restreint cette dernière aux relations entre époux et aux ascendants directs. L'étude de la protection pénale du lien de famille conjugal mène dès lors à ne considérer que la vocation alimentaire qui existe entre les époux. Cette dernière, qui est longtemps restée dans l'ombre du droit répressif¹²⁸⁹, « constitue l'une des manifestations les plus indispensables du lien matrimonial »¹²⁹⁰. Elle se formalise par une obligation générale d'entraide, qui se concrétise le plus souvent en nature en présence d'une relation conjugale pacifique, au sein de laquelle les époux contribuent mutuellement aux charges et aux dettes du ménage. Elle prend à l'inverse une dimension pécuniaire en temps de crise et devient une créance d'aliments qui s'assimile davantage à l'esprit contenu dans l'obligation de secours. Si le droit pénal reste à distance de la vocation alimentaire pacifique de la famille, qui ne nécessite pas son intervention, il encadre la protection de la vocation alimentaire conflictuelle de la famille par des incriminations particulières. Ces dernières interviennent donc dans une dynamique de complémentarité¹²⁹¹, en marge des sanctions civiles imposées par le droit de la famille. Leur existence peut en ce sens révéler le caractère autonome du droit pénal qui décide d'intervenir pour sanctionner la violation d'obligations familiales qu'il appréhende selon ses propres conceptions. À cet effet, le droit répressif, qui a pendant longtemps sanctionné l'abandon moral et matériel de famille, se tourne désormais uniquement vers la répression de la portée matérielle de ce délit¹²⁹². Issue d'une genèse répressive tumultueuse (I), l'incrimination

¹²⁸⁹ M.-H. RENAUT, « Le délit d'abandon de famille ou le droit pénal, bras armé du droit civil », in *Mélanges en l'honneur d'A. LE BAYON, Regards croisés sur les droits de la famille et du patrimoine*, L'Harmattan, 2005, p. 63 et spéc. p. 68. V., pour les raisons de cette exclusion, P.-É. TROUSSE, « Les sanctions pénales du droit de la famille », in *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Journées juridiques J. DABIN, Bruylant/L.G.D.J., 1978, p. 638.

¹²⁹⁰ V. en ce sens les développements de G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, op. cit., n° 95, pp. 97-98.

¹²⁹¹ J. COPPER-ROYER, « Abandon de famille et récession », *Gaz. Pal.*, 1994, 1, p. 296. L'auteur considère en effet que les voies d'exécution ne permettent pas une sanction réelle du débiteur d'aliment et que « les sanctions civiles et pénales sont donc complémentaires, le droit pénal venant régulièrement à l'aide du droit civil afin d'assurer le respect des normes fondamentales posées par le législateur familial ». Le praticien fait par ailleurs état des incohérences qui peuvent parfois survenir entre les règles du droit familial et celles du droit répressif et met l'accent sur les vicissitudes que peut emporter la pénalisation de l'abandon de famille, au sein de laquelle il serait parfois plus judicieux de consacrer le principe selon lequel « le civil tient le criminel en l'état ».

¹²⁹² Cette restriction a permis à J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, Cujas, 6^e éd., 2014, n° 569, p. 380, d'affirmer que « l'abandon de famille se présente aujourd'hui bien moins comme une affaire de cœur que comme une affaire d'argent ».

d'abandon de famille présente au surplus des fondements incertains (2), qui mènent à s'interroger sur la légitimité de son existence (3).

1. La genèse tumultueuse de la protection pénale de la vocation alimentaire de la famille

386. - La gestion des rapports pécuniaires de famille est pendant longtemps restée réservée au droit familial. La violation des obligations familiales propres aux relations privées des individus était logiquement encadrée par des sanctions civiles et la sphère économique du lien conjugal était exclue du domaine pénal. Partant, « c'est à la famille, en tant que cellule sociale élémentaire, que le droit pénal a longtemps confié la défense de certaines valeurs sociales considérées comme fondamentales »¹²⁹³. L'abandon, qui peut se définir comme un délaissement de la personne pouvant « être reproché à celui qui est tenu d'un devoir, juridique ou moral, d'assistance envers la personne abandonnée »¹²⁹⁴, n'a pas toujours été sanctionné par le droit répressif. Par conséquent, le rétablissement de la faculté de divorce a cependant mené à l'augmentation drastique des contentieux familiaux et la famille a vu poindre des difficultés pécuniaires importantes. Ces dernières ont en outre été exacerbées par l'émergence de la dispersion affective et géographique des familles, qui a favorisé l'irrespect des obligations familiales alimentaires. Si l'évolution des mœurs et la libéralisation des unions a parfois pu conduire le droit pénal à se retirer de la gestion des rapports conjugaux, elle a, dans le même temps, abouti à une fragilisation des unions et a favorisé l'apparition de conflits nécessitant un encadrement pénal spécifique et la création de nouvelles incriminations, si bien que « l'ampleur du phénomène et l'éminence de l'intérêt en cause ont contraint le législateur à intervenir, pour protéger ces mineurs victimes d'atteintes d'autant plus préoccupantes qu'elles émanent de leurs parents qui sont, naturellement et juridiquement, destinés à veiller à leur harmonieux développement »¹²⁹⁵. La famille en crise ne pouvait dès lors plus se contenter de la seule gestion civile de ses conflits pécuniaires et l'arsenal répressif est venu contribuer à leur bonne administration. Si la vie et la santé des membres de la famille étaient depuis longtemps protégées par le droit pénal, notamment par l'intermédiaire des infractions de privation de soin, de délaissement ou d'exposition d'enfant, les obligations pécuniaires de famille sont longtemps restées hors du champ de la répression. L'abandon matériel n'était

¹²⁹³ G. LEVASSEUR, « Les transformations du droit pénal concernant la vie familiale », in *Les réformes du droit de la famille*, *Arch. phil. dr.*, 1975, T. 20, p. 60. L'auteur précise que le droit pénal a dès lors tendu à renforcer l'autorité parentale en même temps qu'il a multiplié et sanctionné les devoirs familiaux. Si le droit répressif a su s'adapter à l'évolution sociale et abandonner la protection devenue inadaptée de certains devoirs, il est alors possible d'affirmer paradoxalement que l'encadrement répressif de l'irrespect des obligations civiles sert indirectement la gestion familiale des valeurs fondamentales.

¹²⁹⁴ A. GOUTTENOIRE, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ famille*, 2002, p. 244.

¹²⁹⁵ L. COLLET-ASKRI, « La protection pénale de l'enfant victime des conflits entre ses parents divorcés », *RDSS*, 2000, n° 2, p. 285.

d'ailleurs originellement réprimé que lorsqu'il se produisait en présence d'un enfant et révélait la protection du devoir de cohabitation¹²⁹⁶. La loi du 7 février 1924¹²⁹⁷ est alors intervenue pour réprimer le délit d'abandon de famille. Par cette réforme¹²⁹⁸, « le législateur va élargir le champ d'intervention du droit pénal dans le domaine civil de la famille »¹²⁹⁹ et apporter un soutien répressif à la sanction de la violation des obligations pécuniaires de famille. À travers l'appréhension répressive de l'inexécution de l'obligation alimentaire, la sanction pénale devient « le bras armé du droit civil »¹³⁰⁰. Le comportement pris en compte par le droit répressif, dont le caractère punissable supposait la constatation pendant plus de trois mois du défaut de fourniture d'aliments prévu par une décision de justice, se cantonnait dès lors au domaine pécuniaire et excluait de ce fait la répression du versant moral de l'infraction. Partant, « la conception pénale de l'abandon de famille était donc très particulière et très étroite »¹³⁰¹. La restriction de son domaine, couplée au caractère dissuasif de sanctions pourtant jugées insuffisantes à prévenir ce comportement¹³⁰², a eu pour conséquence une rapide réforme des dispositions gouvernant cette infraction.

387. - La première révision du délit d'abandon de famille a été opérée à travers la réforme du 23 juillet 1942¹³⁰³ qui a procédé dans le même temps à un accroissement des sanctions pénales et à une réduction du délai de l'abstention condamnable¹³⁰⁴ pour le délit d'abandon pécuniaire de famille. L'incrimination de l'abandon de famille apparaît à première vue comme « le point de départ d'une législation qui manifeste dans l'évolution moderne une

¹²⁹⁶ V. C. pén., art. 357-1 (ancien).

¹²⁹⁷ L. du 7 février 1924 réprimant le délit d'abandon de famille, *JORF* du 10 février 1924, p. 1435, modifiée par L. du 3 avril 1928, *JORF* du 4 avril 1928, p. 3870.

¹²⁹⁸ Qui n'est pas sans lien avec la célèbre maxime de LOYSEL qui considère que « qui fait l'enfant doit le nourrir ». V. A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, Éd. Dupin et Laboulaye, 1846 (réimpression Genève 1971).

¹²⁹⁹ M.-H. RENAULT, « Le droit pénal au secours du droit civil ou l'article 227-3 du Code pénal à l'épreuve de la pratique », *Rev. pénit.*, 2002, n° 3, p. 521.

¹³⁰⁰ *Ibid.* L'auteur précise que « le droit pénal se trouve investi d'une mission nouvelle, assurer l'efficacité du droit civil » et que l'abandon de famille peut de ce fait être considéré comme un « substitut énergétique aux voies d'exécution civiles ».

¹³⁰¹ M. NAST, « Commentaire de la loi du 23.07.42 relative à l'abandon de famille », *DC*, 1943. L'auteur relève en effet que cette loi « ne réprimait pas le fait d'abandonner matériellement sa famille, de quitter foyer familial ou de se soustraire aux obligations mais seulement celui de ne pas exécuter une décision de justice condamnant à une obligation alimentaire légale pendant trois mois ».

¹³⁰² Le comportement était puni d'un emprisonnement de trois mois à un an ou d'une amende de 100 à 2 000 francs.

¹³⁰³ L. n° 676 du 23 juillet 1942 relative à la répression de l'abandon de famille.

¹³⁰⁴ Si la peine principale d'emprisonnement n'est pas modifiée, la peine contraventionnelle encourue passe de 1 000 à 20 000 francs au lieu des 100 à 2 000 francs antérieurement prévus. Si la répression est globalement plus sévère, il n'est pas certain que la seule augmentation de la peine d'amende suffise à asseoir le caractère dissuasif de la sanction. L'incrimination est cependant restreinte dans ses conditions constitutives puisque le délai d'abstention est réduit de trois à deux mois. La culpabilité de celui qui abandonne sans motif grave devient en outre présumée.

prise de conscience élargie des devoirs familiaux »¹³⁰⁵. Cette infraction est donc maintenue dans son essence et consiste toujours à s'abstenir, pendant un certain temps, de fournir des aliments à une personne dans le besoin envers qui le créancier est tenu d'une obligation alimentaire légale. L'atteinte à l'institution familiale découle en ce sens directement du caractère obligatoire et exécutoire de la créance d'aliments. En même temps qu'elle renforce le délit d'abandon pécuniaire, cette réforme réprime de façon innovante l'abandon de foyer, matériel ou moral, commis par le parent. Le défaut effectif de fourniture d'aliments n'était donc plus nécessaire pour emporter la répression et ce dernier comportement, qui inclut un aspect matériel, peut tout aussi bien revêtir une dimension morale quand il se produit à l'égard des enfants¹³⁰⁶. Si l'abandon pécuniaire peut se commettre par un conjoint, ascendant ou descendant, celui du foyer familial ne peut être que le fait d'un parent et restreint dès lors son champ d'application au foyer parental. Par ailleurs, le versant probatoire de la réforme est novateur puisque cette dernière instaure une disposition qui présume le caractère volontaire du défaut de paiement jusqu'à preuve du contraire. Dans le cadre de cette présomption simple, qui inverse la charge de la preuve, il appartiendra au défendeur de prouver le caractère involontaire de son comportement. Les règles de compétences sont également désormais plus favorables au demandeur, puisque le litige se règle selon le lieu du domicile ou de la résidence du créancier de l'obligation. La réforme manifeste en outre une dualité d'objet. Elle sanctionne cet agissement par la déchéance de l'autorité parentale et facilite l'attribution de la puissance paternelle à la mère¹³⁰⁷. La mise sur un pied d'égalité des abandons de foyer, pécuniaire ou moral, révèle une prise en compte généralisée du devoir familial ainsi que l'importance sociologique accordée aux conséquences de sa déficience quand elles sont susceptibles de porter atteinte à la dignité familiale. L'abandon de la résidence familiale pendant plus de deux mois peut correspondre à une soustraction matérielle ou morale à ses obligations, étant précisé que le droit répressif assimilait l'abandon de la femme enceinte¹³⁰⁸

¹³⁰⁵ M.-H. RENAULT, « Le droit pénal au secours du droit civil (...) », *art. préc.*

¹³⁰⁶ Le conjoint et les ascendants ne pouvaient dès lors pas être victimes de cette infraction. V. les explications de P. ESMEIN, « L'abandon de famille - Commentaire de la loi du 23.07.42 », *JCP G*, 1942, I, p. 297. L'auteur considère que l'évitement de l'arbitraire qui est avancé comme fondement à l'absence partielle de pénalisation de l'abandon de foyer n'est pas un critère satisfaisant et que la véritable raison réside dans le fait que le législateur « n'a pas osé réprimer l'abandon d'un foyer sans enfants parce que c'est un fait socialement moins grave et même vu, dans les mœurs, avec une certaine indulgence ». Le droit pénal marquait alors déjà un intérêt prioritaire pour la protection de la personne de l'enfant et agissait en conformité avec l'adaptation sociale dont il doit faire preuve. La personne du conjoint n'est en outre pas laissée hors du champ répressif, puisqu'elle se trouve protégée à travers l'infraction d'abandon pécuniaire de famille.

¹³⁰⁷ Elle instaure dès lors une suppléance de plein droit dans toutes les prérogatives de la puissance paternelle en l'absence de décision judiciaire contraire. La présence de ces dispositions peut cependant étonner quand elles auraient trouvé bien plus de cohérence au sein de la loi du 22 septembre 1942 concernant les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux.

¹³⁰⁸ Cette disposition a d'ailleurs donné lieu à la juste remarque de G. LEVASSEUR, « Les transformations du droit pénal concernant la vie familiale », *art. préc.*, spéc. p. 63, qui considère que « ce n'est pas tant le sort de la femme qui préoccupe le législateur que celui de l'enfant ». Dans cette perspective, le droit pénal utilise alors l'institution familiale pour protéger indirectement la personne de l'enfant à naître.

et la privation de soins à cette dernière catégorie. Lorsqu'il se perpétrait seulement entre époux, l'abandon n'était cependant pas réprimé et laissé à la compétence du droit familial. Une telle incrimination a en effet été jugée trop arbitraire et était empreinte d'une dangerosité sociale inférieure à celle qui se perpétrait en présence d'un enfant. La présente analyse mène alors encore une fois à penser que, déjà en ce temps, l'intérêt de l'enfant en tant qu'individu primait sur la préservation de l'institution matrimoniale chaque fois que sa santé, sa sécurité ou sa moralité était compromise. Le caractère privé du délit, qui ne pouvait originellement être poursuivi que dans le cas d'une plainte de l'époux victime lorsque les époux étaient toujours unis par un lien conjugal, pouvait en outre révéler la réserve du droit pénal à intervenir dans le règlement des conflits familiaux¹³⁰⁹. Le droit répressif s'est cependant émancipé de la nécessité préalable de la plainte, qui n'est désormais plus exigée¹³¹⁰. Cette libéralisation de l'action répressive peut alors révéler l'intérêt général en tant que valeur sociale prioritairement protégée par la répression de l'abandon de famille. En prenant en compte les versants objectif et subjectif de ce comportement, le droit répressif adopte dès lors une vision plus large et plus appropriée au sens commun de la notion d'abandon, qui peut parfois aboutir à des séquelles psychologiques bien plus importantes que les dommages matériels qu'il cause. L'harmonie qui caractérise les différents types d'abandon de famille s'est par la suite concrétisée au sujet de la considération égalitaire pour les différents types de filiations qui peuvent unir les victimes à leurs auteurs.

388. - La loi du 9 juillet 1970¹³¹¹ est venue réformer la définition de l'abandon de famille en ce sens et a une nouvelle fois modifié les sanctions pénales encourues¹³¹². En alignant le sort répressif de l'inexécution de l'obligation alimentaire due à un enfant adultérin sur celui jusqu'alors réservée aux seuls enfants légitimes, alors que le droit de la famille n'avait pas encore procédé à l'alignement des différentes filiations, le droit pénal, qui « sanctionnait le non-paiement d'une pension alors qu'il n'y avait aucune famille »¹³¹³, s'émancipe du lien

¹³⁰⁹ V. à ce titre les remarques de P. ESMEIN, « L'abandon de famille (...) », *art. préc.*, qui considère que « le législateur a estimé que l'entrée en jeu du droit pénal peut aggraver un dissentiment entre les époux, cause de l'abandon, et que le conjoint est le meilleur juge de l'opportunité des moyens répressifs pour ramener le délinquant à l'exécution de ses devoirs ». Il convient cependant de noter que la plainte préalable de la victime n'était nécessaire à la mise en œuvre de l'action publique que si les parents étaient encore mariés.

¹³¹⁰ La mise en mouvement de l'action publique peut désormais être exercée d'office. V. en ce sens les observations de G. LEVASSEUR, *RSC*, 1976, p. 974, au sujet de la décision *Cass. crim.*, 29 avril 1976, *Bull. crim.*, n° 132, qui considère que le retrait de la plainte est sans effet sur la continuation du procès pénal puisque cette dernière ne constitue pas une exigence préalable à la poursuite pénale.

¹³¹¹ L. n° 70-595 du 9 juillet 1970 modifiant l'art. 357-2, al. 1^{er} du code pénal, *JORF* du 10 juillet 1970, p. 6461.

¹³¹² La réforme instaure une peine d'emprisonnement de 3 mois à 1 an et une amende de 300 francs à 6 000 francs dans le cas d'une absence de versement de la pension alimentaire pendant plus de deux mois.

¹³¹³ J. HAUSER, « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille », *JCP G*, 1974, I, p. 2617. L'auteur fait état à ce sujet de la « première brèche sérieuse au principe selon lequel l'article 357-2 du code pénal sanctionne un abandon de famille ». L'auteur relève à ce titre que « pendant deux années l'infraction d'abandon de famille s'est trouvée applicable à une hypothèse où légalement il n'y avait pas de famille ».

juridique de filiation. Cet affranchissement témoigne une nouvelle fois du caractère autonome du droit répressif, qui s'éloigne librement de la définition civile de la famille. Lorsqu'il a pour victime un enfant adultérin, l'abandon de famille se rapproche dès lors davantage d'un abandon parental ou de descendance. La grande réforme du droit de la filiation du 3 janvier 1972¹³¹⁴ vient parfaire ce mouvement en modifiant une nouvelle fois la rédaction de l'article consacré à l'abandon de famille. Elle précise que le domaine infractionnel recouvert par ce comportement s'applique aux décisions de condamnation qui prévoient notamment la nouvelle action aux fins de subsides, qui contient l'absence de filiation juridiquement établie comme condition de mise en œuvre. Si le délit a donc retrouvé son fondement familial au regard du lien juridique de filiation, il s'émancipe une nouvelle fois de la famille à travers cette nouvelle possibilité. Partant, la *famille pénale* prise en considération au titre de l'abandon de famille ne semble pas plus fondée sur la nature du lien de filiation que sur son existence¹³¹⁵. Si le comportement infractionnel d'abandon de famille n'apparaît plus réellement comme un délit contre la famille, il devient alors légitime de s'interroger sur la place qu'il occupe réellement au sein de l'arsenal répressif et de mettre en cause l'incertitude de ses fondements.

2. L'incertitude des fondements de l'incrimination d'abandon de famille

389. - L'abstention constituée par les abandons pécuniaire, matériel ou moral de famille classiquement appréhendés par le droit répressif semble à première vue entrer dans la catégorie des infractions familiales. Elles se commettent en effet directement contre le lien conjugal, actuel ou défait, ou contre le lien de filiation, par l'intermédiaire de la violation des obligations statutaires que ces liens comportent, et portent de ce fait directement atteinte à l'institution familiale. L'acceptation personnelle de l'infraction, qui met en exergue les protagonistes bénéficiaires de la créance alimentaire, invite alors à relever un fondement familial marqué. L'infraction peut dans le même temps manifester une origine alimentaire si la priorité est donnée au caractère de la créance dont la violation est concernée. Cette dernière revêt en effet un statut particulier et ne constitue pas une créance ordinaire, puisqu'elle porte sur les aliments par essence nécessaires à la personne. Dès lors, il est « compréhensible que le droit pénal vienne au secours d'une créance aussi essentielle »¹³¹⁶. Le caractère essentiel de

¹³¹⁴ L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF* n° 0003 du 5 janvier 1972, p. 145.

¹³¹⁵ Sur la prise en compte de l'abandon de famille au titre de la protection pénale des obligations issues de la verticalité ascendante, v. *infra*, n° 466.

¹³¹⁶ J. HAUSER, « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille », *art. préc.* L'auteur fait notamment référence à un délit « d'abstention d'aliments ». V. dans la même idée les propos de R. VOUIN, *Droit pénal spécial. Les infractions contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique*, T. 1, Dalloz, 3^e éd., 1971, p. 327, qui fait état d'un délit « d'abandon alimentaire ».

l'obligation qui est violée légitimerait en ce sens l'intervention répressive. Cette dernière se justifierait alors chaque fois qu'il existe un danger pour l'individu inscrit dans une créance essentielle à la protection de son intégrité. Si l'analyse s'éloigne de l'appartenance familiale de l'individu ou du caractère particulier de la créance issue d'une obligation familiale, il est en dernier lieu possible de s'intéresser au fondement judiciaire de cette infraction¹³¹⁷. L'ignorance affichée envers la décision de justice émerge en effet comme le fondement prioritaire de l'incrimination (a) mais l'incertitude qui entoure les origines de l'abandon de famille subsiste et provient de la complexité qui entoure sa constitution (b).

a. Le fondement principalement judiciaire de l'abandon de famille

390. - L'absence de considération pour la décision judiciaire, qui revêt un caractère obligatoire pour chaque individu vivant en société, justifierait en effet l'intervention répressive puisqu'« il s'agit moins ici de l'inexécution d'une obligation alimentaire familiale que du mépris d'une décision de justice »¹³¹⁸. Dans cette acception, l'autorité de la chose jugée existe alors comme une valeur sociale fondamentale bien plus digne de protection pénale que la seule obligation alimentaire issue d'un lien familial. La jurisprudence de la chambre criminelle semble ici rejoindre la doctrine en ce qu'elle « attache la consommation du délit à l'inexécution de la décision imposant l'obligation alimentaire plutôt qu'à l'inexécution de cette même obligation »¹³¹⁹. Le réel objet de l'intervention pénale résiderait

¹³¹⁷ Pour la mise en lumière de ce triple fondement v. not. J. HAUSER, « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille », *art. préc.* L'auteur met en exergue la controverse théorique qui oppose la doctrine quant à la nature familiale, alimentaire ou judiciaire de l'infraction d'abandon de famille.

¹³¹⁸ G. LEVASSEUR, « Les transformations du droit pénal concernant la vie familiale », *art. préc.*, spéc. p. 67. L'argument gagne au surplus en pertinence, car les créances alimentaires volontaires sont exclues du champ d'application de l'infraction. L'auteur met en exergue le fait que le caractère familial de la créance n'est plus un critère opérant puisque l'action à fins de subsides peut exister sans famille et que cette exclusion est dès lors forcément justifiée par le caractère volontaire de la créance qui s'oppose au caractère obligatoire de la décision de justice. Ce raisonnement par la négative appelle alors à considérer l'assise de cette dernière comme le fondement principal de l'incrimination. L'opinion semble désormais partagée par la majorité de la doctrine. V. not. A. VITU, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 2063 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 574 et s., pp. 382 et s. ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Armand Colin, coll. « U », 14^e éd., 2012, n° 325, p. 239 et Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 4^e éd., 2013, n° 688, p. 465.

¹³¹⁹ D. REBUT, « L'unique nature de l'abandon de famille – De l'atteinte à la famille à l'atteinte à la justice : vers un déplacement de l'objet du délit », comm. sous *Cass. crim.*, 2 mars 1998, *Bull. crim.*, n° 78, *Dr. fam.*, 1999, chron. 1, p. 4. L'arrêt commenté considère que si « le délit d'abandon de famille est constitué dès lors que le débiteur s'abstient de fournir pendant plus de deux mois l'intégralité des subsides mis à sa charge par une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée », « tout événement ultérieur modifiant les rapports de famille ou ayant une incidence directe, fût-ce avec effet rétroactif, sur l'existence de l'obligation alimentaire, ou sur l'étendue de celle-ci, laisse subsister l'infraction ». L'auteur relève dès lors que cette décision « achève en quelque sorte de déplacer l'objet du délit d'atteinte à la famille à l'atteinte à la justice ». L'objet réel de l'infraction semble en effet se situer uniquement du côté de l'irrespect d'une décision judiciaire exécutoire au moment de son prononcé, quand bien même le fondement (familial) de cette décision serait par la suite remis en cause. V., pour une confirmation de cette jurisprudence, *Cass. crim.*, 20 février 2002, inédit, 01-84.527 : *D.*, 2003, n° 3, p. 171, note S. MIRABAIL, qui admet le même raisonnement en l'absence du caractère mensonger de

finalement dans la répression de l'abstention qui consiste pour son auteur à ne pas exécuter sciemment une créance alimentaire judiciairement reconnue à l'égard d'un membre de sa famille. L'ingérence du droit répressif dans les affaires pécuniaires de famille existerait alors uniquement en présence d'une décision de justice. Le caractère alimentaire de la créance issue du non-respect de l'obligation familiale servirait de telle sorte l'impératif général de bonne exécution des décisions de justice. Cette abstention judiciaire serait dès lors réprimée à travers le délit d'abandon judiciaire de famille. Les obligations familiales existent finalement à distance du délit d'abandon de famille, qui prend le visage d'une infraction à dimension familiale qui révèle l'intérêt répressif pour la bonne application des décisions de justice. La répression atteint toute sa pertinence quand elle concerne une créance alimentaire¹³²⁰ et touche la vocation familiale indemnitaire destinée à la survivance d'un individu¹³²¹. Si, considérés isolément, certains fondements peinent à convaincre, il semble que cette infraction atteigne sa cohérence au sein d'une analyse globalisée. Infraction originelle contre la famille¹³²², le délit d'abandon de famille serait alors devenu une infraction actuelle contre la justice¹³²³. Cette inversion des fondements est particulièrement intéressante, puisqu'elle révèle le caractère versatile et interchangeable des causes de l'action répressive à mesure de l'évolution sociale. Ce qui constitue un temps un simple moyen permettant la constitution de l'infraction peut en effet devenir la fin principale de cette dernière. La promotion de l'atteinte à la décision de justice comme valeur sociale prioritairement protégée n'emporte cependant pas nécessairement la destitution de la valeur familiale quand elle protège toujours dans le

la déclaration fondatrice de l'obligation et confirme la portée générale de cette solution. V. enfin, pour une analyse similaire, le commentaire de J. HAUSER, « Un instantané familial en droit pénal ? L'abandon de famille survit à la dette », *RTD Civ.*, 2008, p. 669, à propos de la décision *Cass. crim.*, 4 juin 2008, inédit, n° 07-87.697.

¹³²⁰ V. dans le même sens les propos de J. HAUSER, « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille », *art. préc.* L'auteur considère que « le caractère familial ou alimentaire justifie en l'espèce l'intervention du juge pénal dans un domaine normalement civil », mais qu'il « ne serait qu'un fondement secondaire ».

¹³²¹ Le caractère alimentaire de la créance est présumé et la créance exclusivement indemnitaire qui ne comporte pas de caractère alimentaire est cependant exclue du domaine de l'abandon de famille. La prise en compte de l'action à fins de subsides a dès lors été très controversée dans la mesure où ces dernières ne constituent pas en tant que telle une créance familiale alimentaire mais où elles bénéficient finalement à l'enfant. V., pour plus de précisions, les développements de G. LEVASSEUR, « Les transformations du droit pénal concernant la vie familiale », *art. préc.*, spéc. p. 67.

¹³²² V. pour la confirmation de cette idée les propos de D. REBUT, « L'unique nature de l'abandon de famille – De l'atteinte à la famille à l'atteinte à la justice : vers un déplacement de l'objet du délit », *art. préc.*, qui considère que lors de la création de cette infraction, le lien entre la commission du délit et l'inexécution de la décision justice était strictement utilitaire, car cette dernière était employée comme un moyen pour établir la certitude de l'abandon qui était difficilement contestable à l'égard des seuls faits matériels. Partant, il affirme que « l'atteinte à une décision de justice était donc un effet mécanique du lien fonctionnel entre les faits d'abandon et l'inexécution d'une obligation judiciairement sanctionnée ».

¹³²³ V. en ce sens les conclusions de J. HAUSER, « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille », *art. préc.*, qui considère que « de deux conditions jadis réputées nécessaires et suffisantes pour l'application de l'infraction d'abandon pécuniaire, l'une est toujours nécessaire (encore que discutée) mais non suffisante, c'est le caractère alimentaire de la dette, l'autre n'est plus ni nécessaire ni suffisante, c'est le caractère familial du fondement de la dette ». Le caractère exécutoire de la décision judiciaire a finalement pris le pas sur le caractère familial de l'obligation violée pour fonder ce délit.

même temps l'atteinte à la famille. À partir du moment où cette dernière est devenue un critère optionnel de consommation du comportement, l'infraction, désormais objectivée, s'est malgré tout émancipée de toute atteinte à la famille et ne se comprend plus que par la protection de l'autorité des décisions judiciaires. Le droit pénal prend de ce fait en compte un lien familial temporaire, potentiellement provisoire, et se désintéresse de l'évolution des rapports familiaux, qui peut parfois mener à la disparition rétroactive de la famille, tant que la décision de justice n'est pas exécutée. Il est juste d'affirmer qu'« il faut se placer au moment où les faits reprochés à l'agent ont été accomplis par lui pour vérifier s'ils sont constitutifs d'une infraction pénale »¹³²⁴ afin de justifier l'indifférence répressive pour le sort de la décision qui a fondé la condamnation¹³²⁵. L'argument peut néanmoins être inversé quand l'effacement rétroactif de la famille fait disparaître le caractère familial de l'obligation qui a donné lieu à la condamnation dont l'inexécution n'aurait par conséquent pas dû être réprimée. Dans cette configuration, l'incrimination est « de moins en moins familiale puisqu'elle peut jouer en l'absence de tous liens familiaux actuels et véritables »¹³²⁶. L'abandon de famille s'émancipe en ce sens de l'obligation familiale qui était jusqu'alors une condition nécessaire et préalable à son existence et devient finalement un délit contre l'éventualité de la famille ou contre la famille annulée¹³²⁷. Partant, l'abandon de famille, désormais dénaturé¹³²⁸ et susceptible de se consommer en l'absence de famille¹³²⁹, ne serait « qu'une infraction

¹³²⁴ M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976, n° 63, p. 242.

¹³²⁵ Cette désaffection se justifie également au regard du caractère essentiel de l'obligation alimentaire qui doit par définition être exécutée dans l'urgence.

¹³²⁶ M.-H. RENAUT, « Le droit pénal au secours du droit civil (...) », *art. préc.*, spéc. p. 524.

¹³²⁷ Le caractère rétroactif de sa disparition peut cependant mener à nuancer le raisonnement. Bien que la conséquence juridique soit identique, la chose se comprend en effet plus aisément quand cette obligation a existé temporairement et ne s'assimile pas au cas où elle n'a jamais existé dans les faits. Ce point de vue est en outre en adéquation avec la conception classique selon laquelle la nullité d'un acte juridique civil n'est pas prise en compte pour apprécier l'existence d'une infraction pénale. Elle reste cependant délicate dans le cas particulier où l'obligation civile, à travers son inexécution, fonde originellement l'infraction pénale et rend critiquable la discordance entre l'effacement civil de l'obligation alimentaire et le maintien de l'infraction. V. not. en ce sens les critiques formulées par A. GOUTTENOIRE, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *art. préc.*, spéc. p. 245. V. dans le même sens l'analyse de S. MIRABAIL, « Abandon de famille : modification rétroactive de la décision civile servant de support à l'incrimination », *D.*, 2003, p. 171, à propos de la décision *Cass. crim.*, 20 février 2002, *préc.*, qui affirme que l'argument de l'autonomie du droit pénal ne saurait jouer face à un délit qui présente une nature particulière et dont le régime doit rester subordonné aux règles du droit familial. Si le juge pénal reste celui de l'obligation alimentaire supprimée ou modifiée par le juge civil, ce dernier est soumis à l'autorité de la chose jugée prioritairement par le premier seulement si elle est soulevée par le créancier de l'obligation puisqu'elle n'est pas d'ordre public. V. en ce sens N. MONACHON DUCHÊNE, « L'obligation alimentaire devant le juge pénal... et l'abandon de famille devant le Jaf », *JCP G*, 2006, I, n° 36, p. 165, qui met l'accent sur une interpénétration des ordres au sein de laquelle « le juge pénal est investi d'une fonction habituellement dévolue au juge aux affaires familiales ».

¹³²⁸ V. not. les propos de D. REBUT, « L'unique nature de l'abandon de famille – De l'atteinte à la famille à l'atteinte à la justice : vers un déplacement de l'objet du délit », *art. préc.*, qui considère que la décision commentée « a surtout l'intérêt de consacrer la dénaturation du délit en le rendant indifférent à l'existence d'une atteinte aux obligations familiales pourtant visées par son incrimination ».

¹³²⁹ Pour que l'abandon de famille soit consommé, il suffit donc que la famille ou le rapport familial ait pu potentiellement exister au moment de la condamnation fondatrice de la créance inexécutée. V., pour une atténuation de cette affirmation, les développements de A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*,

particulière d'une classe plus générale : les délits d'inexécution d'une décision de justice »¹³³⁰. La présente analyse, qui fait état d'un abandon de famille à géométrie variable, pourrait alors logiquement mener à envisager la scission de cette infraction. Prenant tantôt en compte le caractère familial de l'obligation dont l'irrespect est sanctionné par une décision de justice et s'excluant tantôt de cette considération, l'abandon de famille peut en effet revêtir une dimension familiale en même temps qu'il sanctionne l'impératif de bonne exécution de la décision judiciaire ou se fonder uniquement sur cette dernière considération. Partant, il pourrait paraître opportun de considérer l'existence d'une infraction d'abandon judiciaire, caractérisée par la seule inobservation de la force exécutoire de la décision de justice et s'écartant de fait du domaine des infractions familiales, en marge de laquelle il existerait une infraction d'abandon de famille qui traduirait la prise en compte d'une obligation familiale et trouverait sa place dans la catégorie des infractions familiales. Ce fractionnement semble cependant bien superficiel quand la valeur familiale qui peut exister au sein de cette infraction reste en tous les cas secondaire et quand le caractère accessoire de la valeur familiale empêche normalement l'inclusion du comportement qui la protège dans la classification des infractions familiales. S'écartant dès lors de toute considération principale pour les obligations issues de l'existence du lien familial, elle doit logiquement être exclue de la catégorie spécifique des infractions familiales.

391. - Si le précédent raisonnement peut paraître cohérent, il n'est pourtant pas celui qui a été retenu par le législateur contemporain qui classe toujours ce comportement dans la catégorie protégeant les atteintes aux mineurs et à la famille. De moyen protégeant l'obligation familiale, la décision judiciaire à l'origine de la créance peut devenir une fin. Dans le même temps, elle peut toujours constituer le moyen d'atteindre d'autres fins. Dans cette acception, quand elle semble être la finalité protectrice du délit d'abandon de famille, elle ne reste en réalité « que le moyen de sanctionner un comportement portant atteinte au mineur et non la cause de l'intervention du juge répressif »¹³³¹. La décision de justice serait en définitive un moyen originel de protection de l'obligation familiale. L'interversion de cette dernière en fin de la protection répressive de l'abandon de famille ne serait qu'illusoire et servirait

PUF, coll. « Thémis », 2015, n° 617, p. 435 : « l'incrimination de l'abandon de famille tend certes à sanctionner le non-respect d'une décision de justice, mais elle est commise dans un contexte familial ».

¹³³⁰ J. HAUSER, « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille », *art. préc.* V. dans le même sens les conclusions de D. REBUT, « L'unique nature de l'abandon de famille – De l'atteinte à la famille à l'atteinte à la justice : vers un déplacement de l'objet du délit », *art. préc.*, spéc. p. 5, qui note « un processus d'éviction » de la nature familiale du délit au profit de sa nature d'infraction contre la justice, au sein duquel la lettre prédomine sur l'esprit de l'infraction pour laquelle « l'inexécution d'une décision de justice est définitivement passée du rang de moyen à celui d'unique fin de l'infraction ».

¹³³¹ L. COLLET-ASKRI, « La protection pénale de l'enfant victime des conflits entre ses parents divorcés », *art. préc.*, spéc. p. 286.

directement la protection du mineur et de sa famille¹³³². Loin de constituer la base manifeste du raisonnement, cette dernière en forme dès lors le sommet implicite. Dans sa définition actuelle, le législateur lui donne un nouveau visage¹³³³ et définit l'abandon de famille comme « le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation »¹³³⁴. L'infraction est donc complexe et il convient de revenir en détail sur ses composantes afin de prendre toute la mesure de son existence.

b. La constitution complexe de l'abandon de famille

392. - La reconnaissance judiciaire de la créance alimentaire, ou, plus généralement, familiale, existe en premier lieu comme une condition sans laquelle le comportement infractionnel ne peut pas exister. En ce sens, il est possible de la considérer comme une condition préalable à l'existence de l'infraction¹³³⁵, qui ne pourra jamais être consommée en son absence. Une décision judiciaire sera dès lors nécessaire à l'existence du délit d'abandon de famille, sachant que la nature de cette dernière importe peu¹³³⁶ à partir du moment où elle fixe judiciairement une créance au profit de l'un des protagonistes visés par cette infraction.

¹³³² V., pour la même idée, A. GOUTTENOIRE, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *art. préc.* L'auteur estime qu'« il semble que la préservation du lien entre l'enfant et ses parents n'est pas la seule valeur protégée par ces incriminations, lesquelles ne constitueraient alors pas seulement des infractions contre la famille » et affirme qu'« elles sanctionnent en effet ou bien le non-respect des décisions judiciaires ou bien des atteintes potentielles ou avérées à l'intégrité physique ou psychique de l'enfant ».

¹³³³ V. en ce sens l'étude de M.-H. RENAUT, « Le droit pénal au secours du droit civil (...) », *art. préc.*, spéc. p. 527, qui affirme que si le législateur du nouveau code pénal maintient l'étiquette de l'infraction, il en modifie le contenu et la physionomie.

¹³³⁴ C. pén., art. 227-3.

¹³³⁵ Bien que l'essence même de cette notion soit critiquée par une partie de la doctrine. V. not. Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. « U », 7^e éd., 2004, n° 301-302, pp. 171 et s. Pour la distinction entre condition préalable et élément constitutif, v. *contra*, R. VOUGIN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 57 ; A. VITU, *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 408, n° 8 et s. et n° 73 et s.

¹³³⁶ La jurisprudence se fonde par exemple tout aussi bien sur un jugement, une ordonnance, une convention homologuée ou un procès-verbal de conciliation. À ce titre, il est possible de remarquer que « l'exigence d'un titre de nature judiciaire s'efface derrière la constatation du caractère exécutoire du titre ainsi que sa connaissance par le prévenu ». V. le commentaire de C. CASTELLA, « Abandon de famille et droit pénal international », *Dr. fam.*, 2003, n° 12, p. 31, à propos de l'arrêt *Cass. crim.*, 29 janvier 2003, inédit, n° 01-88.881, qui reconnaît le caractère exécutoire d'une convention notariée signée à l'étranger et dépourvue de nature judiciaire pour déduire l'élément intentionnel de sa connaissance par le prévenu. L'auteur relève que cette interprétation souple de la notion de décision de justice fragilise l'idée selon laquelle la protection de cette dernière serait le fondement prioritaire de l'infraction. Ce dernier, qui ne peut désormais plus demeurer l'obligation familiale, doit alors bien être recherché du côté de la protection de l'individu.

Le droit répressif apporte une limite procédurale à la constitution de l'infraction mais adopte une vision extensive du domaine recouvert par la décision de justice, à travers laquelle il « prend acte de la contractualisation du droit de la famille »¹³³⁷. L'adaptabilité qui le caractérise en ce lieu pourrait révéler l'influence des transformations du droit familial sur le droit répressif qui agit en vue de la protection des obligations qui le caractérisent. Le critère procédural n'est cependant pas le seul à restreindre le champ d'application de l'abandon de famille, puisque le législateur répressif instaure également une limite temporelle à sa consommation.

393. - La matérialité de l'abandon de famille reste, quant à elle, assez aisée à appréhender car elle consiste à constater l'inobservation de la décision qui se matérialise par l'absence de paiement de la créance pendant une durée supérieure à deux mois¹³³⁸. Le critère temporel est donc prédominant puisque le caractère infractionnel des faits est tributaire de l'écoulement du temps. La règle témoigne en effet d'une certaine clémence à l'égard du débiteur imprudent, qui peut demeurer inactif un certain temps sans pour autant présenter d'intention délictuelle. L'abstention devient cependant délictueuse quand elle est consécutive dans le temps et révèle une certaine dangerosité sociale de la part du débiteur qui omet volontairement de payer tout ou partie de sa créance¹³³⁹. Il est par ailleurs intéressant de relever que cette condition

¹³³⁷ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 55, p. 86.

¹³³⁸ L'acte d'abstention strictement limité à une durée de deux mois doit dès lors être exclu du champ d'application de cette infraction qui exige textuellement le dépassement de ce délai. La chose est cependant plus complexe en ce qui concerne une addition d'abstentions consécutives qui se limitent chacune à cette durée, bien que la durée totale de l'abstention y soit supérieure. La jurisprudence a pu privilégier le caractère instantané du délit qui se consomme dès l'expiration du délai et opte pour une approche fractionnée en refusant de prendre en compte la durée globale des abstentions. V., pour une adhésion doctrinale à cette théorie, G. STÉFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2007, n° 217, p. 211 et R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, T. 1, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 491, p. 623. *Contra*, v. en faveur de la nature continue et successive du délit d'abandon de famille qui prend naissance à l'expiration du délai et se poursuit jusqu'à l'exécution de l'obligation, M. PUECH, *Droit pénal*, Litec, 1988, n° 623. L'abandon de famille serait en ce sens plus précisément une infraction successive composée de faits distincts qui forment une infraction unique et s'écarterait de ce fait de l'infraction continue qui se prolonge dans le temps sans interruption. V., pour cette distinction, É.-A. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 1901-1906, art. 1^{er}, n° 46, p. 5. Si la solution du caractère instantané peut choquer en ce qu'elle ne permet pas de réprimer le débiteur attentif aux dispositions répressives, elle a le mérite de préserver le sort du débiteur imprudent qui s'abstient plusieurs fois mais durant de courtes durées et privilégie de ce fait la sécurité juridique. Cependant, il est possible de relever que le caractère instantané du délit contredit sa définition qui suppose une inaction continue. V. en ce sens, M.-H. RENAUT, « Le droit pénal au secours du droit civil (...) », *art. préc.*, spéc. p. 529. Partant, la jurisprudence a fait le choix définitif de la consécration de la double nature du délit en retenant que l'abandon de famille « est à la fois un délit instantané – consommé par l'expiration du délai de deux mois – et un délit qui se renouvelle chaque fois que son auteur démontre par son comportement sa volonté de persévérer dans son attitude ». V. *Cass. crim.*, 2 décembre 1998, *Bull. crim.*, n° 535 : *D.*, 2000, n° 3, p. 36, note Y. MAYAUD. En définitive, il est possible de considérer que les deux mois peuvent être consécutifs ou non. V. not. J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 584, p. 387.

¹³³⁹ L'absence de paiement, qui constitue le délit d'abandon de famille, peut en effet être totale ou partielle et il peut être tenu compte de l'indexation de la créance alimentaire ou indemnitaire. Autrement dit, le paiement doit

d'abstention temporelle empêche de retenir la tentative punissable en ce qui concerne un abandon pécuniaire de famille¹³⁴⁰. Cette dernière aurait en effet présenté un intérêt uniquement en ce qui concerne la répression du versant moral de cette infraction qui a été exclu de son domaine par la réforme du code pénal. Toute répression de la tentative d'omission de paiement serait alors un non-sens juridique dans la mesure où la rédaction actuelle de l'infraction se cantonne au caractère économique de ce délit. Il peut par ailleurs être pertinent d'attirer l'attention sur le fait que si la référence actuelle aux obligations familiales dans leur généralité ne semble guère problématique, tel n'a pas toujours été le cas. Le domaine de l'infraction comporte en effet également une limite quant à l'objet de la décision de justice inexécutée, qui peut uniquement porter sur une obligation familiale. Cette restriction obligationnelle ou fonctionnelle reste cependant très relative, puisqu'elle s'étend désormais à toutes les obligations familiales prévues au sein du code civil. Cette nouvelle rédaction, issue de la réforme de simplification et d'amélioration de la qualité du droit¹³⁴¹, est venue consacrer une jurisprudence de la chambre criminelle et a permis de lever le doute sur un délicat problème d'interprétation légistique. La réforme de l'autorité parentale, qui a en outre exclu l'abandon de famille de la catégorie des causes automatiques de privation de l'exercice de l'autorité parentale¹³⁴², avait en effet placé les dispositions relatives à l'obligation parentale de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant après divorce dans un autre titre du code civil, qui n'entrait précisément pas dans la liste définie par l'article du code pénale relatif à l'abandon de famille. Cette modification du droit familial¹³⁴³ a alors eu pour conséquence factuelle le retrait des décisions judiciaires fixant le pouvoir parental de l'ensemble constitué par celles dont l'inexécution pouvait être sanctionnée par le délit d'abandon de famille. Soucieuse de réparer cette maladresse, la chambre criminelle a par la suite considéré que ces dispositions étaient toujours contenues dans le domaine répressif de l'abandon de famille, étant donné que le législateur avait implicitement désiré remplacer l'ancien titre évoqué par celui contenant nouvellement les dispositions visées¹³⁴⁴ et qu'il ne

être intégral pour écarter la répression et le paiement simplement partiel de la créance ou son défaut d'indexation sont assimilés au non-paiement constitutif de l'abandon de famille.

¹³⁴⁰ La complicité du délit pourra en revanche être retenue si ses conditions générales sont constituées.

¹³⁴¹ L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF* n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537 qui modifie en son article 151 les dispositions relatives au délit d'abandon de famille.

¹³⁴² Il peut à ce titre être très intéressant de remarquer que le second alinéa de l'article réprimant l'abandon de famille est depuis lors sans objet puisqu'il continue de viser ce cas, alors que la déchéance de l'autorité parentale est dorénavant limitée au père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause. La chose, qui peut paraître déroutante, n'est pas sans lien avec l'inflation législative actuelle qui privilégie bien trop souvent la quantité au détriment de la qualité.

¹³⁴³ La modification visait à ne plus différencier le statut des couples mariés et celui des couples non mariés par rapport aux dispositions réglant les conséquences du divorce pour les enfants en particulier et notamment à l'obligation pour le parent chez lequel ne réside pas l'enfant de verser à l'autre une pension alimentaire en cas de séparation.

¹³⁴⁴ V. la décision *Cass. crim.*, 10 décembre 2008, inédit, n° 08-83.663, par laquelle la chambre criminelle affirme dans un motif général que « les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 relatives à l'autorité

fallait nullement en déduire que le défaut de versement d'une pension alimentaire au titre de l'entretien et de l'éducation des enfants ne constituait plus une infraction pénale. Par le biais de l'interprétation téléologique du texte, la référence à l'intention implicite du législateur pallie donc en ce lieu l'absence de renvoi¹³⁴⁵. Il convient dès lors de se féliciter du fait que le législateur soit venu – bien que très tardivement¹³⁴⁶ – corriger cette lacune qui, autrement interprétée, aurait pu conduire à la dépénalisation d'une partie de l'abandon de famille. Le périmètre matériel de l'infraction d'abandon de famille est en dernier lieu circonscrit par une limitation de sa sphère personnelle. Le délit ne peut en effet se consommer qu'à l'égard d'un enfant mineur, d'un ascendant, d'un descendant ou de son conjoint. Si le droit répressif prend

parentale ont abrogé les articles 287 à 295 du code civil et prévu que les conséquences du divorce pour les enfants seraient désormais réglées selon les dispositions du chapitre 1^{er} du titre IX du livre 1^{er} du code civil ; qu'il se déduit du premier de ces textes que le législateur a entendu remplacer dans l'article 227-3 du code pénal la référence aux anciennes dispositions abrogées par les nouvelles dispositions précitées ». La rédaction actuelle du texte est quant à elle issue de la loi du 17 mai 2011. Si le raisonnement par analogie est en effet le plus cohérent, il reste cependant critiquable dans son essence à l'égard de dispositions législatives qui se conformaient aux impératifs de clarté et de précision qui doivent normalement le proscrire. L'interprétation jurisprudentielle du droit entre ici dans un rôle qui n'est pas le sien et devient le palliatif de la négligence législative. Pratiquée largement l'interprétation téléologique pourrait alors mener à inclure dans le champ de ce délit toutes les obligations antérieurement visées. Telle semble bien être la solution désormais retenue par le législateur qui ne distingue plus en fonction de la localisation de l'obligation, mais dont la cohérence finale et la conformité à la *ratio legis* se paient par le prix de l'insécurité juridique et de l'impossible pénalisation de l'inexécution des obligations qui se sont produites dans l'intervalle temporel qui sépare les deux lois de simplification du droit. V. à ce titre l'analyse de M. VÉRON, « Retour à la case départ ou effacement du passé ? », note sous *Cass. crim.*, 8 juin 2011, inédit, n° 10-87.050 : *Dr. pén.*, 2011, n° 10, comm. 115. Cette correction a suscité l'ironie de la doctrine et notamment de J. HAUSER, « Le droit pénal des aliments et assimilés (suite et fin) », *RTD Civ.*, 2011, p. 751, qui constate amèrement que « la nouvelle rédaction amènerait un sourire sur les lèvres du juriste si tout cela n'était pas finalement fort triste pour les citoyens ». La solution s'impose en outre quand bien même une partie des faits reprochés a eu lieu antérieurement à la première réforme. V. à ce propos M. BENILLOUCHE, « Des effets de la discontinuité de la répression pénale en matière d'abandon de famille », *D.*, 2012, n° 35, p. 2368, au sujet de la décision *Cass. crim.*, 23 mai 2012, inédit, n° 11-83.901, qui statue sur le cas du conflit entre plusieurs lois de fond successives.

¹³⁴⁵ V. not. l'analyse de St. VALORY, « La Cour de cassation confirme que le défaut de paiement d'aliments peut être constitutif du délit d'abandon de famille », *RJPF*, 2009, n° 2, p. 30.

¹³⁴⁶ En ne visant que les obligations contenues dans le titre IX du code civil, la précédente réforme de simplification du droit n'avait pas remédié à cette lacune, puisqu'elle excluait dans le même temps tous les autres titres anciennement visés du champ d'application de ce délit. V. en ce sens L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF* n° 0110 du 13 mai 2009, p. 7920. V. à ce sujet les propos de M. DANTI-JUAN, « Abandon pécuniaire de famille », *Rev. pénit.*, 2010, chron. p. 655, qui remarque que « ce faisant, cette modification qui semble probablement résulter d'une erreur matérielle, conduit à une restriction incohérente du champ de l'incrimination ». V. aussi les analyses de S. MIRABAIL, « Abandon de famille : simplification ou déstructuration ? », *D.*, 2010, n° 7, p. 397, qui remarque que cette réforme a « abouti au résultat inverse de celui qu'elle recherchait » et de F. GAUVIN, « De l'obscurcissement du droit – À propos du délit d'abandon pécuniaire de famille », *JCP G*, 2010, n° 6, p. 141. Cette erreur n'a pas été sans causer de troubles jurisprudentiels, puisque certaines décisions ont dès lors pu refuser l'application du délit d'abandon de famille au sujet d'obligations qui étaient textuellement sorties de son champ d'application. V. l'analyse de J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Précisions jurisprudentielles sur le champ d'application du délit d'abandon de famille », *Dr. fam.*, 2011, n° 91, p. 7 ; de St. PRADELLE, « La dépénalisation d'une facette de l'abandon de famille », *AJ pénal*, 2011, n° 4, p. 192 et de Y. MAYAUD, « Mitis lex, sed lex..., ou des méfaits de la législation par référence sur la qualification d'abandon de famille », *RSC*, 2011, n° 2, p. 399, à propos de la décision *Cass. crim.*, 16 février 2011, *Bull. crim.*, n° 31.

dès lors en compte le lien de famille vertical dans sa globalité¹³⁴⁷, il adopte une vision très restrictive du lien familial horizontal à l'égard duquel le comportement est susceptible d'être incriminé. Les alliés sont en effet écartés de la liste des débiteurs concernés¹³⁴⁸. Contrairement à l'adaptation précédemment évoquée au sujet de l'influence de la contractualisation du droit familial sur la conception répressive de la décision de justice, cette exclusion révèle à l'inverse l'autonomie du droit pénal qui agit au regard de ses propres conceptions. Les partenaires et les concubins sont également totalement exclus de la sphère personnelle de l'abandon de famille. Si cette éviction se conçoit aisément à propos des seconds, qui ne sont juridiquement tenus à aucune obligation statutaire, elle est en revanche plus discutable à l'égard des premiers, qui sont inscrits dans un lien contractuel qui inclut certaines obligations à dimension familiale.

394. - Le refus de l'extension du champ personnel de l'infraction aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité peut être juridiquement déduit de la mise en œuvre du principe de légalité criminelle, et plus précisément du principe corollaire de l'interprétation stricte de la norme répressive, qui impose logiquement l'application de l'abandon de famille au seul protagoniste du lien de couple conjugal¹³⁴⁹. La conformité de l'article 227-3 du Code pénal au principe constitutionnel d'égalité devant la loi a par ailleurs été récemment affirmée par le juge répressif à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité. N'étant pas nouvelle et ne présentant pas de caractère sérieux, cette dernière n'a pas été renvoyée par la chambre criminelle qui considère que le mariage et le pacte civil de solidarité relèvent d'un libre choix des individus et sont légitimement soumis à « des régimes distincts comportant des conséquences juridiques différentes »¹³⁵⁰. Partant, cette règle semble difficilement contestable dès lors qu'elle se conforme aux principes fondamentaux qui encadrent le droit répressif. Elle peut en outre trouver une justification dans le fait que « la nature familiale du devoir réciproque d'aide matérielle est discutée »¹³⁵¹. Si le droit familial instaure entre partenaires des obligations de solidarité et de vie commune terminologiquement identiques à celles qui incombent aux époux, la chose n'est pas similaire concernant les obligations d'aide matérielle

¹³⁴⁷ V. *Cass. crim.*, 11 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 95. La jurisprudence a en ce sens décidé que « les effets de la condamnation ne cessent pas de plein droit à la majorité de l'enfant ». V., pour un avis contraire, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2014, n° 747, p. 796.

¹³⁴⁸ V., pour une analyse de cette disposition, les propos de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 55, p. 86, qui considèrent que l'obligation alimentaire peut exister entre beau-père et bru et entre belle-mère et gendre tant que celui des époux qui produit l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux ne sont pas décédés. V. en ce sens C. civ., art. 206.

¹³⁴⁹ V. en ce sens les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 55, p. 87, qui affirment que « le principe de légalité conduit donc généralement la doctrine à écarter l'abandon de famille en la matière ».

¹³⁵⁰ *Cass. crim.*, 24 juin 2015, inédit, n° 14-88.175.

¹³⁵¹ *Ibid.*

et d'assistance. Ces dernières sont en effet simplement réciproques entre partenaires¹³⁵² alors qu'elles sont mutuelles entre époux¹³⁵³. Si le vocable de l'assistance reste commun, celui de l'aide matérielle remplace en outre le secours et la contribution aux charges du mariage. Ces derniers se rapporteraient donc essentiellement à des devoirs alimentaires quand l'aide matérielle serait exclue de cette catégorie¹³⁵⁴. Puisque l'obligation diffère dans sa nature, le devoir d'aide matérielle réciproque créé par le pacte civil de solidarité devrait par conséquent être exclu de l'abandon de famille qui reste réservé à la mutualisation¹³⁵⁵. La dimension mutuelle d'une obligation permettrait en effet d'insister sur le caractère commun du lien qui la crée. Rapportée au lien conjugal, elle trouverait alors tout son sens et mettrait l'accent sur le caractère bilatéral et partagé du mariage. La réciprocité insisterait à l'inverse sur le caractère interindividuel du pacte civil de solidarité¹³⁵⁶ et sur la défectibilité unilatérale du lien de couple qui fonde l'obligation. Dans cette acception, le même devoir réciproque incomberait séparément à chacun à l'égard de l'autre quand le devoir mutuel résulterait d'une entraide simultanée. La dualité caractéristique de la réciprocité s'opposerait dès lors à la nature familiale de l'obligation quand l'unicité propre à la mutualité la lui accorderait précisément. Si l'analyse peut convaincre, il convient cependant de l'atténuer.

395. - Les caractères réciproque et mutuel sont souvent utilisés comme synonymes et la nature familiale d'une obligation n'est pas subordonnée à son caractère unitaire. L'obligation peut en effet être commune dès qu'elle est partagée dans son essence et dans ses modalités d'application par deux protagonistes qui en sont à la fois créancier et débiteur et revêtir un caractère familial quand bien même elle ne serait pas issue d'un fondement simultané. Si l'obligation peut être mutuelle et non familiale, elle peut alors dans le même temps être réciproque et familiale si son objet porte sur une créance alimentaire existant entre deux individus unis par un lien de couple. Le raisonnement peut toutefois être nuancé et l'aide matérielle des partenaires assimilée à la contribution aux charges du mariage. Ces obligations correspondent en effet toutes deux à une philosophie identique de soutien économique entre membres d'un couple institué. L'affirmation prend d'ailleurs tout son sens puisque les

¹³⁵² V. C. civ., art. 515-4, al. 1^{er}, qui dispose notamment que « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques ».

¹³⁵³ V. C. civ., art. 512, qui dispose que « les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».

¹³⁵⁴ V. not. en ce sens les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 55, p. 87, note 183 qui fait référence pour la même analyse aux propos de Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2011, n° 351, p. 304.

¹³⁵⁵ L'inexécution du devoir d'aide matérielle réciproque entre partenaires ne doit cependant pas rester hors du droit répressif. À ce titre, le débiteur défaillant qui omet d'apporter son secours au créancier en péril économique pourrait être réprimé sur le fondement de l'infraction de non-assistance à personne en danger de l'article 223-6 du Code pénal. V. en ce sens J.-Fr. PILLEBOUT, *Le pacs, pacte civil de solidarité*, Litec, 3^e éd., 2007, n° 34, p. 23.

¹³⁵⁶ V., pour l'affirmation de cette idée, D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 55, p. 87, note 185.

partenaires sont aussi tenus solidairement au remboursement des dettes ménagères¹³⁵⁷. Dans la mesure où le droit répressif assimile les décisions judiciaires statuant sur la contribution aux charges du mariage aux condamnations au paiement d'aliments susceptibles d'entraîner l'application du délit d'organisation frauduleuse de son insolvabilité¹³⁵⁸, il ne serait pas inopportun de considérer également comme telle toute créance issue de l'irrespect d'une obligation de soutien matériel entre membres d'un couple à l'égard de l'abandon de famille. L'argument selon lequel le pacte civil de solidarité ne pourrait pas intégrer le champ d'application de l'abandon de famille, du fait qu'il ne crée pas de famille fondée sur un lien d'alliance ou de filiation, s'avère en dernier lieu totalement inopérant. Cette démonstration se montre en effet stérile au regard de la nouvelle nature de l'abandon de famille qui peut se consommer en l'absence de lien de famille juridiquement constaté¹³⁵⁹. Elle résulte en outre d'une conception étriquée de la famille qui veut que cette dernière existe uniquement à travers le lien conjugal ou parental et ne prend pas acte de l'existence du lien de couple extraconjugal comme élément familial constitutif. L'analyse globale de la sphère personnelle du délit d'abandon de famille amène alors à penser que « l'extension de l'abandon de famille au devoir pascas d'aide matérielle pourrait donc être suggérée »¹³⁶⁰. La faveur pour une telle extension peut toutefois relever du paradoxe. Il peut en effet paraître inopportun de vouloir étendre le domaine familial personnel d'une infraction qui n'a précisément plus de familial que le nom et qui démontre un désintérêt répressif pour l'institution familiale. Dans la mesure où cette dernière est cependant utilisée pour protéger indirectement l'intégrité ou la survivance économique de l'individu victime de l'inexécution de la décision de justice, il peut dès lors être légitime d'aspirer à un alignement des régimes. Ce dernier serait au surplus mis en cohérence avec l'égalitarisme dont le droit pénal fait preuve à l'égard du domaine personnel recouvert par la protection de l'obligation personnelle de respect. Une fois la matérialité de l'abandon avérée, encore faut-il que le comportement soit constitué dans son versant psychologique à travers l'existence de l'élément moral. Rapporté à l'abandon de famille, ce dernier est assez complexe et contient plusieurs composantes. Il est en effet constitué par l'existence simultanée de la connaissance de la décision qui prévoit le paiement de la créance, de la pleine conscience du défaut de paiement et du fait de ne pas être dans

¹³⁵⁷ V. C. civ., art. 515-4, al. 2, qui dispose, identiquement à ce qui est prévu pour les époux, que « les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ».

¹³⁵⁸ V. C. pén., art. 314-9.

¹³⁵⁹ V. *supra*, n° 390 et s.

¹³⁶⁰ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 55, p. 87.

l'impossibilité absolue d'exécuter son obligation¹³⁶¹. Si le caractère volontaire du défaut de paiement a longtemps été présumé¹³⁶², la jurisprudence¹³⁶³ adopte désormais une interprétation souple de l'exigence de mauvaise foi du débiteur. Suite à la nouvelle inversion de la charge de la preuve, l'élément intentionnel de cette infraction doit dorénavant toujours être prouvé par le ministère public et la nouvelle loi, pourtant plus sévère dans ses pénalités, peut de ce fait apparaître plus favorable pour le prévenu. En pratique, il n'est cependant exclu que si le débiteur est dans l'impossibilité absolue de faire face à cette obligation et reste souvent déduit du seul fait que le prévenu avait connaissance de la décision. Par conséquent, « la présomption de faute, malgré sa suppression en tant que règle expressément formulée par le législateur, va survivre car elle appartient à la structure même de l'infraction : le débiteur est nécessairement coupable de ne pas avoir exécuté l'injonction judiciaire »¹³⁶⁴. En restreignant de la sorte le critère intentionnel de l'infraction, la jurisprudence lui impose alors factuellement la charge de la preuve de sa bonne foi. Il est à ce titre possible d'affirmer qu'« en ne retenant la bonne foi qu'à condition que le prévenu justifie de son impossibilité absolue à s'acquitter de ses obligations, elle admet par là même un renversement de la charge de la preuve et donc implicitement une forme de présomption de mauvaise foi découlant de la

¹³⁶¹ Il convient de noter que les difficultés financières passagères sont impropres à caractériser cette dernière condition, sauf si elles trouvent leur source dans un fait imputable au débiteur, auquel cas ce dernier peut parallèlement être poursuivi pour le délit d'organisation frauduleuse de son insolvabilité. Dans le cas d'une procédure collective, le débiteur doit par ailleurs payer la pension alimentaire, même non déclarée, sous peine de se rendre coupable d'un abandon de famille. V. en ce sens F. BICHERON, « Procédure collective : le débiteur doit payer la pension alimentaire, même non déclarée, sous peine de se rendre coupable d'abandon de famille », *AJ pénal*, 2004, n° 3, p. 114 et A. LIENHARD, « Créance alimentaire : la Chambre criminelle s'aligne sur la Chambre commerciale », *D.*, 2004, n° 6, p. 419, à propos de la décision *Cass. crim.*, 7 janvier 2004, *Bull. crim.*, n° 5, qui considère que « la créance née de la pension alimentaire, qui présente un caractère alimentaire, n'a pas à être déclarée au passif du débiteur soumis à une procédure collective et échappe ainsi à l'extinction ». Ce privilège peut dès lors conforter la théorie selon laquelle les créances alimentaires sont des créances qui nécessitent une protection particulière. V. dans le même sens les observations de B. DE LAMY, « Absence de paiement de créances alimentaires non déclarées dans une procédure collective, arrêt sur le droit et abandon de famille », *Dr. fam.*, 2004, n° 10, comm. 193, p. 32, à propos de la décision *Cass. crim.*, 9 juin 2004, *Bull. crim.*, n° 158, qui considère qu'un simple avis du professionnel du droit ne peut constituer l'erreur de droit propre à exclure la culpabilité du prévenu.

¹³⁶² L'ancien article 357-2 du Code pénal instaurait en effet une présomption simple de mauvaise foi qui pouvait être renversée par le créancier et procédait de ce fait à un inversement de la charge de la preuve qui incombe classiquement au demandeur. Le législateur a cependant dû se mettre en conformité avec le principe issu du nouveau code pénal selon lequel l'intention doit être prouvée pour tout crime ou délit. V. en ce sens C. pén., 121-3, al. 1^{er}.

¹³⁶³ V. not. *Cass. crim.*, 31 mai 2000, inédit, n° 99-86.363.

¹³⁶⁴ M.-H. RENAUT, « Le droit pénal au secours du droit civil (...) », *art. préc.*, spéc. p. 530. L'auteur précise à ce titre que « toutes les circonstances, qui autrefois n'étaient pas jugées comme suffisantes pour détruire la présomption de mauvaise foi, vont corroborer la nouvelle présomption de bonne foi ». Si le droit commun de la charge de la preuve est juridiquement respecté, son application factuelle et circonstanciée au délit d'abandon de famille contrevient donc en quelque sorte au principe de la présomption d'innocence. Elle relève en outre le paradoxe qui consiste à augmenter les pénalités en abrogeant dans le même temps la présomption de culpabilité et conclut que, « plus sévère et plus doux, comme Janus, le délit d'abandon de famille a deux visages ».

simple inobservation de l'obligation résultant d'une décision de justice exécutoire »¹³⁶⁵. Il reste malgré tout que « cette réactivation de la présomption d'innocence peut avoir pour effet de diminuer encore l'impact de la justice pénale dans ce domaine »¹³⁶⁶.

396. - Bien que les éléments constitutifs de l'abandon de famille soient désormais plus intelligibles dans leurs définitions, l'examen de cette incrimination révèle une protection pénale limitée¹³⁶⁷. Les restrictions procédurale, temporelle, fonctionnelle et personnelle, qui ont été mises en lumière, révèlent en effet la limitation théorique de l'incrimination d'abandon de famille. Le constat de ses imperfections est cependant général et inclut dans le même temps ceux de la restriction de la sanction pénale qui y est attachée et de la déficience de sa mise en œuvre pratique. La nature et le quantum des peines sanctionnant le délit d'abandon de famille ont fait l'objet de nombreuses modifications au cours de l'évolution de sa définition. Le comportement est actuellement réprimé par une peine privative de liberté pouvant s'élever jusqu'à deux ans d'emprisonnement, à laquelle s'ajoute une peine de quinze mille euros d'amende¹³⁶⁸. Si la sanction n'est pas insignifiante, elle reste cependant modérée et trouve une place intermédiaire au sein de la catégorie infractionnelle constituée par les atteintes aux mineurs et à la famille. L'infraction d'abandon de famille est par exemple réprimée plus sévèrement que le défaut de notification de changement de domicile¹³⁶⁹, que les atteintes à l'autorité parentale que constituent les délits de soustraction et de non-représentation d'enfant ou que certaines atteintes à la filiation, à l'instar de la provocation à l'abandon d'enfant. La peine qu'elle fait encourir est par ailleurs identique à celle rattachée à la violation des ordonnances prises par le juge aux affaires en cas de violences. Cette analogie est très cohérente quand le droit pénal protège dans ces deux cas l'autorité d'une décision de justice pour atteindre indirectement la protection de l'individu bénéficiaire de la mesure. La similitude des sanctions qui existent à l'égard d'obligations qui diffèrent dans leur nature confirme en outre le caractère prioritaire accordé à la valeur sociale judiciaire. La peine attachée au délit d'abandon de famille est enfin moins sévère que celles qui encadrent l'infraction de délaissement de mineur¹³⁷⁰ ou, plus généralement, toutes les infractions classées parmi la catégorie de la mise en péril des mineurs, à l'image de la privation de soins

¹³⁶⁵ G. TOUATI, « Abandon de famille ; seule l'impossibilité absolue de faire face à son obligation alimentaire permet d'exclure la mauvaise foi du débiteur », comm. sous *Cass. crim.*, 31 mai 2000, *préc.* : *RJPF*, 2000, n° 11, p. 29. L'auteur précise par conséquent que « si le nouveau texte incriminant l'abandon de famille n'édicte plus de présomption de mauvaise foi, ceci ne paraît pas avoir profondément modifié l'esprit de la jurisprudence ».

¹³⁶⁶ J.-Cl. MONNIER, « Les aspects pratiques du droit pénal de la famille », *Revue juridique d'Ile de France*, 1996, n° 42-43, p. 243, spéc. p. 245.

¹³⁶⁷ V. D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 54, p. 86.

¹³⁶⁸ C. pén., art. 227-3. Le législateur contemporain a donc abandonné l'idée de correspondance entre la durée de l'emprisonnement et le montant de l'amende et s'est aligné sur la suppression des minimums de peine.

¹³⁶⁹ Ce comportement est d'ailleurs considéré comme une infraction obstacle connexe à l'abandon de famille.

¹³⁷⁰ V. *infra*, n° 441 et s.

ou d'aliments¹³⁷¹ et de la soustraction d'un parent à ses obligations légales qui compromet la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant¹³⁷². La chose est alors empreinte d'une certaine logique et ne suscite guère l'étonnement¹³⁷³, puisque la différence répressive est subordonnée à la mise en cause de l'individu mineur, par essence vulnérable. La sanction augmente donc en sévérité chaque fois que l'infraction aura pour conséquence directe l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de ce dernier. Partant, « l'objectif de protection des mineurs est bien le fondement premier de ces infractions incriminant des comportements parentaux portant atteinte à l'intérêt de l'enfant »¹³⁷⁴, qui demeure une des valeurs sociales les plus fondamentales¹³⁷⁵. Si la sanction de l'abandon de famille reste en définitive relative, elle s'inscrit toutefois dans une certaine cohérence avec le panel des sanctions attachées à l'ensemble des infractions supposées porter atteinte au mineur et à la famille. Si l'étonnement existe, il pourrait cependant et plus légitimement venir du fait que le droit pénal ne distingue pas en fonction de la nature de l'obligation violée. Il impute en effet la même sanction à chaque abstention de paiement qui entre dans son champ d'application, « alors que le droit civil fait une place particulière au devoir d'entretien que les parents assument à l'égard de l'enfant mineur »¹³⁷⁶. À l'image du devoir mutuel de secours qui existe entre époux, le devoir d'entretien qui incombe aux parents prend le visage d'une obligation alimentaire renforcée, dont l'inexécution mériterait d'être réprimée plus sévèrement que celle qui a trait à un devoir alimentaire ordinaire. L'instauration d'une différenciation répressive fondée sur le caractère plus ou moins essentiel de l'obligation consacrée par la décision judiciaire violée suscite cependant certaines difficultés, puisqu'elle suppose l'existence d'une classification établissant une gradation dans l'importance des obligations alimentaires consacrées par le droit familial. L'uniformité répressive révèle en outre en ce lieu le caractère autonome du droit pénal, qui s'émancipe de la valeur familiale et de son contenu pour protéger l'individu à travers l'assise

¹³⁷¹ V. *infra*, n° 445 et s.

¹³⁷² V. *infra*, n° 416 et s.

¹³⁷³ *Contra* v. D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 56, p. 87, qui considèrent que les sanctions infligées par le droit pénal à ce comportement « sont plus légères que celles qui répriment la soustraction d'un parent à ses obligations légales, ce qui ne manque pas d'étonner ».

¹³⁷⁴ L. COLLET-ASKRI, « La protection pénale de l'enfant victime des conflits entre ses parents divorcés », *art. préc.*, spéc. p. 286.

¹³⁷⁵ V. en ce sens les développements de P. COUV RAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. p. 813, qui considère que l'enjeu de la protection du mineur dépasse les individus qui en bénéficient puisqu'il sert directement la protection de la société au sein de laquelle la carence familiale reste une des causes essentielles de la délinquance. Si le raisonnement est toujours d'actualité, il convient cependant de le mettre en parallèle avec d'autres défaillances sociales et personnelles.

¹³⁷⁶ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 56, p. 88. Les auteurs précisent en effet que ce devoir d'entretien particulier « dépasse le strict minimum vital pour couvrir largement tous les besoins de l'enfant » et échappe de ce fait notamment « à la dispense pour manquement grave du créancier que prévoit l'article 207, alinéa 2, du code civil », qui dispose que « quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire ».

de l'autorité de la décision de justice. Si la sanction reste homogène, il ne serait cependant pas inopportun d'envisager une augmentation de son contenu quand l'intégrité économique d'une personne vulnérable est mise en cause par sa perpétration. Partant, « une sanction plus lourde de l'abandon de famille pourrait donc éventuellement être envisagée »¹³⁷⁷. La demande peut dès lors paraître paradoxale à l'heure où la pénalisation de la société est dénoncée¹³⁷⁸ et où « la question du fondement et de l'opportunité de cette intervention du droit pénal dans les relations familiales doit être soulevée »¹³⁷⁹. Si la sanction gagne malgré tout en sévérité, la prudence appellerait à circonscrire strictement son application au regard de critères objectifs. La véritable difficulté réside dans la détermination de la nature de ces derniers, qui peuvent tout aussi bien relever d'un lien juridique que d'une situation factuelle, et « la question se poserait de savoir si les peines doivent alors varier selon des critères de droit – la nature du lien de famille source de l'obligation alimentaire – ou des critères factuels – la situation particulièrement difficile du créancier d'aliments »¹³⁸⁰. Il est de ce fait possible de considérer que « de telles difficultés expliquent peut-être que le droit pénal répugne à établir des distinctions fondées sur le lien de famille à la source de l'obligation alimentaire »¹³⁸¹, tant l'inertie résulte de la facilité. Néanmoins, il est dans le même temps envisageable de suggérer au législateur répressif de se mettre en adéquation avec les raisons qui guident actuellement son intervention, tant le mouvement relève de l'audace. Le législateur répressif, qui s'émancipe désormais du caractère alimentaire de l'obligation concernée par le délit d'abandon de famille, serait en définitive bien inspiré s'il procédait à un alignement objectif des statuts relatifs aux différents liens de couples institutionnalisés en même temps qu'il établissait une différenciation subjective fondée sur la vulnérabilité de l'individu créancier de l'obligation. Cette dernière correspondrait en outre à la logique répressive qui veut que le droit pénal intervienne « dans la sphère familiale lorsque celle-ci contient des rapports de forces qui engendrent une vulnérabilité »¹³⁸². La vulnérabilité de la personne pourrait alors devenir un élément constitutif du comportement, à l'instar de ce qui est le cas pour d'autres incriminations plus générales¹³⁸³.

¹³⁷⁷ *Ibid.*

¹³⁷⁸ V. not. A. GARAPON et D. SALAS, *La République pénalisée*, Hachette, coll. « Questions de société », 1996.

¹³⁷⁹ L. COLLET-ASKRI, « La protection pénale de l'enfant victime des conflits entre ses parents divorcés », *art. préc.* La peine privative de liberté n'est par ailleurs certainement pas la plus appropriée au traitement des conflits familiaux, puisqu'elle produit des effets néfastes sur le maintien du lien familial et la gestion de la crise familiale. V., dans la même idée, les propos de M.-H. RENAULT, « Le droit pénal au secours du droit civil (...) », *art. préc.*, spéc. p. 534, qui rappelle que « la justice pénale est la face contraignante de l'application des normes mises au service de valeurs sociales ».

¹³⁸⁰ L. COLLET-ASKRI, « La protection pénale de l'enfant victime des conflits entre ses parents divorcés », *art. préc.*

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² S. JACOPIN, « Le droit pénal de l'obligation alimentaire (...) », *art. préc.*

¹³⁸³ V. par ex. le délit d'abus de faiblesse de l'art. 223-15-2 du Code pénal.

3. La légitimité du maintien de l'incrimination d'abandon de famille

397. - Les controverses que suscitent la détermination et la mise en œuvre de la sanction de l'abandon de famille amènent finalement à inverser la perspective et à s'interroger sur la nécessité plus générale du maintien de cette infraction au sein de l'arsenal répressif. Si la sanction répressive dans sa généralité semble en premier lieu impropre à la résolution pacifique des conflits privés et augmente de ce fait potentiellement la fracture familiale, la question de sa suppression se pose avec davantage de vigueur quand son application spécifique présente des lacunes évidentes. Malgré ces dernières, il reste incontestable que « rien ne manifeste, peut-être de manière plus forte, le lien de famille que la vocation à une créance d'aliment qu'il faut impérativement protéger, surtout aujourd'hui où la perception de la notion de famille au sens normatif est embrouillée »¹³⁸⁴. La complexité qui caractérise la famille contemporaine ne doit cependant pas constituer un prétexte pour la pénalisation automatique des atteintes qui peuvent lui être portées. Si la protection de la personne à qui la violation de l'obligation familiale peut porter atteinte reste un objectif primordial, il convient alors peut-être de pénaliser autrement, tant la sanction pénale des atteintes aux intérêts pécuniaires de la famille a des répercussions négatives sur le maintien de ses rapports personnels¹³⁸⁵, notamment en ce qui concerne la coparentalité nécessaire au bien-être affectif de l'enfant¹³⁸⁶. La sanction pénale, qui compromet le maintien du lien familial autant qu'elle expose la situation patrimoniale du débiteur d'aliment, semble dès lors impropre à garantir l'intérêt de l'enfant. En effet, si le droit familial « recherche un équilibre entre la stabilité affective de l'enfant et la garantie de son avenir matériel, le droit pénal brise cette complémentarité puisque la nature même de la sanction est incompatible avec l'exercice de la coparentalité »¹³⁸⁷. L'encadrement répressif de l'inexécution des obligations familiales ne doit

¹³⁸⁴ M.-H. RENAUT, « Le droit pénal au secours du droit civil (...) », *art. préc.*, spéc. p. 534.

¹³⁸⁵ Sur l'utilisation de mécanismes répressifs adaptés au contexte familial, v. *infra*, n° 809 et s.

¹³⁸⁶ V. en ce sens l'étude de V. JAWORSKI, « Abandon pécuniaire de famille et coparentalité, de l'importance des valeurs protégées par la loi pénale », *JCP G*, 2004, I, n° 3, p. 102. L'auteur plaide à ce titre en faveur d'une « politique criminelle empreinte de plus d'humanité, en accord avec la nouvelle conception de la famille ». Cette dernière doit dès lors se tourner vers la primauté de l'intérêt de l'enfant. V. dans le même sens les propos de S. JACOPIN, « Le droit pénal de l'obligation alimentaire (...) », *art. préc.*, spéc. p. 50, qui relève que la sanction pénale de l'abandon de famille est inadaptée au principe de la coparentalité prôné par le droit de la famille et que le droit pénal de l'obligation alimentaire se trouve « en décalage avec la réalité juridique et matérielle de la créance civile ».

¹³⁸⁷ *Ibid.* V. aussi, en faveur des mêmes critiques, É. MULON-MONTÉLAN, « La répression pénale en droit de la famille, ou comment réduire à néant l'espoir de la coparentalité », *RJPF*, 2002, n° 10, p. 29. La praticienne précise à ce titre qu'« à l'heure où l'intérêt de l'enfant est au cœur des débats et où la coparentalité apparaît comme l'un des seuls moyens pour lui de se construire au-delà de la séparation des parents, il importe de s'interroger sur le maintien de la réponse pénale à certaines situations familiales ». Si le principe de la répression doit être maintenu, son esprit et sa mise en œuvre doivent être adaptés à l'exigence de coparentalité. V. dans le même sens D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 64, p. 92, qui estiment que « la question est importante alors que les séparations parentales sont souvent conflictuelles et que le conflit se poursuit généralement sur le terrain de l'autorité parentale et des droits à l'égard de l'enfant » et que « l'on ne peut manquer alors de s'interroger sur la pertinence et la suffisance du droit pénal en la matière ».

pas pour autant être proscrit, tant la défense de la famille et de ses protagonistes s'ancre désormais parmi les valeurs sociales fondamentales. Néanmoins, il mérite incontestablement d'être recadré et ajusté par l'intermédiaire d'une incrimination adaptée au droit familial des obligations alimentaires. Le danger réside en effet dans l'utilisation de l'abandon de famille comme un palliatif automatique à la déficience des sanctions civiles, dont les insuffisances ne doivent mener à faire appel à la privation de liberté qu'en ultime recours¹³⁸⁸. La sanction pénale de l'inexécution des devoirs familiaux, qui se veut nocive autant qu'elle est efficace¹³⁸⁹, devrait alors plus généralement se concilier avec le contexte de sa perpétration et être prioritairement tournée vers le maintien du lien de famille¹³⁹⁰. À cette fin, « un dialogue doit s'instituer entre les spécialistes des deux matières »¹³⁹¹ puisque, « la confrontation de leurs conceptions respectives est appelée à se poursuivre, en particulier, dans le domaine des relations familiales où les interventions de la loi pénale qui longtemps étaient demeurées exceptionnelles tendent à se multiplier de nos jours »¹³⁹². L'exécution effective de l'entraide alimentaire participe dès lors de l'idéal de la coexistence vertueuse des matières pénale et familiale et ne peut être atteinte qu'au prix d'une adaptation réciproque des champs qui la gouvernent¹³⁹³, voire de leur mutualisation.

398. - En marge des déficiences que traduisent tant sa définition interne que ses manifestations externes, « l'abandon de famille continue de nourrir un contentieux

¹³⁸⁸ V. à ce titre les observations de P. MAISTRE DU CHAMBON, *Les aspects modernes de l'obligation de faire en droit pénal, civil et judiciaire*, op. cit., p. 521 : « la suppression de la prison pour dettes a toujours été présentée comme un progrès ; la recréer par des moyens détournés ce serait manquer à la plus élémentaire des logiques ». V. dans le même sens les préconisations de G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, op. cit., n° 99 et n° 100, pp. 100 et s. : « si la fonction dissuasive de la sanction pénale ne peut évidemment pas être niée, la peine mériterait un ajustement à la particularité des relations matrimoniales ». Une des solutions résiderait alors pour l'auteur dans l'instauration d'un fonds qui garantirait l'avancement automatique des arrérages dus et l'exercice ultérieur des poursuites à l'encontre des débiteurs défaillants par l'intermédiaire du mécanisme de la subrogation.

¹³⁸⁹ V. dans cette idée les propos de G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, n° 6, p. 338 : « l'intervention de la loi pénale assure d'une façon efficace l'exécution des obligations : c'est ainsi par exemple que la création du délit d'abandon de famille a permis le paiement de pensions alimentaires qui n'étaient pas acquittées par la mauvaise volonté du débiteur. Cette intervention a pourtant de graves inconvénients. L'emploi constant de la force publique dans les rapports privés crée pour l'État une charge qu'il ne peut remplir à la satisfaction générale ; il a de plus le défaut d'acclimater cette idée que seule l'injonction de la force publique est respectable ».

¹³⁹⁰ Pour un plaidoyer en faveur du caractère prospectif et pédagogique de la sanction pénale familiale, v. *infra*, n° 809 et s.

¹³⁹¹ A. LEGAL, « L'institution du divorce et le droit pénal », in *Mélanges offerts à P. VOIRIN*, L.G.D.J., 1966, p. 519.

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ V., pour le constat de la mise en place de cette adéquation en droit comparé, S. KIEFE, « Abandon de famille en droit français », *Gaz. Pal.*, 1972, 2, doct. p. 720. L'auteur remarque que « d'une manière générale, ce qui importe dans la plupart des pays, ce n'est pas le châtement du coupable mais surtout l'amélioration de ses relations avec sa famille afin qu'il se sente lié par une obligation envers elle ». La peine de sursis avec mise à l'épreuve serait ainsi généralement préférable à la privation de liberté, quand la peine contraventionnelle pourrait être assurée par l'instauration d'un fonds de garantie automatique.

abondant »¹³⁹⁴, qui « a principalement sa cause dans la détermination de nombreux débiteurs à échapper aux conséquences pénales de défaillances qu'ils attribuent volontiers à l'iniquité des obligations pécuniaires qui leur ont été imposées »¹³⁹⁵. Les contestations relatives à cette infraction ont en outre pour particularité d'être majoritairement fondées sur des considérations singulières, propres à chaque situation. Le fait spécifique est bien souvent évoqué comme obstacle matériel ou intellectuel à l'application générale du droit réprimant l'abandon de famille. Partant, la grande majorité des contentieux se fonde sur l'objet de l'élément matériel de l'infraction plus que sur cet élément lui-même et se rapporte à l'existence, à la permanence ou au montant de l'obligation inexécutée plutôt qu'à la question de son irrespect¹³⁹⁶. L'argumentaire peine alors souvent à convaincre étant donné que la jurisprudence traditionnelle¹³⁹⁷ fixe la constitution de l'abandon de famille sur la première décision prévoyant une obligation pécuniaire¹³⁹⁸. La majorité des revendications individuelles porte cependant sur l'élément moral de l'abandon de famille. La dimension intellectuelle de la contestation est en effet facilitée par le fait que la nature intentionnelle de l'infraction ne puisse normalement être déduite de la simple matérialité factuelle de l'abstention. Si l'imprudence résultant de l'oubli n'est pas opérante pour exclure la culpabilité du créancier, ce dernier peut cependant se prévaloir de son insolvabilité, dans la mesure où il n'est pas à l'origine de cette dernière. Seule l'abstention subie, extérieure et insurmontable est à ce titre susceptible d'exclure sa culpabilité. L'exigence de ces conditions permet dès lors d'affirmer que « l'abandon de famille est ainsi l'une des infractions qui fournit le plus d'exemples à la mise en œuvre de la contrainte ou force majeure comme cause subjective d'irresponsabilité pénale »¹³⁹⁹. Dans le cas contraire, le créancier sera en quelque sorte doublement coupable,

¹³⁹⁴ D. REBUT, « Abandon de famille (synthèse annuelle du contentieux) », *Dr. fam.*, 2000, n° 2, chron. 3. L'infraction d'abandon de famille représente d'ailleurs plus de 80 % de l'ensemble des condamnations pour atteintes à la famille, contre seulement 16 % pour la non-représentation d'enfant. V. *Annuaire statistique de la Justice*, 2011-2012, p. 173. La proportion importante qu'elle occupe au sein de ces dernières ne s'accompagne cependant pas d'une augmentation du nombre annuel de condamnations qui n'a cessé de diminuer depuis la suppression de la présomption de culpabilité.

¹³⁹⁵ *Ibid.* L'auteur met aussi l'accent sur la « lassitude de certains débiteurs à s'acquitter de paiements qui se prolongent longtemps et dont, avec le temps, ils ressentent moins qu'ils correspondent à des obligations dont le fondement est pourtant familial ».

¹³⁹⁶ Pour plus de détails sur l'analyse des prétentions relatives à ce délit, v. *ibid.*

¹³⁹⁷ V. *Cass. crim.*, 9 septembre 1968, *Bull. crim.*, n° 147 pour le caractère inopérant de la cassation ; *Cass. crim.*, 7 janvier 1969, *Bull. crim.*, n° 9 pour l'absence d'effet de la modification de l'obligation sur la constitution du délit d'abandon de famille et *Cass. crim.*, 7 octobre 1972, *Bull. crim.*, n° 306 pour un jugement identique dans le cas de la caducité de la décision qui a été transgressée.

¹³⁹⁸ La réduction ultérieure du montant de l'obligation alimentaire ne peut par exemple avoir pour effet de faire disparaître l'infraction qui sera consommée malgré l'effet rétroactif de cette révision. V. en ce sens l'analyse de P. MURAT, « La révision rétroactive de la contribution à l'entretien de l'enfant et le délit d'abandon de famille », *Dr. fam.*, 2008, comm. 131, à propos de la décision *Cass. crim.*, 4 juin 2008, inédit, n° 07-87.697. V. aussi *RTD Civ.*, 2008, n° 4, p. 669, note J. HAUSER.

¹³⁹⁹ D. REBUT, « Abandon de famille (synthèse annuelle du contentieux) », *art. préc.*

puisque'il se rendra dans le même temps¹⁴⁰⁰ auteur de l'infraction d'organisation frauduleuse de son insolvabilité¹⁴⁰¹, qui protège plus généralement la vocation successorale de la famille et les intérêts des créanciers¹⁴⁰². Les lacunes et incohérences révélées par l'analyse détaillée de l'infraction d'abandon de famille appellent alors à se concentrer sur sa vocation successorale, afin de prendre toute la mesure de la protection pénale des obligations familiales économiques.

B. La protection pénale apparente de la vocation successorale de la famille

399. - Le droit répressif incrimine l'organisation ou l'aggravation frauduleuse de son insolvabilité comme « le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile »¹⁴⁰³, comportement auquel est attachée une sanction de trois ans d'emprisonnement et de quarante-cinq mille euros d'amende¹⁴⁰⁴. Pendant pénal de l'action paulienne¹⁴⁰⁵, cette incrimination se donne pour objet d'encadrer plus strictement l'inexécution des créances patrimoniales¹⁴⁰⁶ et fait des créanciers de pensions alimentaires « une catégorie socialement digne de protection »¹⁴⁰⁷. Dans sa rédaction initiale¹⁴⁰⁸, le texte faisait état d'une

¹⁴⁰⁰ Les infractions d'abandon de famille et d'organisation frauduleuse d'insolvabilité peuvent en effet se cumuler à la condition qu'elles portent sur des faits distincts. V., pour une illustration de ce cumul, CA Paris, 10 juin 2004, *JCP G*, 2004, IV, p. 3375.

¹⁴⁰¹ V. C. pén., art. 314-7.

¹⁴⁰² D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 57, p. 88. Les auteurs relèvent à ce titre que « ces limites de l'abandon de famille confèrent par conséquent un intérêt certain à l'incrimination générale d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité ».

¹⁴⁰³ C. pén., art. 314-7, al. 1^{er}.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*

¹⁴⁰⁵ V. C. civ., art. 1167 qui dispose que les créanciers « peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ».

¹⁴⁰⁶ V., à propos de la nécessité de l'intervention répressive en ce domaine, Ph. BERTIN, « L'insolvabilité organisée et sa répression pénale », *Gaz. Pal.*, 1985, I, p. 332. L'auteur évoque les difficultés de mise en œuvre pratique de l'action paulienne qui lui enlèvent tout caractère dissuasif et efficace.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.* L'auteur considère que si la créance d'aliment était déjà protégée par l'intermédiaire du délit d'abandon de famille, « deux inculpations sont peut-être plus dissuasives qu'une seule », sachant que la seconde permet une bien meilleure répression de la complicité.

¹⁴⁰⁸ L. n° 83-608 du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d'infraction, *JORF* du 9 juillet 1983, p. 2122. V. C. pén., art. 404-1 (ancien).

condamnation pécuniaire. Le terme a par la suite¹⁴⁰⁹ été remplacé par la référence à la condamnation de nature patrimoniale, ce qui a considérablement étendu son champ d'application¹⁴¹⁰. L'irrespect du devoir alimentaire peut être assorti de peines plus sévères que celles qui encadrent le délit d'abandon de famille, lorsque cette violation manifeste au surplus l'intention frauduleuse d'organiser son insolvabilité dans le but de ne pas exécuter son obligation judiciaire¹⁴¹¹. La sévérité des sanctions se comprend en effet par la dangerosité sociale accrue de celui qui fait acte en amont de manœuvres précisément destinées à faire échec à l'exécution matérielle de son devoir. La consécration de cette manipulation délibérée, qui fait de l'anticipation criminelle un élément constitutif de l'infraction, « revient à analyser les mobiles du crime »¹⁴¹² et renvoie pour certains auteurs à la caractérisation d'un dol spécial¹⁴¹³. Cette conduite ne peut cependant pas être réprimée de façon isolée et devra être corroborée par une décision de justice postérieure pour entraîner l'application du droit pénal. L'acte matériel d'appauvrissement ne prend dès lors le visage d'une tromperie pénalement incriminée que par l'intermédiaire de la décision judiciaire. Le droit répressif s'attache également à la réalité sociale et prend en considération l'aide matérielle souvent apportée au débiteur auteur de ces manœuvres quand la complicité de cette infraction est efficacement réprimée et quand une solidarité dans la contribution à la dette est instaurée entre l'auteur et son complice¹⁴¹⁴. Il s'adapte enfin à l'interprétation extensive de la décision de justice qui enserme le délit d'abandon de famille en considérant que pour l'application de l'infraction d'organisation frauduleuse de son insolvabilité, « les décisions judiciaires et les conventions judiciairement homologuées portant obligation de verser des prestations, subsides ou contributions aux charges du mariage sont assimilées aux condamnations au paiement d'aliments »¹⁴¹⁵.

400. - Puisque les obligations familiales patrimoniales sont incluses dans son champ d'application, cette infraction a pu être analysée comme protégeant la vocation successorale

¹⁴⁰⁹ L. n° 87-1157 du 31 décembre 1987 relative à la lutte contre le trafic des stupéfiants et modifiant certaines dispositions du code pénal, *JORF* n° 3 du 5 janvier 1988, p. 159.

¹⁴¹⁰ V., à ce propos, Cl. DUCOULOUX-FAVARD, « L'organisation frauduleuse de son insolvabilité en droit pénal français », *LPA*, 23 novembre 1998, n° 140, p. 4.

¹⁴¹¹ L'absence de répression de l'inexécution des obligations conventionnelles témoigne ici de la volonté de réprimer uniquement les créanciers, victimes malheureuses d'une infraction pénale ou d'un divorce.

¹⁴¹² *Ibid.*

¹⁴¹³ V. not. G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Commentaire de la loi du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d'infractions », *D.*, 1984, Act. législ., p. 49.

¹⁴¹⁴ V. en ce sens C. pén., art. 314-8, al. 1^{er}, qui dispose que « la juridiction peut décider que la personne condamnée comme complice de l'infraction définie à l'article 314-7 est tenue solidairement, dans la limite des fonds ou de la valeur vénale des biens reçus à titre gratuit ou onéreux, aux obligations pécuniaires résultant de la condamnation à l'exécution de laquelle l'auteur de l'infraction a voulu se soustraire ».

¹⁴¹⁵ C. pén., art. 314-9. V. l'analyse de Ph. BERTIN, « L'insolvabilité organisée et sa répression pénale », *art. préc.*, spéc. p. 334, qui remarque « que ces dispositions n'autorisent aucune sanction des manœuvres destinées à échapper aux obligations pécuniaires résultant de la liquidation du régime matrimonial ».

de la famille, issue du lien de filiation ou d'alliance. Cette fonction demeure cependant isolée au sein d'un objet bien plus vaste et ne constitue qu'une traduction partielle de la réalité englobée par son champ d'application. Le délit, qui visait originellement à lutter contre le non-paiement des pensions alimentaires, peut tout aussi bien s'appliquer à l'égard d'une sanction répressive contraventionnelle. Si le champ d'incrimination de cette infraction recouvre en outre les créances familiales alimentaires se rapportant aux besoins essentiels qui permettent d'assurer la subsistance de la personne, il s'étend bien au-delà et n'est pas restreint à la sphère familiale. Sa répression inclut toute obligation patrimoniale, familiale ou non, alimentaire ou non et issue ou non d'une décision de justice rendue par la justice civile ou répressive. Dès lors, « il n'est pas possible de l'analyser comme visant à protéger la bonne exécution d'un devoir civil »¹⁴¹⁶ et la largesse de son contenu appelle alors inéluctablement à l'exclure du champ des infractions familiales. Quand bien même elle pourrait partiellement participer à la protection répressive de l'obligation familiale, cette incrimination n'aurait finalement rien de familiale puisque, à l'instar de l'abandon de famille, elle serait davantage fondée sur l'irrespect de la décision de justice que sur l'obligation qu'elle crée. Cette affirmation peut cependant être largement nuancée car les agissements sont aussi incriminés lorsqu'ils ont lieu avant la décision judiciaire constatant l'obligation. L'infraction recouvre finalement une portée très générale et consiste en le fait de s'appauvrir délibérément dans le but d'échapper au paiement d'une obligation de nature financière instaurée par la décision passée ou future d'une juridiction civile ou répressive. La valeur fondamentale constituée par le respect de la décision de justice pourrait alors revenir avec encore plus de vigueur quand l'infraction se réfère non seulement aux décisions exécutoires mais encore aux décisions non encore prononcées. Si elle œuvre certainement pour la protection générale du patrimoine des personnes, en marge de celle de la force exécutoire des décisions de justice, elle n'aurait pas pour vocation prioritaire de sanctionner les atteintes au patrimoine familial. Cette infraction aurait alors à la fois pour but la protection de l'actualité et de la potentialité judiciaire et pourrait être classée parmi les atteintes générales à la justice. Il est cependant délicat d'adhérer sans nuances à cette analyse tant la référence à l'antériorité judiciaire peut au contraire révéler un désintérêt pour la décision de justice. La classification légistique de cette incrimination amène en outre à tempérer le propos. D'abord référencée comme participant au droit pénal de la banqueroute, cette dernière est actuellement envisagée sous le prisme des appropriations frauduleuses¹⁴¹⁷. Elle consiste plus particulièrement en un acte de

¹⁴¹⁶ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 57, p. 88.

¹⁴¹⁷ V., pour une analyse de cette migration, Cl. DUCOULOUX-FAVARD, « L'organisation frauduleuse (...) », *art. préc.* L'auteur considère que « ce déplacement positionne le délit d'organisation d'insolvabilité frauduleuse dans son véritable cadre » puisque la banqueroute exige la cessation de paiements caractérisée par un passif exigible dépassant l'actif disponible et porte préjudice à un ensemble de créanciers quand l'organisation frauduleuse d'insolvabilité se contente de l'aggravation du passif, de la diminution de l'actif ou de la dissimulation des biens et des revenus et vise un créancier spécifique.

détournement et est de ce fait appréhendée au même titre que l'infraction d'abus de confiance¹⁴¹⁸ ou de détournement de gage ou objet saisi¹⁴¹⁹. Partant, c'est bien l'impératif de protection de l'intégrité psychique du débiteur trompé qui semble dominer celui de la bonne exécution des décisions judiciaires.

401. - Le respect des obligations familiales horizontales reste fondé sur la liberté et l'égalité dans le couple et appelle généralement le retrait du droit pénal en cas de fonctionnement pacifique de la famille. Le droit répressif se trouve néanmoins légitime à intervenir au soutien du droit familial chaque fois que l'intégrité physique, psychique ou économique de l'individu membre de la famille entre en jeu. La famille en crise apparaît dès lors comme un terrain de prédilection, au sein duquel il appréhende la sphère familiale à travers ses composantes individuelles. De ce fait, le droit pénal protège généralement la vulnérabilité plus ou moins affirmée de la personne à travers la sanction de l'inexécution de l'obligation patrimoniale dont elle est judiciairement créancière. La protection pénale des obligations matrimoniales est limitée quant aux droits et devoirs exercés par l'autre époux pendant le mariage et se révèle indirecte à propos du mauvais exercice des obligations judiciaires imposées après le mariage. Si la protection répressive des obligations de couple issues d'un lien pacsal ou de concubinat est prise en compte de la même façon concernant les atteintes personnelles, elle demeure largement ignorée au sujet des atteintes matérielles, qui mériteraient d'être étendues au premier d'entre eux. Cet alignement, qui prendrait acte de la réalité contemporaine du pluralisme conjugal, aurait pour vertu de parfaire l'unification pénale du lien de couple et rejoindrait l'idée de l'existence d'un droit commun de la sanction pénale¹⁴²⁰. Il irait au surplus dans le sens de l'uniformisation du lien familial pénal, qui pourrait former la première pierre de l'édifice du droit pénal commun du couple. Les défaillances répressives qui ressortent de l'analyse de la sanction pénale de l'inexécution des devoirs familiaux horizontaux mettent en exergue une protection pénale résiduelle de l'existence du lien de couple. L'observation « interroge alors sur la réalité de la sanction pénale des devoirs familiaux et mérite d'être vérifiée à propos des infractions pénales sanctionnant le non-respect des effets personnels des liens de famille », qui se manifestent à travers les obligations familiales verticales existant entre les parents et l'enfant. L'analyse n'est guère plus satisfaisante à l'égard des obligations familiales verticales, qui souffrent d'une protection pénale plutôt sommaire.

¹⁴¹⁸ C. pén., art. 314-1.

¹⁴¹⁹ C. pén., art. 314-5.

¹⁴²⁰ V., pour la définition et le contenu de cette notion, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, *op. cit.*, n° 260 et s., pp. 261 et s.

SECTION 2. LA PROTECTION PÉNALE SOMMAIRE DES OBLIGATIONS FAMILIALES VERTICALES

402. - Dans son sens relationnel, le lien familial théorique qui naît entre les membres du couple représenté par le parent et l'enfant existe en parallèle de celui qui existe entre les parents et se manifeste également à travers la présence de règles pratiques. Cette objectivation se matérialise par l'existence de droits et obligations qui incombent réciproquement à chaque individu inclus dans un lien de parenté. Dès lors que les effets concrets du lien relationnel de filiation sont circonscrits au cercle restreint du couple formé par le parent et l'enfant, les acteurs qui le constituent sont les seuls organes susceptibles de leur porter atteinte. À l'instar du raisonnement qui a été opéré à l'égard du lien de couple qui existe entre deux individus majeurs, les atteintes externes aux obligations issues du lien de parenté seront exclues de la présente étude, bien que le comportement du tiers soit parfois assimilé par le droit pénal à celui du titulaire de l'autorité parentale. Les atteintes aux devoirs familiaux verticaux sont alors logiquement uniquement susceptibles de constituer des infractions intrafamiliales. En ce qu'elles touchent exclusivement les individus directement unis par un lien de filiation, elles peuvent au surplus être qualifiées d'infractions intraparentales, entendues comme celles qui se produisent à travers et par le lien de parenté.

403. - Appréhendées restrictivement, les obligations familiales verticales s'entendent de celles qui découlent du lien de filiation. Cette dernière doit être perçue très largement et englobe la filiation naturelle, légitime ou adoptive, puisque le droit les considère désormais de façon indifférenciée. Partant, ces obligations incombent nécessairement aux individus inclus dans un lien de filiation et se rapportent restrictivement aux obligations légales qui existent entre les parents et les enfants. Le droit prend cependant également en compte le lien de famille vertical plus lointain et se réfère fréquemment aux ascendants et aux descendants. La fonction parentale est donc souvent appréhendée largement par le droit pénal qui n'hésite pas à étendre le lien de filiation à ses titulaires ou à y assimiler les démembrements légaux et judiciaires d'autorité. Les conséquences juridiques du lien de filiation sont en effet avant tout protégées en ce qu'elles concernent des protagonistes particuliers, dont l'un dispose classiquement d'une autorité sur l'autre, qui manifeste une vulnérabilité¹⁴²¹. Si le schéma fait

¹⁴²¹ V., pour une analyse de la notion d'autorité rapportée à l'enfant en droit pénal, G. FOURNIER, « La référence à l'autorité à l'égard de l'enfant en sciences criminelles », in *Étude offerte à H. D. COSNARD, La terre, la famille, le juge*, Economica, Travaux et recherches de la faculté de droit et de sciences politiques de Rennes, 1990, p. 223. L'auteur précise que « le concept d'autorité est de ceux qui n'existent que par une affectation fonctionnelle sans laquelle le juriste ne les reconnaîtrait pas », pour affirmer que « lorsque notre droit criminel aborde le domaine des rapports interindividuels en termes d'autorité, c'est pour prendre en compte le pouvoir, dont prétend se prévaloir un individu à l'encontre d'un autre sans autre préoccupation que la satisfaction d'un intérêt strictement personnel voire égoïste » et que « c'est alors la légitimité de ce pouvoir, ou de cette autorité, qui est objet de la norme pénale en tant que révélateur de la licéité de l'acte individu ».

classiquement référence à l'autorité dont dispose le parent ou ascendant sur son enfant ou descendant, il peut cependant être inversé et se rapporter au lien qui existe entre un enfant ou descendant majeur avec son parent ou ascendant vulnérable. Si les protagonistes du lien de filiation sont chacun susceptibles de se voir imputer des obligations à l'égard des autres, ces dernières ne sont pas toujours identiques et n'existent pas nécessairement dans un rapport de réciprocité. Certaines pourront être exigées en sens unique et arborer un caractère unilatéral quand d'autres s'établiront dans les deux sens et révéleront une nature bilatérale.

404. - L'étude des différentes obligations issues des rapports de famille verticaux laisse se dessiner plusieurs typologies qu'il est possible de mettre en parallèle avec cette distinction. La catégorie des obligations unilatérales revêt en effet une physionomie particulière et se compose majoritairement d'obligations morales imposées aux parents envers leurs enfants quand celle des obligations bilatérales se rapporte généralement à des obligations qui ont pour objet la protection physique de l'individu. Cela se comprend aisément à l'égard de chaque versant de cette classification. L'obligation morale est en effet classiquement unilatérale puisqu'elle se rapporte directement à un devoir général d'instruction. Elle se matérialise alors uniquement envers celui qui doit être formé et touche exclusivement l'individu qui dispose de la qualité et de l'autorité nécessaire à ce dessein. Ces obligations se rapportent donc concrètement à celles qui incombent aux parents vis-à-vis de leurs enfants. À l'inverse, l'obligation qui a pour objet la protection physique de l'individu et qui consiste généralement à ne pas lui porter atteinte prend une dimension toute particulière au sujet de la famille et incombe à chaque membre de cette dernière. Le respect dû à tout individu en société est en quelque sorte exacerbé par le contexte familial, notamment lorsqu'il inclut des protagonistes vulnérables. Par conséquent, les effets verticaux du lien de famille relationnel sont susceptibles de s'appréhender à l'aune de la nature des obligations qu'ils contiennent.

405. - Bien que l'ensemble des obligations issues du lien de filiation constitue un statut juridique unitaire et global, le droit pénal ne semble pas lui réserver un sort unique et fait œuvre d'une appréhension asymétrique. La prééminence répressive est en effet donnée au domaine qui touche l'intégrité physique de l'individu de surcroît vulnérable, quand la protection des conséquences morales du lien de filiation souffre d'un désintérêt répressif certain. À l'instar de ce qui est à l'œuvre pour la dichotomie consacrée par les obligations personnelles et économiques du lien de couple, la primauté répressive est donnée à la protection de l'intégrité physique de l'individu. En ce qu'elles intéressent directement la protection de la personne et concernent souvent un individu vulnérable, les atteintes physiques bilatérales qui peuvent se perpétrer dans le cadre d'un lien de filiation s'affichent comme l'objet d'une protection supérieure à celle octroyée à l'inexécution d'obligations qui engendrent une atteinte à l'intégrité morale de l'individu. Puisqu'il est logiquement plus

certain et solide que le lien de couple, le lien de filiation devrait bénéficier d'une protection pénale inférieure à celle accordée à ce dernier. Il peut en effet être rationnel de vouloir protéger davantage ce qui est le plus fragile. Toutefois, à partir du moment où il inclut généralement la personne de l'enfant, par essence vulnérable, le lien de filiation bénéficie au contraire d'une protection générale supérieure à celle qui se rapporte au lien de couple. L'ensemble de la défense répressive des obligations qui en sont issues reste néanmoins assez timide et participe du mouvement général de désintérêt répressif. L'indifférence subsiste mais devient moindre et la protection pénale des obligations engendrées par le lien de filiation s'inscrit dans une dichotomie de nature, sur laquelle il paraît opportun de fonder cette réflexion. Si l'étude de l'encadrement des atteintes morales qui peuvent lui être portées révèle une protection pénale décevante des obligations verticales unilatérales (§1), l'appréhension des atteintes physiques qui peuvent se perpétrer à l'occasion de la violation des obligations verticales bilatérales s'avère plutôt satisfaisante (§2).

§1. Une protection pénale décevante des obligations verticales unilatérales

406. - La filiation s'entend du lien de parenté légitime, naturel ou adoptif qui existe entre deux individus. Les atteintes qui peuvent lui être portées regroupent « les divers délits qui, tendant à oblitérer, dès l'origine, la filiation véritable de l'enfant (en fait la maternité), sont de nature à séparer l'enfant de ses auteurs non seulement en fait mais en droit (par atteinte à son état civil) »¹⁴²². Lorsqu'elle est constatée juridiquement, l'existence du lien de filiation engendre avec elle la création de droits et obligations. Le statut parental induit dès lors un certain nombre de prérogatives et de devoirs à l'égard de ses différents protagonistes, qui ont pour ambition le maintien de l'ordre parental et social. Dans leur acception morale, ces obligations se rapportent aux devoirs unilatéralement imposés aux parents à l'égard de leurs enfants. Cette contrainte, qui participe de la responsabilité parentale, est le corollaire impérieux de l'autorité dont disposent les parents à l'égard de leurs enfants mineurs. Ces derniers, par essence vulnérables, doivent en effet bénéficier d'une protection particulière de la part de ceux qui sont à l'initiative de la filiation et qui doivent précisément œuvrer pour leur protection. Partant, c'est « la spécificité d'état d'enfant qui semble justifier une telle différence de traitement pénal »¹⁴²³. La protection répressive de l'enfant s'adapte à « l'idée d'une famille à configuration variable autour de l'enfant »¹⁴²⁴. Elle peut alors revêtir plusieurs

¹⁴²² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2014, V^o « Filiation », 3^{ème} acception (atteintes à la), p. 458.

¹⁴²³ G. FOURNIER, « La référence à l'autorité à l'égard de l'enfant en sciences criminelles », *art. préc.*, spéc. p. 225.

¹⁴²⁴ J. COMMAILLE, « L'autorité parentale en question », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Chr. CHOAIN (dir.), *L'autorité parentale en question*, PU Septentrion, 2003, p. 221.

formes et arbore en outre un versant psychologique. La verticalité inhérente au lien familial de filiation se conçoit dans son acception unilatérale et doit être appréhendée dans sa dimension descendante. L'obligation morale ou psychologique existe dès lors en ce sens unique et se dirige uniquement de la personne du parent vers celle de l'enfant.

407. - Dans son acception psychologique, le lien familial vertical descendant inclut alors toutes les obligations parentales morales à travers lesquelles les parents jouent un rôle actif dans la construction de l'enfant. Partant, ils ne peuvent se contenter de rester passifs et les obligations qui leur incombent se traduisent généralement par des devoirs positifs. Les parents doivent en effet exercer conjointement une autorité parentale à l'égard de l'enfant, envers lequel ils sont parallèlement tenus à un devoir général d'éducation. À ce titre, la composante autoritaire de la parenté est mise au service de l'éducation de l'enfant¹⁴²⁵. Le devoir parental d'éducation et l'autorité parentale s'inscrivent dans un lien de droit privé qui devrait par conséquent exclure toute intervention répressive. Si le droit répressif reste réticent à pénaliser les effets du lien familial de couple, au sein duquel les membres de ce dernier sont placés sur un pied d'égalité, l'entrain pour la répression des effets du lien familial de filiation se comprend aisément quand il contient par essence un rapport déséquilibré. Par conséquent, « cette opposition, entre couple et parenté, s'explique par la nature profondément différente des relations de couple et des relations de parenté : les premières obéissent à des principes d'égalité et de liberté qui justifient le retrait du droit pénal ; en revanche, l'inégalité inhérente à la relation parent/enfant (l'un étant en charge, l'autre à charge), ainsi que la nécessité pour l'État de veiller à la construction des adultes en devenir, expliquent sans peine que le droit pénal investisse encore la fonction parentale »¹⁴²⁶. Le droit pénal existe finalement comme un rempart utile à l'enfant pour restaurer l'équilibre rompu par l'essence de son statut et le mettre à égalité avec celui de ses parents. Adhérant en quelque sorte à l'idéologie contemporaine de « mythification de l'enfant »¹⁴²⁷, sa protection pénale a néanmoins tendance à survenir chaque fois que la personne de l'enfant est concernée et que son intégrité psychique ou corporelle

¹⁴²⁵ V. *ibid.*, p. 227, pour une analyse des contradictions que peut entraîner la question de la compatibilité entre l'autorité parentale et l'autonomie des droits et libertés de l'enfant. Le sociologue fait référence à la « théorie des obligations à l'égard de l'enfant » de la philosophe anglaise O. O'NEILL qui affirme que regarder l'enfant sous le prisme des droits fondamentaux revient à le penser « comme un individu conçu à égalité, comme un partenaire au sein d'une relation de réciprocité » et que ne pas le penser avant tout comme un « objet de sollicitudes » risque d'entraîner un « déclin de la parentalité qui aurait pour épicycle le rétrécissement des exigences purement éthiques par la promotion de la problématique de l'émancipation de l'enfant, c'est-à-dire de sa promotion comme sujet de droits ».

¹⁴²⁶ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 60, p. 89.

¹⁴²⁷ J. COMMAILLE, « Point de vue – Violences intrafamiliales : l'exigence d'une politique publique », *art. préc.*, spéc. p. 12. Le sociologue précise au sujet de l'enfant qu'« il semble bien que ce soit le désarroi provoqué par les incertitudes de la structure familiale, aboutissant à faire de l'enfant le dernier repère stable, qui conduise finalement à canaliser de plus en plus sur lui les énergies publiques jusqu'à cette sorte de mythification de l'enfant [...] ». Les déficiences des structures familiales engendreraient de la sorte un regain d'attention du droit répressif pour l'intérêt de l'enfant au sein de la mise en œuvre des relations familiales.

peut être mise en cause. Le « pédocentrisme »¹⁴²⁸ qui caractérise le droit de la famille contemporain aurait alors tendance à rejaillir sur le droit répressif¹⁴²⁹. Bien qu'il apporte un soin tout particulier à la préservation de l'intérêt de l'enfant, le droit répressif n'accorde cependant pas la même protection à toutes les obligations dont l'inexécution est susceptible de lui porter préjudice. Au sein des atteintes issues de la violation d'obligations morales qui incombent aux parents, il instaure notamment une gradation entre le devoir d'éducation et le bon exercice de l'autorité parentale. Le premier souffre en effet d'une protection pénale confuse (A) quand la seconde n'est appréhendée que de façon très relative par le droit répressif (B).

A. La protection pénale confuse de l'obligation parentale d'éducation

408. - Considéré sous le prisme de la parenté, le lien de filiation crée un certain nombre d'obligations unilatérales, au sein desquelles il existe une obligation générale d'éducation. En tant qu'initiateurs uniques du lien qui les associe à leur enfant, les parents, qui disposent d'une liberté absolue quant à sa création, sont en effet corollairement contraints d'assumer les effets qu'il engendre. Ces conséquences peuvent alors recouvrir une dimension pédagogique et se formaliser à travers un devoir de formation sociale et d'instruction éducative. Afin de participer efficacement à la construction du psychisme et de la personnalité de leur enfant, qui est un adulte en devenir, les parents doivent dès lors lui permettre d'avoir accès à l'enseignement et lui procurer une éducation morale participant de l'apprentissage des règles de vie en société. Partant, le devoir d'éducation scolaire et sociale existe comme le contrepoids moral de la liberté décisionnelle qui entoure la création du lien de filiation¹⁴³⁰.

409. - L'exécution de ces obligations semble à première vue naturelle et inhérente à la fonction parentale. Elle relève généralement d'une exécution spontanée, désirée et orientée vers l'intérêt de l'enfant, qui devient le protagoniste privilégié de la sphère familiale. La nature intrinsèque des obligations parentales induit normalement leur réalisation et s'oppose

¹⁴²⁸ Pour reprendre les propos de J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, T. 1, PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 409, p. 833. La répression contemporaine des violences familiales érige cependant la femme vulnérable en figure de proue de la protection pénale. Le pédocentrisme se recentre donc sur d'autres acteurs qui manifestent également une vulnérabilité particulière au sein du couple et existe désormais aux côtés du *fémicentrisme*.

¹⁴²⁹ V. en ce sens les observations de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 60, p. 89 : « force est alors de constater que le droit pénal ne soutient plus que la fonction parentale, au sens large (incluant les démembrements de l'autorité que la loi ou le juge reconnaît parfois à des tiers sur l'enfant) ».

¹⁴³⁰ Cette contrepartie est cependant moins prégnante dans le cas où l'enfant est confié à une personne morale qui en est juridiquement responsable mais avec laquelle il entretient une relation beaucoup plus désincarnée. Dans ce contexte, l'obligation s'écarte du domaine familial pour prendre une dimension plus administrative.

dès lors à toute intervention publique. La nécessité de l'encadrement étatique des obligations parentales revient cependant aussi fortement qu'elle est originairement écartée lorsque les parents sont précisément à l'initiative de l'inexécution de leurs propres obligations. L'inobservation de ces obligations, qui peut avoir des conséquences désastreuses sur l'intégrité physique et psychique de l'enfant, s'avère particulièrement nuisible quand ses auteurs sont précisément ceux censés les garantir. De protecteurs naturels, les parents deviennent en ce sens détracteurs potentiels de l'intégrité de l'enfant. Partant, les incriminations protégeant la famille et l'enfant revêtent une importante sociale particulière¹⁴³¹ et le droit pénal peut constituer un renfort essentiel à l'observation du devoir familial de parenté¹⁴³². En ce qui concerne la protection de l'intégrité morale de l'enfant, le droit répressif apporte notamment son soutien à l'exécution des obligations parentales d'éducation par l'intermédiaire de la répression du manquement particulier à l'obligation d'enseignement scolaire et au devoir plus général de formation sociale. À la pénalisation spécifique de l'atteinte à la scolarisation de l'enfant correspond dès lors une pénalisation générale de l'atteinte qui peut être portée à sa moralité. La première souffre cependant de certaines incohérences (1) quand la seconde s'éloigne clairement de l'obligation familiale (2).

1. La pénalisation incohérente de l'atteinte à la scolarisation de l'enfant

410. - La scolarisation, qui peut se concevoir comme le moyen le plus accessible et le plus à même de contribuer à l'apprentissage général de la culture, participe de la formation sociale de l'individu et constitue un facteur primordial d'intégration. Ainsi, elle demeure une des clefs privilégiées de l'adaptation sociale de l'individu. Ce rôle révèle l'importance qu'occupe l'accompagnement parental à la scolarité dans la construction personnelle de l'enfant. La famille y joue un rôle primordial en ce qu'elle participe directement à la scolarisation de l'enfant qui a une influence manifeste sur sa socialisation. « L'analyse du système éducatif familial se révèle donc être un champ important de recherche susceptible d'aider à la compréhension des phénomènes »¹⁴³³ auquel le droit pénal doit s'adapter quand il intervient dans la gestion des obligations parentales. La scolarisation peut se concevoir comme une obligation à coloration administrative qui incombe à la famille de l'enfant. Elle se pose finalement comme un facteur fondamental d'autonomisation et d'épanouissement individuel,

¹⁴³¹ V. pour cette idée R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 2046, p. 1661: « à toutes les époques et dans tous les pays du monde, c'est par la famille que se sont transmis le langage, les valeurs religieuses, morales et sociales essentielles, la culture [...] ». Si la laïcisation de la société contemporaine appellerait certainement à amoindrir le poids occupé par la valeur religieuse au sein de la famille, l'idée fondamentale de transmission globale des valeurs sociales reste intemporelle.

¹⁴³² V. not. R. BONNEAUDEAU, *La parenté et le droit pénal*, Thèse, Lille, 1968.

¹⁴³³ G. BERGONNIER-DUPUY, « Famille(s) et scolarisation », *Revue française de pédagogie*, 2005, n° 151, p. 5.

et apparaît en ce sens comme une valeur sociale digne de protection répressive. Quand il intervient pour protéger la bonne exécution des obligations familiales, le droit pénal n'est pas non plus exempt d'intérêt en ce que l'absence de scolarisation et la déscolarisation ont parfois été analysées comme des causes de la genèse de la délinquance des mineurs¹⁴³⁴.

411. - Le droit répressif protège le devoir d'enseignement scolaire et pénalise spécifiquement l'atteinte à la scolarisation de l'enfant en incriminant tout d'abord « le fait, par les parents d'un enfant ou toute personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou une autorité de fait de façon continue, de ne pas l'inscrire dans un établissement d'enseignement, sans excuse valable, en dépit d'une mise en demeure de l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation »¹⁴³⁵ et attache à ce délit une peine de six mois d'emprisonnement et de sept mille cinq cents euros d'amende. La répression de ce comportement, qui a pour objectif de lutter contre la mise en péril des mineurs et se situe parmi les atteintes aux mineurs et à la famille, est issue de la réforme tendant au renforcement et au contrôle de l'obligation scolaire du 18 décembre 1998¹⁴³⁶. Ce texte précise notamment que « le droit de l'enfant à l'instruction a pour objet de lui garantir, d'une part, l'acquisition des instruments fondamentaux du savoir, des connaissances de base, des éléments de la culture générale et, selon les choix, de la formation professionnelle et technique et, d'autre part, l'éducation lui permettant de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle et d'exercer sa citoyenneté »¹⁴³⁷. La réforme insiste donc sur le caractère fondamental de l'instruction, qu'elle réaffirme dans toutes ses composantes, et précise en outre que les établissements d'enseignement doivent prioritairement assurer cet objectif. Si l'enseignement de l'enfant peut donc être prodigué à domicile directement par les parents, ce mode d'administration de la connaissance n'est pas celui que le législateur entend privilégier. Cela se comprend aisément puisque la confrontation avec le monde extérieur revêt une importance primordiale dans le processus de construction sociale de l'enfant, que l'éducation dans la famille reste insusceptible d'apporter. Cette disposition a par ailleurs pour objet implicite de lutter contre les pratiques de certaines sectes qui organisent la scolarité des enfants. Le droit répressif encadre également de façon spécifique l'assiduité scolaire¹⁴³⁸ qui

¹⁴³⁴ Sur l'influence du milieu familial dans l'apparition de la criminalité, v. *infra*, n° 676 et s.

¹⁴³⁵ C. pén., art. 227-17-1, al. 1^{er}.

¹⁴³⁶ L. n° 98-1165 du 18 décembre 1998 tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire, *JORF* n° 296 du 22 décembre 1998, p. 19348.

¹⁴³⁷ *Ibid.*, art. 1^{er}.

¹⁴³⁸ V. pour le détail de cette obligation et du contenu de la contravention, J. AMAR, « Contraventions contre les personnes, manquement à l'obligation d'assiduité scolaire », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. R. 624-7, Fasc. 20, 2008. L'obligation scolaire existe légalement dans l'intérêt de l'enfant et répond au caractère obligatoire de l'école pour les enfants de six à seize ans. L'auteur précise à cet égard que « la protection de l'intérêt de l'enfant légitime ainsi trois obligations : une obligation de scolarisation à charge des personnes ayant autorité sur l'enfant ; une obligation pour le service public de l'éducation de l'accueillir et de lui transmettre des connaissances ; une obligation d'assiduité ».

est définie à travers le code de l'éducation¹⁴³⁹, en instaurant une peine contraventionnelle de quatrième classe à l'égard du parent d'un enfant soumis à l'obligation scolaire ou de toute autre personne qui exerce une autorité parentale ou une autorité factuelle et continue à son égard « de ne pas imposer à l'enfant l'obligation d'assiduité scolaire sans faire connaître de motif légitime ou d'excuse valable ou en donnant des motifs d'absence inexacts »¹⁴⁴⁰. La complicité de cette infraction est également incriminée si elle se commet par aide ou assistance¹⁴⁴¹. Cette incrimination qui substitue une contravention de quatrième classe à une contravention de deuxième classe « pour sanctionner un manquement à l'obligation d'assiduité illustre une nouvelle façon de penser les relations sociales »¹⁴⁴² qui s'avère assez critiquable. La sanction pécuniaire, de surcroît assez faible, reste en effet impropre à dissuader les parents qui refusent préalablement d'obtempérer et reste généralement inapte au rétablissement de la socialisation de l'enfant.

412. - Ces infractions réaffirment l'intérêt de la société pour l'exercice du devoir parental d'éducation et instaurent, aux côtés de l'abandon pécuniaire de famille ou l'abandon moral d'enfant, « une sorte d'abandon scolaire de l'enfant »¹⁴⁴³. Leur rédaction n'est cependant pas sans susciter quelques interrogations. Si les peines attachées à ces comportements ne sont pas empreintes d'une très grande sévérité, leur nature est sujette à questionnements. La peine privative de liberté reste tout d'abord exclue puisqu'elle est largement incompatible avec le maintien du lien familial. La thèse de l'incompatibilité de la privation de liberté avec la reconstruction du lien de famille trouve en outre encore plus de cohérence lorsque le lien de filiation est concerné. La brièveté de la privation encourue pourrait alors nuancer l'argument. Ce dernier nous semble cependant devoir être affirmé avec autant de vigueur à l'égard des courtes peines d'emprisonnement qui sont parfois les plus dangereuses pour la survie du lien familial, puisqu'elles le paralysent assez longtemps pour anéantir toute perspective de reconstruction et ne sont pas adaptées à la resocialisation de l'auteur. Le champ d'application personnel de ces incriminations regorge ensuite de précisions qui peuvent rendre le dispositif incohérent. Loin de se restreindre à la personne des parents, la liste des auteurs potentiels des atteintes à la scolarisation révèle un vaste domaine d'application. Si l'atteinte à l'obligation scolaire peut logiquement relever du domaine parental, elle peut parallèlement être le fait de

¹⁴³⁹ C. éd., art. L. 511-1 : « les obligations des élèves consistent dans l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études ; elles incluent l'assiduité et le respect des règles de fonctionnement et de la vie collective des établissements ».

¹⁴⁴⁰ C. pén., art. R. 624-7, al. 1^{er}.

¹⁴⁴¹ C. pén., art. R. 624-7, al. 2.

¹⁴⁴² J. AMAR, « Contraventions contre les personnes, manquement à l'obligation d'assiduité scolaire », *préc.*, n° 9.

¹⁴⁴³ J.-Fr. SEUVIC, « Mise en péril des mineurs, Manquement à l'obligation scolaire : nouveaux articles 227-17 et 227-17-2 du Code pénal », *RSC*, 1999, p. 359.

toute personne qui exerce une autorité parentale ou une autorité factuelle continue à l'égard de l'enfant.

413. - À travers la pluralité d'auteurs concernés, le droit répressif affirme alors une conception extensive de la parenté, qu'il étend à l'exercice de l'autorité parentale, voire à l'autorité factuelle, à partir du moment où cette dernière se manifeste dans une continuité temporelle. Si la chose se comprend à l'égard de la première catégorie de personnes, qui traduit la prise en compte des démembrements juridiques de l'autorité parentale, elle est en revanche plus discutable en ce qui concerne la simple autorité factuelle. L'exigence du caractère continu de cette dernière semble cependant lui accorder une certaine légitimité. En effet, puisqu'elle n'inclut précisément aucune responsabilité envers l'enfant, la relation factuelle isolée ou temporaire ne paraît pas pouvoir légitimement engendrer la répression. Lorsqu'elle devient continue ou permanente, cette même relation est néanmoins susceptible de voir s'installer une dynamique autoritaire, à l'intérieur de laquelle l'individu sera moralement redevable d'obligations envers l'enfant qu'il accepte de prendre à sa charge. Partant, l'obligation de scolarité et d'éducation incombe à toute personne inscrite dans un lien d'autorité avec le mineur. Le droit pénal, qui met l'autorité naturelle, juridique ou factuelle sur un pied d'égalité, affiche une primauté pour la composante autoritaire de l'obligation parentale. L'intervention répressive dans l'obligation de scolarité s'émancipe de la définition civile de la parenté pour y assimiler l'autorité juridique ou l'autorité factuelle qui prend le visage de la parenté.

414. - Cette dilatation du lien parental a pu amener certains auteurs à considérer la fonction expressive du droit pénal comme malmenée, « puisqu'il punit identiquement les proches parents qui assument la charge de l'enfant comme un devoir juridique et les étrangers qui n'exercent sur l'enfant qu'une autorité de fait continue, sans y être tenus par un lien de famille, ou une décision de justice »¹⁴⁴⁴ et conclure qu'il serait « plus cohérent de faire varier la peine en fonction de la qualité de l'auteur de l'infraction »¹⁴⁴⁵. La gradation répressive qui pourrait être instaurée ne serait cependant certainement pas la plus cohérente et susciterait des difficultés qui se concrétiseraient tant par rapport au critère de la distinction que du point de vue de ses effets. Elle pourrait en premier lieu se fonder sur la parenté et aggraver uniquement le sort du parent qui commet l'infraction. La référence parentale ne semble toutefois pas la plus propice à traduire la réalité du comportement. L'aggravation pourrait en second lieu être fondée sur la qualité de titulaire de l'autorité parentale et ferait encourir une peine plus sévère aux parents comme aux tiers qui en disposent. La chose serait alors logique car le devoir légal

¹⁴⁴⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 63, p. 91-92, note 207.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*

d'éducation n'est pas exclusivement lié à la qualité de parent mais accompagne plus généralement la détention de l'autorité parentale. L'idée de sanctionner plus sévèrement celui qui viole le devoir qu'il est censé exécuter le plus naturellement peut attirer. Il semble malgré tout que cette violation ne soit pas forcément moins grave si elle provient d'un titulaire de l'autorité parentale qui ne l'est pas initialement mais a factuellement accepté de le devenir.

415. - En outre, cette différenciation ne paraît pas réellement correspondre à la philosophie dont le droit pénal entend faire preuve à l'égard du lien familial. Ce dernier impose en effet son autonomie en unifiant le régime de l'incrimination des différents liens d'autorité, qu'il serait alors étrange de différencier au niveau de la sanction. La préservation réelle du lien familial appellerait au contraire à postuler l'absence de pénalisation du comportement ou l'instauration de mesures alternatives à l'emprisonnement. Ces dernières se conçoivent cependant difficilement au regard de l'objet réel des infractions considérées. La distension répressive du lien parental résulte en réalité davantage du sujet de l'obligation que de son objet. L'explication se trouve en effet du côté de la personne à l'égard de qui elle doit être exécutée¹⁴⁴⁶. Chaque fois qu'une atteinte physique ou morale peut être portée à l'intérêt de l'enfant, le droit répressif adopte une conception étendue du lien qu'il appréhende. Ce déploiement révèle une fois encore l'autonomie du droit pénal qui affiche une conception spécifique de la parenté. La répression se désintéresse de l'obligation familiale pour protéger l'enfant à travers la garantie de son exécution par les individus qui y sont tenus juridiquement ou factuellement. En marge du droit pénal commun du couple dont il a été fait état, le droit pénal met en place un droit pénal commun de l'autorité parentale. L'analyse révèle alors une définition spécifique du lien parental pénal, qui s'écarte de la parenté familiale, pour investir la parenté autoritaire. La pénalisation spécifique de l'atteinte à la scolarisation de l'enfant présente en définitive certaines incohérences, auxquelles il est difficile de remédier. Le droit répressif ne restreint toutefois pas son action à ce devoir particulier mais instaure une protection simultanée du devoir général de formation sociale de l'enfant qui se formalise à travers la pénalisation de l'atteinte à sa moralité. L'obligation constituée par cette dernière est cependant appréhendée dans une dimension subsidiaire et révèle une fois encore l'autonomie et l'utilitarisme de la matière répressive.

¹⁴⁴⁶ La répression spécifique de la complicité de l'atteinte à l'obligation d'assiduité scolaire démontre bien le caractère prioritaire accordé à l'intégrité morale de l'enfant et étend même indirectement la répression au lien factuel isolé, voire au simple lien avec la personne qui dispose de l'autorité.

2. La pénalisation accessoire de l'atteinte à la formation sociale de l'enfant

416. - Le devoir parental d'éducation ne se cantonne pas à l'obligation de scolarisation, qui se rapporte au savoir culturel mais inclut une dimension d'apprentissage social généralisé. À l'instar de ce qu'il met en œuvre pour l'obligation spécifique de scolarisation, le droit pénal se donne pour ambition de participer à la bonne exécution générale des obligations légales qui incombent aux parents. À cette fin, il incrimine « le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur »¹⁴⁴⁷ et punit ce comportement de deux ans d'emprisonnement et de trente mille euros d'amende. Par l'intermédiaire de cette incrimination, qui se conçoit comme le pendant moderne de l'infraction d'abandon moral d'enfant¹⁴⁴⁸, dont seul l'aspect éducatif a été conservé, ce dernier semble protégé contre le mauvais exercice du devoir général d'éducation morale¹⁴⁴⁹. Si le champ d'application obligationnel de ce délit est bien plus important que celui qui caractérise les infractions pénalisant l'inexécution de l'obligation de scolarité, son champ d'application personnel se veut quant à lui bien plus restreint. La soustraction à l'obligation légale est en effet uniquement réprimée si elle est le fait d'un parent et ne peut être reprochée à la personne qui exerce une autorité juridique ou factuelle à l'égard du mineur. Cette restriction se comprend puisqu'il s'agit précisément de sanctionner le manquement illégitime aux obligations légales qui incombent au père ou à la mère pendant toute la minorité de l'enfant¹⁴⁵⁰. La primauté précédemment accordée à l'autorité parentale aurait cependant pu mener le législateur à inclure les individus disposant juridiquement de cette autorité dans son champ. Le principe de l'interprétation stricte invite cependant à évincer du champ de cette incrimination les détenteurs de l'autorité parentale qui ne sont pas les parents. La qualité de parent induit non seulement l'existence d'une obligation de scolarisation mais implique aussi d'autres obligations qui se détachent de l'autorité parentale. L'obligation de scolarité constitue une obligation morale renforcée et occupe une place primordiale au sein des obligations issues de l'autorité parentale.

¹⁴⁴⁷ C. pén., art. 227-17, al. 1^{er}. À l'instar de ce qui a été expliqué pour le délit d'abandon de famille, le second alinéa de cet article, qui fait référence à la perte automatique de l'autorité parentale en cas de condamnation pénale est sans effet depuis que cette disposition a été supprimée du code civil.

¹⁴⁴⁸ Sur l'infraction d'abandon de foyer qui était réprimée par l'ancien article 357-1 du Code pénal, v. *supra*, n° 387.

¹⁴⁴⁹ V., pour le détail de cette incrimination, P. PEDRON, « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-17, Fasc. 20, 2008. L'auteur fait état d'une incrimination qui se situe « aux confins du droit de la famille et du droit pénal, de la sociologie, de la protection de l'enfance en danger et de la répression des mineurs délinquants » mais qui reste en pratique peu usitée, même si une relative augmentation du taux de poursuite peut être notée.

¹⁴⁵⁰ L'infraction de privation d'aliments ou de soins concerne quant à elle uniquement le mineur de quinze ans. V. *infra*, n° 445 et s.

417. - En incriminant le fait pour un parent de se soustraire illégitimement à ses obligations légales « au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur », le droit répressif adopte directement le vocabulaire du droit familial, qui estime que l'autorité parentale « appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »¹⁴⁵¹. En empruntant textuellement la terminologie utilisée par le droit familial, le droit répressif érige les finalités de l'autorité parentale en élément constitutif de l'infraction pénale. Partant, il serait logique de considérer que le droit pénal accorde une importance toute particulière à l'autorité parentale et à la violation des devoirs familiaux engendré par cette dernière. La spécificité et l'exclusivité qui sont attribuées à l'autorité parentale ont par conséquent mené certains auteurs à la considérer comme l'« infraction qui accompagne le plus directement la fonction parentale »¹⁴⁵². L'analyse change toutefois d'orientation puisque l'atteinte qui doit être portée à cette autorité n'a pas besoin d'être effective pour être sanctionnée. En précisant que le comportement de soustraction illégitime doit exister au point de compromettre les fins de l'autorité parentale, le législateur répressif affiche en effet le caractère formel de cette infraction, qui n'appelle pas nécessairement la réalisation d'un résultat et se consomme tant en présence d'une atteinte effective que d'une atteinte potentielle. Dès lors, il fait entrer dans son champ d'application un plus grand nombre de carences parentales et augmente l'étendue de la protection pénale. Les réticences jurisprudentielles à la reconnaissance de la véritable nature de l'infraction peuvent alors se comprendre par le fait que la trop grande largesse de son interprétation aurait des conséquences encore plus néfastes pour la sécurité juridique des parents¹⁴⁵³. Ce risque incite les juges à la prudence qui consiste à octroyer « à la sanction répressive une tournure conséquentialiste »¹⁴⁵⁴ ou téléologique.

¹⁴⁵¹ C. civ., art. 371-1, al. 2. Le droit répressif accorde une place particulière à la minorité de l'enfant quand il exclut la victime majeure du champ d'application de certaines infractions, à l'inverse du droit familial qui considère par exemple que le devoir alimentaire ne cesse pas avec l'acquisition de la majorité.

¹⁴⁵² D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 62, p. 90.

¹⁴⁵³ V. à ce titre P. COUV RAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. p. 820. L'auteur remarque que s'il se « conçoit aisément que tous ces éléments peuvent entraîner des mesures civiles, telle la déchéance de puissance paternelle, il est plus téméraire d'en faire des éléments constitutifs d'une infraction pénale, car en pratique nombreux pourraient être les parents à tomber sous le coup de la loi pénale du seul fait qu'ils "manquent de direction nécessaire" et compromettent ainsi la moralité de leurs enfants » et appelle à une utilisation raisonnable du texte dont la rédaction pourrait laisser trop de place à une interprétation large.

¹⁴⁵⁴ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, *op. cit.*, n° 592, pp. 565-566. L'auteur adhère dès lors à la thèse qui consiste à penser que « cela témoigne du fait que le droit pénal intervient moins pour sanctionner la violation des devoirs parentaux que pour réprimer l'atteinte causée à l'enfant ». Elle précise en outre que si la nature matérielle de l'infraction a pour défaut de laisser le comportement du parent qui a exposé l'enfant à un simple risque hors du champ répressif, elle a pour mérite de différencier la sanction pénale des sanctions civiles et sociales. Si cette acception a en effet pour avantage non négligeable de restreindre le champ d'application de la sanction pénale qui n'est certainement pas la plus adaptée au règlement du contentieux familial, elle reste

418. - À la différence de ce qui a été mis en exergue pour le délit d'organisation frauduleuse de son insolvabilité, qui inclut directement le mobile dans ses éléments constitutifs, l'infraction de soustraction du parent à ses obligations légales fait du mobile un élément supplémentaire. Si les deux choses vont souvent de pair, la soustraction illégitime que le parent exécute au point de compromettre n'est en effet pas nécessairement la même que celle qu'il exécute dans le but de compromettre. Cette dernière condition induit alors l'idée d'une matérialisation minimale de l'action qui a compromis ou qui aurait pu compromettre la sécurité, la santé, la moralité ou l'éducation de l'enfant. Partant, il serait davantage question de réprimer la dangerosité de l'auteur que sa nocuité avérée et l'absence d'exécution légitime de l'obligation qui se fait au point de compromettre devrait être interprétée sous l'angle de la potentialité renforcée. Le raisonnement n'est cependant pas si évident, et il pourrait à l'inverse être envisageable de considérer cette terminologie comme une formule sémantique qui supposerait une atteinte effective aux finalités de l'autorité parentale, entendue comme celle qui a eu pour résultat de compromettre. Une telle interprétation aurait pourtant le défaut de réduire drastiquement le champ d'application de l'incrimination¹⁴⁵⁵. L'exigence matérielle de la compromission semble cependant être la solution majoritairement retenue en jurisprudence. Selon l'interprétation qu'il est choisi de faire de ses termes, le caractère formel de l'infraction peut ainsi se trouver dénaturé¹⁴⁵⁶. En ce qu'elles ne se cantonnent pas au psychisme qui émane de la moralité et de l'éducation et englobe aussi des atteintes plus matérielles à la santé ou à la sécurité, cette infraction est en outre réprimée plus sévèrement que la simple compromission de la survie pécuniaire de l'enfant. Des critiques similaires à celles qui ont été formulées à l'encontre de la pénalisation de l'obligation de scolarisation de l'enfant peuvent alors être exprimées à son égard. Elles sont toutefois plus nuancées, puisque l'atteinte portée à l'enfant par l'acte qui a compromis ou qui a pu compromettre les objectifs de l'autorité parentale s'avère plus importante et nécessite de ce fait un encadrement plus contraignant. Le retrait de l'autorité parentale peut aussi être prononcé à titre de peine complémentaire à l'encontre du parent qui en disposait. Le caractère désormais facultatif de cette disposition révèle cependant la véritable nature de l'infraction, qui s'oriente davantage vers la protection de l'intégrité morale de l'enfant que vers l'assise des obligations familiales. Dans cette analyse, comme dans la précédente, ces dernières sont donc considérées comme un moyen familial utilisé pour atteindre la finalité répressive de la protection de l'enfant. Ce dernier

cependant détachée de l'objectif du législateur répressif qui entend davantage réprimer la dangerosité du comportement que son effectivité.

¹⁴⁵⁵ V., pour une traduction jurisprudentielle de l'opposition entre ces deux théories, *Cass. crim.* 17 octobre 2001, *Bull. crim.*, n° 214 ; *D.* 2002, n° 9, p. 751, note M. HUYETTE et *Cass. crim.*, 11 juillet 1994, *Bull. crim.*, n° 269 ; *JCP G*, 1995, II, 22441, note Fr. EUDIER. La plus récente de ces décisions exige une atteinte effective à l'enfant et s'oppose à la précédente qui se contentait de la compromission potentielle.

¹⁴⁵⁶ V., pour une analyse de cette altération, J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC*, 2008, p. 849.

semble alors transcender les obligations que le droit de la famille impose à son égard pour devenir l'acteur privilégié de l'intervention répressive en leur sein. Dans toutes ses composantes, l'obligation parentale d'éducation est finalement l'objet d'une protection pénale incohérente et accessoire, qui installe une atmosphère de confusion générale. L'autorité parentale, qui se différencie des effets qu'elle engendre, ne résiste pas à l'analyse et souffre également d'une protection pénale relative.

B. La protection pénale relative de l'autorité parentale

419. - Selon le droit familial, l'autorité parentale, qui se définit comme un « ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »¹⁴⁵⁷, « appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »¹⁴⁵⁸, étant précisé que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »¹⁴⁵⁹. Si l'autorité parentale peut aussi être considérée comme un lien de droit horizontal, dans le sens où la coparentalité existe normalement pour chaque parent à l'intérieur du lien de couple¹⁴⁶⁰, elle peut ne pas être partagée et n'est pas nécessairement liée à la parenté. Au sein de cette étude, l'autorité parentale est par conséquent étudiée comme un lien de droit vertical et unilatéral, qui existe pour le parent à l'égard de l'enfant, d'autant qu'elle ne peut se créer sans ce dernier. Partant, l'enfant apparaît comme un élément constitutif de l'autorité parentale et le caractère vertical du lien parental d'autorité doit ici primer son horizontalité potentielle.

420. - Puisqu'elle constitue dans le même temps ce qui est classiquement partagé par les parents et ce qui est exercé par chacun d'entre eux à l'égard de l'enfant, l'autorité parentale arbore alternativement un caractère bilatéral et un effet unilatéral. En effet, l'autorité parentale fait naître des devoirs qui incombent à la fois au parent envers son enfant et envers l'autre parent. Par conséquent, elle constitue dans le même temps une prérogative personnelle que chaque parent est susceptible d'opposer à l'autre et un devoir tourné vers l'enfant qui doit être exécuté par chaque personne qui en dispose. L'autorité parentale s'avère, en définitive, doublement exposée et peut de ce fait être contrariée de l'intérieur ou de l'extérieur. L'atteinte

¹⁴⁵⁷ C. civ., art. 371-1, al. 1^{er}.

¹⁴⁵⁸ C. civ., art. 371-1, al. 2.

¹⁴⁵⁹ C. civ., art. 371-1, al. 3.

¹⁴⁶⁰ La coparentalité est en effet la situation la plus fréquente puisque la séparation des parents est sans incidence sur le maintien de l'exercice de l'autorité parentale. Quand bien même un parent en serait déchu, il ne serait pas pour autant privé de toute obligation envers son enfant, puisque l'obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants ne cesse de plein droit ni avec la fin de l'autorité parentale, ni à la majorité de l'enfant.

à l'autorité parentale s'entend de « tous les comportements qui, s'ils ne portent pas nécessairement atteinte à la santé, à la sécurité ou à la moralité du mineur, le privent néanmoins de ses protecteurs naturels »¹⁴⁶¹. Dès lors, il s'agit pour le législateur répressif « de protéger l'enfant qui, se trouvant au cœur de conflits familiaux particulièrement importants, n'est plus suffisamment protégé par le droit civil, ou qui se trouve coupé de son milieu familial par le fait d'un tiers »¹⁴⁶². Au sein du cercle familial, un parent peut en premier lieu faire échec au bon exercice de l'autorité parentale par l'autre parent. L'atteinte à l'autorité parentale prend un caractère intrafamilial et est d'autant plus grave qu'elle est le fait de celui qui la partage ou qui la partageait avec l'autre parent. Si l'autorité parentale est le plus souvent exercée en commun par les parents de l'enfant, elle peut cependant être exercée par une personne qui n'est pas inscrite dans un lien de parenté avec l'enfant¹⁴⁶³. Dès lors, il semble plus juste d'évoquer la personne titulaire de l'autorité parentale que le parent de l'enfant. En second lieu, l'atteinte à l'autorité parentale peut se perpétrer hors du cercle familial lorsqu'un tiers qui n'en dispose pas fait échec à l'accomplissement effectif de la coparentalité. L'atteinte interne à l'autorité parentale est donc envisagée simultanément à l'atteinte externe à la coparentalité par le droit répressif. Lorsqu'il vient au soutien des obligations verticales unilatérales à connotation morale, le droit répressif défend les prérogatives attribuées aux parents ou aux tiers par le droit familial, en incriminant la non-représentation et la soustraction d'enfant¹⁴⁶⁴. L'étude de la protection pénale de la soustraction de l'enfant (1) précédera alors logiquement celle de la protection pénale de son défaut de représentation (2).

1. La protection pénale de la soustraction de l'enfant

421. - Lorsqu'il incrimine la soustraction d'enfant, le droit pénal étend son action sur un large champ personnel et protège l'exercice de l'autorité parentale tant contre les atteintes qui peuvent lui être portées de l'intérieur que de l'extérieur. De ce fait, l'infraction ne se cantonne pas nécessairement au milieu familial et peut tout autant être le fait d'un individu tiers qui ne dispose pas de l'autorité parentale. Puisque le droit répressif distingue ainsi selon la qualité de l'auteur de l'infraction pour particulariser sa répression, il est possible d'affirmer qu'il met en

¹⁴⁶¹ L. DELPRAT, *L'autorité parentale et la loi*, Studyrama, coll. « Éclairages », 2006, p. 154.

¹⁴⁶² *Ibid.*

¹⁴⁶³ L'autorité parentale peut en effet avoir été déléguée de façon volontaire ou forcée ou avoir été retirée au parent dans le cas d'un danger pour l'enfant, d'un désintérêt manifeste à son égard ou de la commission d'un crime ou d'un délit par son parent.

¹⁴⁶⁴ V. D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 63, p. 91. Les comportements de non-représentation et de soustraction d'enfant ont cependant pu être analysés comme portant atteinte à la structure de la famille à travers l'exercice de l'autorité parentale attachée au lien de filiation. V. not. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. « Thémis », 2015, n° 608 et s., pp. 429 et s.

place une répression mixte de la soustraction d'enfant. Dans son acception restrictive, la soustraction d'enfant qui se commet dans le cercle familial doit tout d'abord être le fait d'un ascendant. Rapportée à l'ascendance, l'infraction de soustraction d'enfant consiste en « le fait, par tout ascendant, de soustraire un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle »¹⁴⁶⁵. Le droit répressif punit ce comportement d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de quinze mille euros. En ce qu'elle est nécessairement le fait d'un ascendant, la soustraction d'enfant est exclusivement susceptible de se consommer au sein du lien familial vertical de filiation. Toute personne qui ne dispose pas de la qualité d'ascendant est dès lors juridiquement exclue de son champ d'application¹⁴⁶⁶.

422. - Dans son acception élargie, la soustraction d'enfant peut à l'inverse être commise par toute personne qui n'est pas un ascendant. Si elle n'est pas nécessairement extérieure au cercle familial, elle doit demeurer détachée du lien d'ascendance. Ainsi, elle peut être le fait d'un membre de la famille qui ne possède pas la qualité d'ascendant ou d'un tiers étranger à la famille. À ce titre, le droit pénal incrimine le fait, par une personne autre que les ascendants, « de soustraire, sans fraude ni violence, un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle »¹⁴⁶⁷ et punit ce comportement de cinq ans d'emprisonnement et de soixante-quinze mille euros d'amende. Le cercle des victimes de cette infraction est alors identique à celui que comporte sa version restreinte, puisque ces deux acceptions y englobent les individus qui exercent l'autorité parentale, qui se sont vus confier l'enfant ou chez qui ce dernier à sa résidence habituelle et qui se voient privés de leurs prérogatives. Les personnes victimes de cette infraction sont par ailleurs visées dans une terminologie plurielle, car il est fait référence à « ceux » d'entre eux. Ainsi, il est possible de dire que l'autorité parentale est appréhendée dans sa dimension conjointe et que cette incrimination présuppose alors que son auteur ne dispose pas de l'autorité parentale.

423. - L'hétérogénéité qui caractérise le champ personnel de cette infraction se retrouve en outre au sein de son élément matériel. Si rien n'est précisé quant à la soustraction qui se commet par un ascendant, celle qui est le fait d'une autre personne doit avoir été exécutée sans fraude ni violence pour être appréhendée sous cette qualification. Par conséquent, le droit répressif ne prend en compte la soustraction extérieure au lien d'ascendance que dans sa

¹⁴⁶⁵ C. pén., art. 227-7.

¹⁴⁶⁶ Puisque le même comportement qui ne se commet pas par un ascendant peut être appréhendé à travers l'incrimination d'enlèvement, de détention ou de séquestration de l'enfant, qui est plus sévèrement réprimée, il est possible d'affirmer que le droit pénal fait preuve d'une certaine clémence à l'égard du titulaire de l'autorité parentale quand il incrimine simplement la soustraction de l'enfant. V. C. pén., art. 224-1 et C. pén., art. 224-5.

¹⁴⁶⁷ C. pén., art. 227-8.

dimension paisible. À partir du moment où cette dernière se commet en présence d'une fraude ou de violences, elle participe donc de qualifications pénales différentes et devient plus sévèrement réprimée. Le défaut de précision qui caractérise la soustraction par un ascendant peut alors être interprété dans des sens extrêmement différents. Cette absence pourrait en premier lieu laisser entendre que la soustraction peut être commise avec fraude ou violence quand elle est le fait d'un ascendant. Cette explication semble cependant assez insensée, puisqu'elle signifierait que ces derniers sont identiquement réprimés en l'absence ou en présence de ces circonstances. Dès lors, il serait bien plus logique d'adhérer à la seconde hypothèse, qui affirme que l'exclusion de la fraude ou de la violence est implicitement comprise dans leur comportement. En tant qu'ascendants, les auteurs de la soustraction démontrent en effet une affection naturelle à l'égard de l'enfant, qu'ils entendent souvent soustraire dans son propre intérêt¹⁴⁶⁸. Le caractère pacifique de la soustraction serait alors implicitement contenu dans la qualité d'ascendant.

424. - Il est en dernier lieu particulièrement intéressant de mettre les deux versants de la soustraction en perspective au niveau de leurs sanctions respectives. Quand il est perçu au titre des infractions qui touchent la famille, le lien de filiation vertical est traditionnellement pris en compte comme cause aggravatrice de répression¹⁴⁶⁹. L'ascendance présente ainsi un caractère aggravateur de principe et il est extrêmement rare qu'elle atténue la répression sans constituer pour autant un obstacle à cette dernière. Elle s'inscrit dans une dichotomie traditionnelle, qui consiste à osciller entre son caractère aggravateur et sa fonction immunisante. Lui reconnaître une action répressive atténuée constitue alors une solution intermédiaire assez inhabituelle. C'est pourtant le résultat atteint par le législateur lors de la répression de la soustraction d'enfant, qui assène aux individus exclus du lien d'ascendance des peines d'emprisonnement et d'amende cinq fois supérieures à celles réservées aux ascendants. Dès lors, la soustraction perpétrée par ces derniers est bien moins sévèrement réprimée que celle qui se commet par les autres individus. Cette clémence peut, en premier lieu, étonner étant donné que, si ses auteurs ne sont pas juridiquement des ascendants, ils peuvent également être membres de la famille de l'enfant et que toute fraude ou violence doit être exclue de leur comportement. Le droit pénal révèle alors ici une prise en compte du lien familial à géométrie variable, au sein de laquelle le lien de famille vertical se trouve privilégié. Si ce choix surprend, il peut, en second lieu, paraître cohérent eu égard à la relation particulière qu'entretiennent logiquement les ascendants avec l'enfant soustrait. Le résultat matériel de soustraction est identique mais il semble que les raisons qui poussent à commettre cette dernière diffèrent en fonction des acteurs concernés. Même s'il va à l'encontre de la

¹⁴⁶⁸ L'égoïsme qui caractérise parfois le conflit familial peut aussi mener le parent à agir uniquement dans son intérêt personnel et à considérer l'intérêt de l'enfant en second plan.

¹⁴⁶⁹ V. *supra*, n° 273 et s.

détention juridique de l'autorité parentale, l'ascendant qui soustrait l'enfant témoigne en effet généralement d'une affection particulière à son égard. Si elle mérite d'être réprimée, sa conduite doit cependant être relativisée quand elle se produit dans l'intérêt de l'enfant que le droit cherche justement à protéger. Partant, la perpétration du comportement ne peut pas ne pas emporter de conséquences juridiques. Elle peut en revanche induire des effets répressifs atténués quand elle est dirigée vers l'assise de la même valeur sociale que celle recherchée par l'action de la répression. Cette explication peut séduire. Elle repose néanmoins sur une supposition, puisqu'elle postule que l'agissement de l'ascendant est prioritairement dirigé vers l'intérêt de l'enfant. Une telle conjecture est toutefois délicate quand l'acte de l'ascendant qui a au contraire pour but de nuire à l'enfant doit à l'inverse être réprimé beaucoup plus sévèrement. Si cette configuration reste très hypothétique, il demeure qu'elle ne semble pas prise en compte par le droit répressif. La question de l'alignement du sort de l'ascendant mal intentionné sur celui des autres individus auteurs de la soustraction pourrait par conséquent être posée. Une telle chose supposerait cependant de pouvoir distinguer la soustraction protectrice de l'enfant de celle qui porte atteinte à son intégrité psychique et inclurait nécessairement la prise en compte du mobile de l'infraction. Si le mobile est classiquement inopérant au sein du processus de qualification pénale, il pourrait alors être érigé en élément constitutif de l'infraction. Cette construction supposerait cependant d'être à même de pouvoir précisément établir la direction de l'intention de l'auteur, ce qui se heurte une nouvelle fois au problème de la preuve impossible. Le risque serait de succomber à la tentation qui consiste à déduire l'intention néfaste de la commission matérielle des faits. Cela aboutirait finalement à une inversion de la présomption d'agissement favorable que le législateur a entendu poser.

425. - Il est en dernier lieu possible de s'interroger sur la légitimité des peines attribuées aux individus qui ne sont pas inscrits dans un lien vertical d'ascendance avec l'enfant soustrait. Que la soustraction émane d'un membre de la famille non ascendant ou d'un tiers au cercle familial, les sanctions sont en effet portées au quintuple¹⁴⁷⁰ de celles encourues par les ascendants. Une telle inflation peut alors révéler une supposition inverse à celle qui existe à l'égard du comportement des ascendants. Puisque ces auteurs sont par définition plus ou moins éloignés de l'enfant, c'est au contraire la volonté de porter atteinte à ce dernier qui est postulée par le droit répressif. En tant qu'ils ne possèdent pas l'autorité parentale et ne sont pas inscrits dans un lien affectif privilégié avec l'enfant, leur action est en effet présumée lui porter directement atteinte. L'explication peut alors choquer en ce qu'elle n'est pas absolue. La solution qui consisterait à distinguer en fonction de l'intention précise de cette seconde catégorie d'auteurs contient cependant les mêmes défauts que celle qui a été envisagée pour la

¹⁴⁷⁰ Il est d'ailleurs possible de remarquer que ces auteurs sont traités au niveau de la sanction comme s'ils étaient des personnes morales, généralement beaucoup plus solvables que les personnes physiques.

première. Si cette distinction comporte des lacunes, elle se comprend finalement au regard de la véritable ambition qui se cache derrière la répression de la soustraction. L'incrimination de la soustraction de l'enfant sanctionne en effet à première vue la violation par un ascendant ou toute autre personne des droits du titulaire de l'autorité parentale. Il pourrait alors être logique de considérer qu'elle offre seulement une protection indirecte à l'enfant, qui est préservé accessoirement à l'autorité parentale que ses titulaires exercent à son égard¹⁴⁷¹. La rédaction textuelle de cette incrimination pose en effet les titulaires de l'autorité parentale comme victimes principales de la soustraction, qui ne peut exister qu'en présence de cette dernière. À ce titre, il a pu être considéré que l'incrimination des atteintes à l'autorité parentale « vient directement au soutien du droit civil, et ce dans une perspective *a priori* plus institutionnelle qu'individuelle »¹⁴⁷² et qu'en visant expressément l'exercice de l'autorité parentale, elle « donne en effet à penser que le droit pénal entend ici sanctionner l'organisation des pouvoirs sur l'enfant au sein de la famille bien plus que préserver les intérêts des personnes concernées, qu'il s'agisse d'ailleurs du titulaire des prérogatives méconnues ou de l'enfant »¹⁴⁷³. Ainsi, ces infractions auraient davantage leur place dans la protection pénale du lien de famille structurel. L'argument peut cependant être nuancé car elles consistent en réalité à assurer la protection primordiale de l'enfant à travers l'autorité parentale et sont classées parmi les infractions qui portent atteinte aux mineurs et à la famille. Au regard des effets engendrés par sa violation, l'autorité parentale doit en définitive être davantage entendue comme participant du lien familial relationnel que comme une composante de l'organisation familiale structurelle. L'analyse de la différenciation des sanctions que le législateur met en place révèle cependant la véritable ambition de cette infraction. Dans les faits, cette dernière s'éloigne en effet de l'autorité parentale pour se tourner intégralement vers l'intérêt de l'enfant. Ce dernier apparaît en définitive comme la vraie victime de cette infraction, qui utilise l'atteinte à l'autorité parentale comme un moyen propre à assurer sa protection et protège indirectement le titulaire de l'autorité parentale. Partant, le droit pénal, prioritairement tourné vers la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant ne se contente pas de réprimer sa soustraction mais protège dans le même temps l'atteinte qui peut être portée à sa représentation.

¹⁴⁷¹ V. en ce sens les propos de A. GOUTTENOIRE, V^o « Atteintes à l'autorité parentale », *Rép. pén.*, 2012, n^o 52, qui considère que « la victime de l'infraction de soustraction de mineur par ascendant est bien celui qui exerce l'autorité parentale ou à qui l'enfant a été confié ou encore celui chez qui l'enfant réside habituellement, et non pas l'enfant lui-même ».

¹⁴⁷² D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n^o 62, p. 91.

¹⁴⁷³ *Ibid.*

2. La protection pénale de l'atteinte à la représentation de l'enfant

426. - Quand il protège l'atteinte à la représentation de l'enfant, le droit pénal intervient dans les relations personnelles entre le parent et l'enfant pour assurer la répression du comportement parental captatif¹⁴⁷⁴. À ce titre, le droit répressif incrimine « le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer »¹⁴⁷⁵ et punit ce comportement d'une peine d'un an d'emprisonnement et de quinze mille euros d'amende. Afin de pouvoir se prononcer sur la teneur de la protection pénale de l'atteinte à la représentation de l'enfant, il semble indispensable de déterminer la portée exacte du défaut de représentation et de ses conséquences. La tâche n'est pas aisée puisque la détermination des protagonistes concernés par cette infraction est entourée d'incertitudes (a) quand sa répression pratique fait face à de nombreuses incohérences (b).

a. Une incrimination au domaine personnel incertain

427. - Le délit de non-représentation d'enfant sanctionne le non-respect des prérogatives de la personne qui est en droit de réclamer la remise de l'enfant sur le fondement d'une décision de justice exécutoire. Si le droit de réclamation s'assimile classiquement au fait de disposer de l'autorité parentale, son titulaire n'est cependant pas exclusivement le parent de l'enfant. En faisant référence à tout individu qui a le droit de réclamer l'enfant, le droit répressif s'émancipe alors du lien de parenté pour se concentrer sur le lien juridique d'autorité parentale. Cette conception étendue de la famille fondée sur le lien d'autorité parentale se retrouve de la même manière au sein de la répression de l'absence de notification du changement de domicile par l'un de ses titulaires à l'un de ses autres titulaires. En effet, « le fait, pour une personne qui transfère son domicile en un autre lieu, alors que ses enfants résident habituellement chez elle, de ne pas notifier son changement de domicile, dans un délai d'un mois à compter de ce changement, à ceux qui peuvent exercer à l'égard des enfants un droit de visite ou d'hébergement en vertu d'un jugement ou d'une convention judiciairement homologuée »¹⁴⁷⁶, constitue une incrimination assortie d'une peine privative de liberté de six mois et d'une contravention de sept mille cinq cents euros. Ce comportement, qui peut être considéré comme une infraction satellite à la non-représentation d'enfant, révèle l'intérêt que le droit pénal apporte au respect des décisions judiciaires qui statuent sur le partage de la garde des enfants entre parents titulaires de la coparentalité.

¹⁴⁷⁴ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, op. cit., n° 386 et s., pp. 381 et s.

¹⁴⁷⁵ C. pén., art. 227-5.

¹⁴⁷⁶ C. pén., art. 227-6.

428. - Si le refus indu de présenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est nécessairement commis à l'encontre d'un individu titulaire de l'autorité parentale faisant partie du cercle familial juridique de l'enfant, il est à l'inverse permis de se demander s'il doit nécessairement être le fait d'une personne qui dispose des mêmes prérogatives. Une première interprétation pourrait consister à penser que l'auteur de cette omission – qui relève certainement davantage d'une omission dans la fonction – doit être intégré dans les modalités d'exercice qu'il ne respecte pas et doit lui-même disposer de prérogatives sur l'enfant. Cette conception aurait alors pour effet de réduire le cercle des auteurs au seul parent qui ne respecte pas le droit de l'autre et aurait pour conséquence une restriction importante du champ d'application de cette infraction. Le comportement des autres auteurs pourrait cependant être réprimé sous l'angle de qualifications pénales distinctes¹⁴⁷⁷. La cohérence appelle toutefois à adhérer à la vision inverse. En effet, la définition de cette incrimination ne semble pas sous-entendre que celui qui ne présente pas l'enfant doive avoir lui-même sa charge en vertu d'un droit. Puisqu'il n'y a pas lieu de distinguer à l'endroit où la norme ne le fait pas¹⁴⁷⁸, la garde préalable de l'enfant dont dispose l'auteur de l'infraction pourrait donc être appréhendée aussi bien dans son acception juridique que matérielle et le défaut de représentation serait alors identiquement réprimé quand il est le fait d'une personne étrangère à la famille.

429. - Qu'elle soit le fait d'une personne étrangère à l'autorité parentale ou disposant également de cette dernière, la non-présentation de l'enfant est sanctionnée en ce qu'elle porte atteinte aux effets juridiques ou légaux du lien de parenté ou d'autorité. La version originelle de l'infraction¹⁴⁷⁹, qui exigeait que l'atteinte soit dirigée contre le droit de garde instauré exclusivement par décision de justice, érigeait cette dernière en véritable « condition préalable au délit de non-représentation d'enfant »¹⁴⁸⁰. La décision de justice exécutoire statuant sur les modalités du droit de garde constituait donc un préalable indispensable à l'incrimination du défaut de présentation de l'enfant. Aussi, cette infraction, accordant une place de second ordre à l'autorité parentale et à l'atteinte qui peut être portée à ses titulaires, était avant tout interprétée comme intervenant au secours de la bonne application de cette dernière. Certains

¹⁴⁷⁷ Les infractions d'enlèvement ou de détournement de mineur commises sans fraude ni violence pourraient à ce titre être envisagées.

¹⁴⁷⁸ Le juge qui retranscrit à l'application de la loi étant tout aussi susceptible de violer le principe de l'interprétation stricte de la norme pénale que celui qui ajoute à cette loi.

¹⁴⁷⁹ Cette version initiale était issue de la loi du 5 décembre 1901, la loi du 23 mars 1928 ayant par ailleurs étendu le champ d'application de l'infraction à tous les titulaires de l'autorité parentale quel que soit leur lien de parenté avec l'enfant.

¹⁴⁸⁰ M.-P. MARMIER, « De la condition préalable au délit de non-représentation d'enfant (article 357 du Code pénal) », *RSC*, 1970, p. 569. L'intervention judiciaire était en effet un préalable nécessaire à l'incrimination des faits. La définition de la garde a par ailleurs longtemps mené à controverses sur le fait de savoir si elle incluait implicitement le droit de visite. Puisque l'une va rarement sans l'autre, c'est finalement une conception unitaire de la notion qui a été retenue en jurisprudence.

auteurs ont alors pu affirmer que « l’incrimination de la non-représentation s’inscrit dans l’utilisation du droit pénal à des fins extra-pénales, en l’espèce la garantie d’exécution des décisions judiciaires civiles »¹⁴⁸¹, et relever la nécessaire existence d’un dol spécial¹⁴⁸², compris dans l’intention de violer une décision judiciaire. Si l’atteinte à la décision judiciaire est toujours implicitement intégrée dans le droit de réclamation qui caractérise la rédaction actuelle de l’incrimination, ce dernier ne semble plus s’y limiter. Le droit de réclamer l’enfant, qui « s’acquiert la plupart du temps par une décision de justice qui organise les modalités d’exercice de l’autorité parentale, détermine celui des parents qui aura la garde de l’enfant et les conditions du droit de visite et d’hébergement accordé à l’autre parent »¹⁴⁸³, peut désormais être aussi bien issu d’une décision judiciaire de toute nature que d’une convention homologuée, voire d’une situation factuelle. Le droit répressif « souhaite donc sanctionner tout détournement de mineur et assister tous les père et mère investis de l’autorité parentale, dès lors que leur enfant est dans les mains d’un tiers »¹⁴⁸⁴. Si l’incrimination semble claire dans sa définition, son application effective n’est pas toujours évidente puisque le droit de réclamation peut être acquis, perdu, voire recouvré au gré du flot décisionnel qui le modèle. En pratique, la décision de justice ne sera donc nécessaire que lorsque le conflit existe entre deux individus qui exercent l’autorité parentale en commun. Il en est de même pour les personnes qui ont une simple vocation à des relations personnelles avec l’enfant¹⁴⁸⁵. Cette extension du champ matériel de l’infraction permet en définitive d’affirmer que la répression ne favorise plus la décision de justice et s’inscrit une nouvelle fois dans un régime de protection de l’enfant.

430. - La nature du défaut de présentation de l’enfant permet en outre de réprimer efficacement le comportement des individus qui suscitent expressément le refus de l’enfant ou qui mettent en place des manœuvres pour empêcher l’effectivité de la présentation. Si le motif nuisible est dès lors indirectement réprimé, la question du mobile favorable à l’enfant reste plus polémique. En toute logique, « une telle analyse de la finalité et de la nature de ce délit devrait conduire à une répression intransigeante, sans considération de la cause de la non-représentation ou de l’intention de son auteur »¹⁴⁸⁶. Le caractère constitutif de l’absence de résultat n’inclut cependant pas l’absence de recherche de l’intention de l’auteur. L’élément

¹⁴⁸¹ P. DE GOUSTINE, « Les limites de la répression de la non-représentation d’enfant », *Revue droit de l’enfance et de la famille*, 1991, n° 32, p. 149.

¹⁴⁸² V., pour cette conception, É.-A. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, art. 357, n° 174 et R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 2163, p. 1755.

¹⁴⁸³ M. VÉRON « Le "droit" de réclamer l’enfant », *Dr. pén.*, 1999, n° 12, p. 9, à propos de la décision *Cass. crim.*, 26 mai 1999, inédit, n° 98-87.680.

¹⁴⁸⁴ L. DELPRAT, *L’autorité parentale et la loi, op. cit.*, p. 157.

¹⁴⁸⁵ Il est à ce titre possible de penser aux grands parents et à l’ancien concubin. V. en ce sens les développements de L. DELPRAT, *L’autorité parentale et la loi, op. cit.*, p. 158.

¹⁴⁸⁶ P. DE GOUSTINE, « Les limites de la répression de la non-représentation d’enfant », *art. préc.*, spéc. p. 152.

moral de l'infraction, qui n'est pas présumé, doit en ce sens être établi pour entraîner sa répression. Puisque l'infraction est intentionnelle, il s'agit de prouver le caractère indu du refus de présentation de l'enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer, effectué en connaissance de cause des modalités fixées par la décision judiciaire. Le conflit devient alors problématique quand l'auteur commet l'infraction de non-représentation d'enfant dans l'intérêt de ce dernier et poursuit ainsi les mêmes finalités que le droit répressif, qui incrimine ce comportement. Dès lors qu'il ne peut normalement être tenu compte du refus de l'enfant¹⁴⁸⁷, du risque lié à sa représentation ou de la croyance en une modification amiable des modalités d'exercice de l'autorité parentale, aucune circonstance factuelle ne saurait logiquement entraîner l'absence de culpabilité de l'auteur. L'intérêt éducatif de l'enfant porte en effet à aller dans le sens du respect effectif de la coparentalité. Il est cependant souvent délicat de contraindre l'enfant à accepter la substitution de garde, surtout quand cette dernière entraîne un risque potentiel pour son intégrité psychique ou corporelle. L'existence d'un danger réel, actuel ou imminent menaçant l'enfant dans sa personne ou dans sa santé reste cependant de nature à justifier l'absence de représentation¹⁴⁸⁸. Toutefois, ces conjonctures factuelles sont parfois prises en compte par la jurisprudence en tant que causes subjectives d'irresponsabilité pénale et circonstances justifiant exceptionnellement l'impunité de l'auteur. Si la chose est critiquable en ce qu'elle fait primer l'équité sur le droit, elle a néanmoins pour mérite de s'adapter aux réalités factuelles de la coparentalité¹⁴⁸⁹. Ces observations amènent certains auteurs à considérer que le « particularisme de la répression de la non-représentation en droit positif appelle une classification des situations prises en compte par la jurisprudence, fondée sur l'origine des faits générateurs »¹⁴⁹⁰. Les limites de la répression devraient être considérées moins sévèrement quand elles tiennent à la protection de l'enfant que quand elles résultent de la faute des parents ou de circonstances purement matérielles. Si la différenciation des circonstances exceptionnelles attire par sa cohérence théorique, elle semble délicate à opérer du point de vue de la pratique. Par conséquent, l'argumentaire a pu être déplacé du côté des causes objectives d'irresponsabilité pénale, peut-être plus à même de mener à l'impunité de l'auteur. La jurisprudence semble cependant apprécier ces dernières encore plus sévèrement¹⁴⁹¹. Le terrain de la non-représentation d'enfant est finalement très peu propice au

¹⁴⁸⁷ Le refus du mineur ne saurait constituer un fait justificatif à sa non-représentation que dans le cas de circonstances exceptionnelles. V. *Cass. crim.*, 15 décembre 1976, *Bull. crim.*, n° 368.

¹⁴⁸⁸ L'infraction est par exemple commise par état de nécessité lorsque l'enfant risque de façon certaine d'être soumis à des mauvais traitements de la part du parent qui a le droit de le réclamer. V. *Cass. crim.*, 15 décembre 1976, *préc.* et *Cass. crim.*, 3 septembre 1996, *Bull. crim.*, n° 311 ; *RSC*, 1997, p. 104, obs. Y. MAYAUD.

¹⁴⁸⁹ V., pour une illustration des difficultés pratiques relatives à la mise en œuvre des modalités du droit de garde et du droit de visite lors de la confrontation du contenu des dispositions des décisions de justice exécutoires, M. VÉRON, « La non-représentation d'enfant et les hasards du calendrier », *JCP G*, 1991, I, n° 39, p. 3525.

¹⁴⁹⁰ P. DE GOUSTINE, « Les limites de la répression de la non-représentation d'enfant », *art. préc.*, spéc. p. 155.

¹⁴⁹¹ V. not. M. LOBE-LOBAS, « Caractéristiques du délit de non-représentation d'enfant », *RJPF*, 2012, n° 11, p. 51 à propos de la décision *Cass. crim.*, 3 octobre 2012, inédit, n° 11-87.051. La reconnaissance du fait justificatif d'état de nécessité est refusée au titulaire de l'autorité parentale qui disposait d'une voie de droit qu'il

jeu de l'irresponsabilité pénale. Le respect scrupuleux de la décision de justice ne doit pas pour autant devenir excessif quand la logique appelle l'adaptation répressive. Partant, « on peut se demander si pour mieux affirmer la nécessité du maintien des rapports parents-enfants après le divorce, la justice pénale ne devrait pas prendre également en considération d'autres aspects »¹⁴⁹². Si la solution aux défaillances de la pénalisation semble délicate à déceler à travers l'étude des composantes des incriminations par lesquelles le droit répressif protège l'autorité parentale, elle réside peut-être davantage du côté de celle de la mise en œuvre pratique de leurs sanctions. La répression de la non-représentation d'enfant manifeste cependant elle aussi certaines incohérences qui méritent d'être corrigées.

b. La répression incohérente de la non-représentation d'enfant

431. - Le comportement de non-représentation d'enfant constitue une part non négligeable des infractions qui portent atteinte aux mineurs et à la famille, aux côtés de l'abandon de famille¹⁴⁹³. Si les atteintes à l'autorité parentale sont très fréquentes en pratique et font l'objet de nombreuses plaintes, il est cependant rare que ces dernières soient réellement prises en compte par les autorités d'enquête et de poursuite. Cette rareté ne traduit pas un désaveu étatique pour la perpétration de ces comportements mais résulte au contraire du constat que peu de ces plaintes portent sur des faits qui entrent dans la définition juridique de l'incrimination de non-représentation d'enfant. Leur caractère pléthorique amène cependant les autorités à ne pouvoir en traiter qu'un nombre minime et porte atteinte à la réalisation effective de la répression. La solution résiderait alors peut-être en la réduction du champ d'application de ce comportement, dont la définition restreinte jouerait le rôle d'un filtre qui contrerait les plaintes abusives. De ce fait, la restriction du domaine de l'incrimination aurait pour conséquence l'augmentation de sa mise en œuvre pratique. Si le procédé peut séduire, il semble délicat à mettre en œuvre et ne se conforme pas à l'esprit de la non-représentation d'enfant qui englobe tous les comportements susceptibles de porter atteinte à l'autorité

n'a pas utilisé pour protéger son enfant. Seule la preuve d'un danger actuel ou imminent menaçant la personne ou la santé de l'enfant, cumulée à celle de l'absolue nécessité de l'infraction, peut donc entraîner l'impunité. V. en ce sens *Cass. crim.*, 3 septembre 1996, *préc.* : *RSC*, 1997, n° 1, p. 103, obs. Y. MAYAUD et *Cass. crim.*, 22 septembre 1999, inédit, n° 98-85.641. La condamnation postérieure du père pour agressions sexuelles ne constitue en outre pas un fait nouveau permettant la révision de la condamnation de la mère pour non-représentation d'enfant et ne permet pas à cette dernière d'établir postérieurement l'état de nécessité. Puisque les faits doivent être appréciés au jour de leur perpétration, toute circonstance postérieure est donc inopérante sur leur qualification. Si la solution paraît choquante en opportunité, elle semble cependant strictement fondée en droit.

¹⁴⁹² J.-Cl. MONNIER, « Les aspects pratiques du droit pénal de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 244.

¹⁴⁹³ V. les chiffres évoqués au sein de *l'Annuaire statistique de la Justice*, *op. cit.*, p. 173, selon lequel le délit de non-représentation d'enfant représenterait 15 % du contentieux relatif aux délits commis au sein de la sphère familiale, contre seulement 3 % pour le délit de soustraction d'un parent à ses obligations légales et 1 % pour la privation de soins ou d'aliments.

parentale. Les déficiences de la répression des atteintes à cette dernière résultent alors peut-être plus du principe même de la pénalisation que de son contenu.

432. - Lorsque le droit répressif intervient dans la sphère familiale, il est en effet globalement « à craindre que la sanction pénale ne fixe davantage le conflit »¹⁴⁹⁴ qu'elle ne le résolve. En tant qu'expression de la « police des familles, par et à travers l'enfant »¹⁴⁹⁵, la répression de la non-représentation d'enfant ranime les controverses sur la capacité du droit pénal à pouvoir assurer efficacement le respect des obligations familiales et sur l'opportunité générale de l'utilisation de la sanction pénale dans le règlement des conflits familiaux. Si cette dernière peut s'inscrire dans un processus de complémentarité avec la sanction issue du droit familial pour « assurer le respect par la mère et le père des décisions qui ont statué sur la garde de l'enfant mineur »¹⁴⁹⁶, il reste que, « de manière générale, l'intervention pénale ne paraît pas très efficace et est peu appropriée à ce type d'infractions »¹⁴⁹⁷ et ne fait finalement « qu'exacerber les conflits entre les parents, au détriment de l'intérêt de l'enfant »¹⁴⁹⁸. La nature même de sanction pénale semble incompatible avec le maintien du lien familial quand elle s'exprime dans son caractère le plus contraignant et se solde par la mise en place d'une mesure privative de liberté, qui s'accompagne souvent d'une sanction pécuniaire¹⁴⁹⁹. En cela, il est possible d'affirmer que la « nature même de la sanction se heurte à l'idée d'une coparentalité effective »¹⁵⁰⁰. L'exclusion géographique et économique de l'auteur de l'infraction semble alors paradoxale quand il s'agit avant tout de restaurer le lien familial rompu par la commission de l'infraction. Si cet objectif est délicat à l'égard des atteintes à l'intégrité physique de l'individu¹⁵⁰¹, il semble au contraire qu'il doive rester le but principal du droit pénal qui protège l'autorité parentale. Si la voie pénale reste imparfaite quand elle

¹⁴⁹⁴ J.-Cl. MONNIER, « Les aspects pratiques du droit pénal de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 244.

¹⁴⁹⁵ F. TULKENS, « Lorsque l'enfant ne paraît pas. Analyse critique du délit de non-présentation d'enfant dans l'article 369 bis du code pénal », *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 373. L'expression est aussi attribuée à J. DONZELOT et révèle l'utilisation de l'enfant comme instrument de contrôle de ses parents.

¹⁴⁹⁶ C. VANDRESSE, « La protection du mineur et le droit pénal de la famille : une nécessaire complémentarité ? Mise en lumière par l'étude des infractions d'abandon de famille, d'abandon d'enfant et de non-représentation d'enfant par les père et mère », *Annales de Droit de Louvain*, 2002, vol. 62, n° 1-2, p. 49, spéc. p. 66.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 80.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.* L'auteur appelle à l'utilisation prioritaire des procédés civils et à l'apposition des moyens répressifs comme ultimes recours exclusivement destinés « aux parents sur qui la justice civile n'arrive plus à exercer aucune pression ».

¹⁴⁹⁹ Sur la nécessité de l'évitement de cette catégorie de sanction, v. *infra*, n° 813 et s.

¹⁵⁰⁰ É. MULON-MONTÉLAN, « La répression pénale en droit de la famille, ou comment réduire à néant l'espoir de la coparentalité », *art. préc.*

¹⁵⁰¹ La chose est encore plus prégnante à l'égard de la répression plus sévère de l'individu qui retient secrètement l'enfant ou qui le mène hors du territoire, comme à l'égard de celui qui commet une atteinte à l'autorité parentale alors qu'il en était préalablement déchu. V. respectivement C. pén., art. 227-9 et C. pén., art. 227-10 qui punissent ces comportements d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de quarante-cinq mille euros d'amende.

s'exprime dans son aspect le plus coercitif, elle peut cependant constituer un relais utile quand elle s'oriente vers le règlement pacifique des conflits à travers la médiation ou la conciliation¹⁵⁰². Si des améliorations peuvent dès lors être envisagées à travers l'adaptation du droit pénal aux réalités du contexte familial dans lequel il intervient, il semble que des pistes de solutions peuvent aussi être envisagées sous l'angle du droit familial.

433. - Puisque l'autorité parentale s'entend des droits et devoirs qui incombent classiquement aux deux parents envers l'enfant, « la loi prévoit de sanctionner un parent qui, en dépit du règlement de la pension alimentaire, manquerait délibérément à tout maintien des relations avec son enfant en laissant l'autre parent assumer seul l'éducation et la responsabilité de celui-ci »¹⁵⁰³. À ce titre, le comportement du parent démissionnaire, entendu comme celui qui ne cohabite pas avec l'enfant et ne remplit pas ses obligations envers lui, ne peut être appréhendé sous l'angle des sanctions répressives¹⁵⁰⁴ et mériterait d'être pris en compte par le droit familial. Il pourrait alors être envisageable de transformer la traditionnelle notion de droit de visite et d'hébergement en devoir de visite et d'en tirer certaines conséquences juridiques¹⁵⁰⁵. Cette optique de durcissement des effets attachés à l'autorité parentale aurait pour vertu d'inciter le parent à réinstaurer sa fonction parentale et participerait de l'exercice effectif de la coparentalité propice à l'intérêt de l'enfant. Ce procédé, au sein duquel « il ne s'agit plus de contraindre le parent cohabitant à laisser l'autre parent exercer ses droits, mais d'inciter le parent non cohabitant à exercer les siens »¹⁵⁰⁶, érige l'enfant en acteur principal de l'exercice de l'autorité parentale. Cela aurait aussi le mérite de rappeler le caractère d'ordre public accordé à l'autorité parentale, dont la gestion pratique des modalités d'exercice est trop souvent laissée à la discrétion des parents. Le défaut d'exercice du droit de visite ne saurait

¹⁵⁰² Sur la médiation pénale à caractère familial, v. *infra*, n° 821 et s. V. aussi D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 64, p. 92, note 213 : « dans le cadre des alternatives aux poursuites, la médiation pénale de nature familiale est une réponse particulièrement adaptée car elle permet de traiter et d'atténuer le conflit familial, cause de l'infraction, et d'éviter ainsi une possible récurrence ».

¹⁵⁰³ J.-Cl. MONNIER, « Les aspects pratiques du droit pénal de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 244.

¹⁵⁰⁴ V. en ce sens les développements de G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, *op. cit.*, n° 419, p. 405, qui rappelle que « le défaut d'exercice par le parent non cohabitant de son droit de visite ne fait actuellement l'objet d'aucune incrimination » puisque le délit de non-représentation d'enfant exige un comportement matériel captatif pour être réprimé, quand celui de soustraction d'un parent à ses obligations légales suppose des conséquences dommageables pour la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant et que le défaut d'exercice du droit de visite ne contient pas. Une interprétation extensive de la seconde infraction pourrait cependant mener à inclure le comportement du parent qui n'exerce pas effectivement son droit de visite dans son champ matériel en tant qu'atteinte à la moralité de l'enfant. Si le préjudice psychologique est avéré pour l'enfant, il est très incertain qu'il puisse pour autant constituer une atteinte grave à sa moralité. Le droit répressif doit donc savoir s'écarter en ce lieu pour laisser place à l'intervention du droit familial.

¹⁵⁰⁵ Fr. DOLTO, *Quand les parents de séparent*, Éd. du Seuil, 1988.

¹⁵⁰⁶ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, *op. cit.*, n° 416, pp. 402-403. L'auteur précise que « l'orientation proposée consiste à penser les prérogatives parentales comme des devoirs des parents et corrélativement des droits de l'enfant, dans l'optique de durcir les obligations parentales et de les rendre effectives ».

dès lors revêtir le visage de l'infraction pénale, déjà inadaptée à la sanction des atteintes à l'autorité parentale qu'elle appréhende. Il pourrait cependant être pris en compte plus efficacement au titre de la sanction familiale. Entre un droit familial teinté de coercition et un assouplissement du droit pénal, les matières pourraient finalement arriver à une compromission propre à garantir efficacement l'autorité parentale.

434. - La peine complémentaire que constitue le stage de responsabilité parentale¹⁵⁰⁷, qui peut être prononcée dans le cas des atteintes aux mineurs et à la famille¹⁵⁰⁸ comme dans celui des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, des agressions sexuelles ou du trafic de stupéfiants¹⁵⁰⁹, correspond à cet esprit en ce qu'elle affiche une visée plus pédagogique que répressive¹⁵¹⁰ et est exclusivement réservée aux parents à l'encontre de qui elle « a pour objet de rappeler au condamné les obligations juridiques, économiques, sociales et morales qu'implique l'éducation d'un enfant »¹⁵¹¹. Cette sanction répressive comporte une vraie dimension familiale en ce qu'elle « vise à réapprendre aux parents quels sont les droits et obligations liés à leur fonction parentale et s'inscrit dans la tendance contemporaine qui promeut l'éducation du citoyen »¹⁵¹². Elle n'est pas sans rappeler la mesure controversée du contrat de responsabilité parentale¹⁵¹³ créée par la loi sur l'égalité des chances¹⁵¹⁴ en même temps que le dispositif de suspension des allocations familiales en cas d'absentéisme scolaire¹⁵¹⁵. Si sa conclusion participait de l'évitement des poursuites pénales et appelait à la responsabilisation¹⁵¹⁶ des parents confrontés à certaines difficultés liées à une carence

¹⁵⁰⁷ C. pén., art. 131-35-1.

¹⁵⁰⁸ C. pén., art. 227-29.

¹⁵⁰⁹ C. pén., art. 222-45.

¹⁵¹⁰ V. X. PIN, « La responsabilité pénale des parents du fait de leur enfant mineur – Les voies de la pénalisation : entre culpabilisation et responsabilisation », in Ph. JACQUES, *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 67, spéc. p. 69. L'auteur estime que si l'on peut déplorer la pénalisation des parents qui peut avoir un caractère stigmatisant, « il convient de voir également que la pénalisation n'est jamais qu'une ultime voie de responsabilisation et qu'elle se justifie souvent par sa dimension symbolique ».

¹⁵¹¹ C. pén., art. R. 131-48 issu de l'art. 3 du D. n° 2007-1388 du 26 septembre 2007 pris pour l'application de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance et modifiant le code pénal et le code de procédure pénale, *JORF* n° 225 du 28 septembre 2007, p. 15850.

¹⁵¹² D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 61, p. 89.

¹⁵¹³ C. éd., art. L. 131-9 (ancien).

¹⁵¹⁴ L. n° 2006-396 du 31 mars 2006, *JORF* n° 79 du 2 avril 2006, p. 4950. Cette loi a depuis lors été supprimée.

¹⁵¹⁵ L. n° 2013-108 du 31 janvier 2013 tendant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire, *JORF* n° 0027 du 1^{er} février 2013, p. 1961.

¹⁵¹⁶ V. sur ce mouvement l'étude de C. VIENNOT, « Punir les parents ? », in P. PONCELA (dir.), *Délinquances des jeunes : quels actes ? Quelles réponses juridiques ?*, L'Harmattan, 2009, p. 165. L'auteur relève que le concept clef de « responsabilisation » des parents est désormais utilisé dans l'élaboration des politiques de lutte contre la délinquance des mineurs même si le droit pénal qui se forge autour du principe de responsabilité personnelle est globalement inadapté à la sanction des défaillances parentales et met en exergue l'existence d'un champ para-pénal de la responsabilisation des parents à travers l'existence de dispositifs à l'allure pénale.

parentale, le dispositif pédagogique, qui participait de la contractualisation¹⁵¹⁷ des obligations qui incombent légalement aux titulaires de l'autorité parentale¹⁵¹⁸, était largement inadapté et inefficace. La sanction de suspension des allocations familiales avait en outre pour effet illogique l'augmentation de la précarité économique qui constitue bien souvent la cause de la déficience familiale à l'origine de l'infraction. Dès lors, le droit répressif exalte en quelque sorte sa propre survenue. Toute sanction répressive directement fondée sur les devoirs liés à l'autorité parentale semble alors critiquable par la dimension coercitive qu'elle induit. L'érection de l'autorité parentale comme composante de la sanction pénale la réduit en outre à la responsabilisation qu'elle comporte et la restreint à sa dimension individuelle. Le caractère facultatif qui entoure désormais¹⁵¹⁹ le lien entre la commission d'une infraction pénale et le retrait de l'autorité parentale semble à ce titre constituer une avancée sur laquelle il serait préjudiciable de revenir¹⁵²⁰. Si l'alignement de la perte de l'autorité parentale à la commission de l'infraction qui y porte atteinte est tentant, son rétablissement automatique équivaldrait à l'impossibilité de toute restauration du lien. La violation de l'obligation parentale mènerait en ce cas à une présomption irréfragable de défection du lien familial.

435. - Lorsqu'il intervient pour sanctionner la violation des obligations verticales découlant du lien familial de parenté, le droit pénal sanctionne non seulement l'atteinte qui est le fait du parent ou de l'individu juridiquement titulaire de l'autorité parentale, mais parfois aussi celle qui est le fait d'un tiers disposant simplement d'un lien d'autorité factuel¹⁵²¹. Dès lors, il est

¹⁵¹⁷ V. à ce sujet C. SIFFREIN-BLANC (dir.), « Préface », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, PUAM, 2013, p. 7. L'auteur remarque qu'un mouvement de responsabilisation des acteurs familiaux fait directement écho au mouvement de contractualisation du droit de la famille et que l'évolution contemporaine du lien familial appelle notamment à un élargissement et à un renforcement des responsabilités civile et pénale.

¹⁵¹⁸ V. à ce propos les développements de J. ROCHFELD, « La contractualisation des obligations légales – La figure du "contrat pédagogique" », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 261. L'auteur met l'accent sur les manifestations insolites de la sphère contractuelle contemporaine, qui se traduisent notamment à travers la contractualisation d'obligations légales par l'intermédiaire de contrats ayant pour seule fonction de rappeler ces obligations à leurs titulaires, en leur adjoignant parfois une sanction nouvelle. Elle relève un mouvement de mutation du contrat par l'introduction d'une fonction pédagogique qui pourrait révéler à terme une « mutation d'ordre juridique et technique dans la conduite de l'action publique » qui va de la loi vers le contrat, ainsi qu'une mutation plus profonde des liens appréhendés, qui quitteraient le domaine institutionnel pour devenir contractuels. Rapportée au contrat de responsabilité parentale, cette affirmation renvoie au mouvement de contractualisation du droit de la famille. Le mouvement de désinstitutionalisation peut cependant être relativisé quand les obligations issues du lien de famille sont justement rappelées par l'intervention étatique qui utilise le contrat pour réaffirmer leur force. Si l'outil qui garantit leur respect est différent, la nature des obligations semble alors inchangée.

¹⁵¹⁹ V. pour la règle antérieure C. civ., art. 373, 3°.

¹⁵²⁰ V., pour une opinion contraire, les propos de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 61, p. 90, qui estiment cette suppression discutable quand ces infractions « attestent *a priori* une méconnaissance grave des devoirs parentaux, si bien qu'il ne paraîtrait pas absurde d'instaurer un lien plus systématique entre infraction pénale et exercice civil de l'autorité parentale », et qui considèrent dès lors le fait « de savoir si le droit pénal ne pourrait pas renforcer le lien existant entre la commission d'une infraction pénale et l'autorité parentale en matière civile ».

¹⁵²¹ La parenté, qui constitue une notion juridique se rapportant à un lien dont sont issus des droits et des devoirs, au titre desquels figure l'autorité parentale, se distingue en effet de la parentalité, néologisme sociologique

possible de considérer que « loin de s'attacher spécifiquement à la sanction du non-respect des devoirs familiaux, il se préoccupe bien plutôt de la relation familiale vécue »¹⁵²² ou ressentie et affirme son autonomie. L'appréhension répressive manifeste une conception spécifique du lien de famille, à l'intérieur duquel l'autorité parentale est entendue bien plus largement que lorsqu'elle est appréhendée par le droit familial. L'indépendance réciproque paraît cependant cohérente à l'égard de deux matières qui abordent des notions identiques mais qui les traitent selon leur propre référentiel de valeurs¹⁵²³. L'appréhension répressive des obligations familiales mène finalement à l'émergence d'un lien familial pénal détaché de sa définition civile originelle, si bien qu'il devient presque étranger à la famille. Juridique ou factuel, d'autorité, de parenté ou de parentalité, actuel ou défait, le lien familial pénal adopte une physionomie plurale et autonome. Si cet affranchissement peut résulter de l'indépendance accordée à la matière répressive, une autonomie aussi marquée peut à l'inverse mener à s'interroger sur la légitimité de son existence. L'adoucissement ou le retrait de la répression prendrait la place de son extension et de sa particularisation à l'endroit où la famille retrouverait le rôle de régulateur qui était autrefois le sien¹⁵²⁴. À l'instar du mouvement de gradation des sanctions à l'œuvre concernant l'infraction de soustraction d'enfant¹⁵²⁵, il serait alors possible de considérer l'ascendance ou la détention de l'autorité parentale comme une cause générale d'atténuation de la sanction des infractions familiales. Le lien de parenté ou d'autorité juridique ou factuelle pourrait jouer comme une cause de différenciation positive de

indifférent aux fonctions traditionnelles de la parenté et qui prend en compte les relations matérielles ou affectives factuelles. En ce qu'il fait le choix d'une appréciation uniforme des liens juridique et factuel d'autorité, le droit pénal se place davantage du côté de la parentalité que de la parenté. V. en ce sens Cl. NEIRINCK, « De la parenté à la parentalité », in A. BRUEL, J. FAGET, L. JACQUES, M. JOECKER, Cl. NEIRINCK et G. POUSSIN (dir.), *De la parenté à la parentalité*, Érés, 2001, p. 15. V. aussi la définition de G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2014, V^o « Parentalité », p. 733, qui assimile la parentalité à un « lien d'autorité parentale » ou, dans un sens étendu, à des « prérogatives d'autorité parentale exercées sur l'enfant par des tiers ».

¹⁵²² D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n^o 65, p. 93.

¹⁵²³ V. A. LEGAL, « L'institution du divorce et le droit pénal », *art. préc.* : « [d]ans la mesure où le législateur garantit par des sanctions répressives l'application des dispositions normatives qui réglementent les rapports entre particuliers, le juge pénal et le juge civil auront à faire état des mêmes notions, à résoudre des problèmes communs de fond et de procédure. Mais abordant ces problèmes avec leurs méthodes et leur technique propres, en vue de résultats distincts, ils ne les trancheront pas toujours dans un sens identique. Il existe à cet égard une certaine autonomie réciproque entre les deux disciplines. Cette indépendance relative ne doit pas être exagérée, mais elle apparaît dans son principe légitime ». V. plus largement les propos de Fr. RIGAUX, « Quelques réflexions sur les rapports entre le droit pénal et les autres branches du droit », in *Mélanges offerts à R. LEGROS*, 1985, p. 517, spéc. p. 539, qui affirme que « les prétendus phénomènes d'autonomie du droit pénal sont nés de confusions purement verbales, le même mot ayant reçu des acceptions différentes dans deux normes appartenant respectivement à des branches du droit distinctes ».

¹⁵²⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n^o 65, p. 93. Les auteurs remarquent à ce titre que « se pose la question pratique de l'opportunité de pénaliser ainsi les relations parentales, ou inversement, d'adoucir la répression d'une atteinte à l'autorité lorsqu'elle est le fait d'un parent ou ascendant ».

¹⁵²⁵ L'incrimination de soustraction d'enfant réprime en effet moins sévèrement le fait de l'ascendant que le fait de celui qui a été déchu de l'autorité parentale et réprime moins sévèrement le cas de ce dernier que celui de l'individu qui n'est pas inscrit dans un lien d'ascendance. V. *supra*, n^o 421 et s.

la sanction répressive. Si cette possibilité peut réjouir en ce qu'elle permettrait sans doute un meilleur maintien du lien en question, elle semble pour autant difficilement généralisable à l'ensemble des infractions familiales. Elle trouve cependant toute sa pertinence à l'égard de celles qui touchent à l'autorité parentale et qui se donnent pour objectif la protection de l'intégrité psychique de l'enfant. L'étude de la répression des atteintes morales qui peuvent être portées au lien vertical de parenté révèle en définitive une protection pénale globalement décevante. L'incohérence de la rédaction de certaines incriminations engendre souvent des difficultés de mise en œuvre pratique et le dispositif répressif contient dans son intégralité des sanctions inappropriées au règlement pacifique des différends familiaux. L'analyse des atteintes physiques qui peuvent se commettre au sein du lien familial de filiation apporte à l'inverse un regain d'espoir quant à la cohérence de leur protection pénale, qui s'avère assez satisfaisante.

§2. Une protection pénale satisfaisante des obligations verticales bilatérales

436. - L'existence d'un lien de filiation, de quelque nature qu'il soit, produit des effets juridiques qui se matérialisent à travers l'existence de droits et obligations entre ses différents acteurs. Si, dans leur acception morale, ces derniers se rapportent exclusivement aux devoirs unilatéralement imposés aux parents qui disposent d'une autorité à l'égard de leurs enfants, la chose semble différente en ce qui concerne leur versant corporel. La vulnérabilité psychologique propre à la minorité impose en effet l'existence d'obligations morales uniquement dirigées envers lui. À l'inverse, la vulnérabilité physique peut bien entendu être spécifique à l'enfant, de surcroît mineur, mais elle est aussi susceptible d'être celle qui caractérise le parent âgé ou malade. Jeunesse et vieillesse se côtoient comme sources antagonistes de vulnérabilité. Si les parents doivent logiquement veiller à la préservation de l'intégrité physique des enfants mineurs dont ils assurent déjà la construction morale, ces derniers doivent à leur tour respecter l'intégrité corporelle de leurs parents dès leur minorité et assurer leur persistance une fois devenus adultes¹⁵²⁶. Rapportée à sa dimension corporelle, la verticalité inhérente au lien familial de filiation se conçoit dans son expression bilatérale puisque chacun est tenu de respecter l'intégrité physique de l'autre. Cette obligation évolue en double sens puisque parents et enfants existent à la fois comme ses détenteurs et ses destinataires. L'atteinte physique qui se commet contre le lien de parenté est en effet susceptible d'être regardée du point de vue de l'enfant comme de celui du parent. Partant, la

¹⁵²⁶ Le droit répressif accorde une importance particulière au critère de l'autorité. Si elles ne se confondent pas, l'autorité de l'État et l'autorité parentale sont toutes deux prises en compte par le droit pénal qui protège les institutions ou les personnes à qui il est dû un respect particulier.

verticalité doit être simultanément appréhendée à travers ses dimensions descendante et ascendante.

437. - Dans son acception corporelle, le lien familial vertical bilatéral inclut parallèlement l'obligation de respect de l'intégrité physique qui incombe aux parents à l'égard de l'enfant et celle qui incombe à l'enfant à l'égard de ses parents. Si la finalité est identique, il n'est pour autant pas cohérent d'adopter une vision uniforme de cette obligation. En effet, le dessein théorique reste inchangé quand ses manifestations externes sont soumises à variation. Si la différence n'est pas de nature, elle est alors de degré puisque les obligations qui incombent aux parents sont en ce domaine plus nombreuses que celles qui incombent aux enfants et ne portent pas toujours sur les mêmes spécificités du devoir de respect corporel. Dans son acception bilatérale, le lien vertical de parenté englobe alors en premier lieu toutes les obligations parentales corporelles à travers lesquelles les parents jouent un rôle actif dans la préservation de l'intégrité physique de l'enfant. Les obligations qui leur incombent se traduisent par conséquent par des devoirs positifs de protection qui se comprennent au regard de la vulnérabilité caractérisant intrinsèquement la personne de l'enfant mineur. En tant qu'individu par essence vulnérable, ce dernier est en effet originellement inapte à assurer sa propre sécurité. Dès lors, « en raison de leur faiblesse et de leur inexpérience, qui les rendent particulièrement vulnérables, les enfants ont besoin d'une protection renforcée »¹⁵²⁷. L'enfant doit par conséquent être reconnu comme « une véritable personne, sujet de droits envers qui les adultes, en général, et les parents, en particulier, ont beaucoup plus de devoirs que de droits »¹⁵²⁸. La protection parentale doit alors logiquement le prémunir contre les dangers inhérents à la vie en société et les parents exercent classiquement ce rôle à l'encontre des atteintes qui peuvent lui être portées par des individus extérieurs au cercle familial. Les bornes de la protection parentale ne se limitent cependant pas à cette fonction, puisque les parents doivent dans le même temps assurer la préservation de l'enfant contre les atteintes corporelles qui peuvent lui être portées au sein même de sa famille. À ce titre, la composante autoritaire de la parenté est cette fois mise au service de la protection générale de l'intégrité physique de l'enfant.

438. - Puisque l'enfant est avant tout un individu vulnérable, le droit pénal, qui considère l'intégrité et la vie de la personne comme une des valeurs sociales les plus fondamentales, est tout autant, voire plus encore, légitime à intervenir pour assurer sa protection. La gestion

¹⁵²⁷ D. MAYER, « La protection de l'enfant en droit pénal », in *Travaux de l'association H. Capitant*, T. 30, 1979, p. 273. L'auteur précise à ce titre que « le droit pénal français se montre souvent plus rigoureux lorsque la victime d'une infraction est un enfant et non un adulte ».

¹⁵²⁸ R. NÉRAC-CROISIER, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », in *Le mineur et le droit pénal*, L'Harmattan, 1997, p. 13, spéc. p. 48.

étatisme des atteintes physiques qui peuvent être portées à l'enfant vivant en société se comprend aisément quand ses parents ne peuvent légitimement le prémunir contre la dangerosité sociale. Les choses pourraient cependant s'inverser et leur rôle s'exacerber au sein de la sphère familiale. Le caractère intime et nécessairement opaque de cette dernière les place en ce sens en acteurs privilégiés de la prévention des comportements qui peuvent porter atteinte à l'enfant dans son milieu familial. La situation se complexifie cependant énormément quand le parent, qui doit être le protecteur naturel de l'enfant, n'assume plus ce rôle et devient au contraire l'auteur de cette atteinte. La dénaturation est d'autant plus choquante que cette dernière est le fait de celui qui est censé faire en sorte qu'elle ne se produise pas. L'intervention répressive retrouve alors tout son sens quand elle encadre le lien de famille au sein duquel se produit l'atteinte à l'intégrité de l'enfant. Si cela est vrai à l'égard de l'atteinte commise par un ascendant, logiquement inscrit dans un lien d'affection avec l'enfant, elle acquiert encore davantage de pertinence à propos de celle qui résulte du fait de ses parents. La parenté destructrice n'est cependant pas uniforme dans sa manifestation et recouvre plusieurs schémas d'expression puisqu'elle peut se manifester par le fait isolé d'un seul des parents ou révéler leur action conjuguée. Le droit pénal a pour but de réprimer chacun d'entre eux dans ce dernier cas quand il s'oriente principalement vers la répression du parent auteur dans le premier. Le sort de l'autre parent est alors assez incertain puisque ce dernier pourra parfois être reconnu complice du premier quand il pourra à l'inverse d'autres fois se retourner contre lui et apporter un soutien considérable à l'enfant. Le droit pénal existe finalement comme un rempart indispensable à l'enfant pour restaurer l'équilibre rompu par la commission de l'infraction lorsque l'atteinte physique se produit au sein du cercle familial et quels qu'en soient ses auteurs. Si l'inégalité factuelle dans laquelle s'inscrit le lien de parenté est souvent interprétée en faveur de l'enfant, ce dernier peut parfois devenir lui-même détracteur du respect qu'il doit observer à l'égard de ses parents et de ses ascendants. Ces derniers devront alors eux aussi faire l'objet d'une protection répressive quand ils deviennent les victimes de comportements perpétrés par l'enfant souvent devenu majeur, à qui incombe aussi un certain nombre d'obligations. Partant, la protection pénale embrasse l'intégralité des obligations verticales bilatérales et fait primer la répression de l'atteinte générale à la vulnérabilité du membre de la famille sur la qualité personnelle de celui qui commet l'atteinte. Lorsqu'il intervient pour protéger la bonne exécution des obligations verticales bilatérales et réprime les atteintes physiques au lien vertical de parenté, le droit répressif accorde en définitive une importance toute particulière aux obligations issues de la verticalité descendante (*A*), mais ne se désintéresse pas pour autant de la protection de celles qui émanent de la verticalité ascendante (*B*).

A. La protection pénale des obligations issues de la verticalité descendante

439. - Lorsqu'il appréhende la descendance dans laquelle s'inscrivent les obligations corporelles issues du lien vertical de filiation, le droit répressif s'intéresse aux atteintes commises par un ascendant sur la personne d'un descendant et réprime la violation des devoirs qui incombent aux premiers à l'égard de ces derniers. Si les obligations morales imposées par ce lien se traduisent presque exclusivement par des devoirs positifs qui nécessitent un rôle actif des parents dans l'éducation et la formation de l'enfant, celles qui arborent une dimension corporelle se manifestent à l'inverse en devoirs négatifs qui appellent leur abstention. Les devoirs de protection et de respect qui incombent aux ascendants à l'égard de leurs descendants se rapportent en effet avant tout à l'obligation de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique ou à la santé de ces derniers. Ces obligations ne sont cependant pas spécifiques au milieu familial mais leur violation nécessite une réponse particulière quand elle se réalise en son sein. Partant, « les infractions sanctionnant la violation d'un devoir familial sont donc peu nombreuses mais d'autres incriminations peuvent éventuellement apparaître comme un soutien, quoique plus indirect, de la fonction parentale »¹⁵²⁹. Par conséquent, le droit répressif intervient dans le milieu familial pour sanctionner la violation des devoirs de protection et de respect qui est dû par tout ascendant à l'égard d'un descendant, tant quand elle se manifeste par une abstention là où la protection aurait commandé d'agir, que quand elle est le fait d'une action à l'endroit où le respect aurait dû porter à s'abstenir. La répression de l'inaction infractionnelle sera donc envisagée parallèlement à celle de l'infraction de commission. L'étude de la protection pénale de l'expression positive du devoir de respect (1) précédera logiquement celle de son expression négative (2).

1. La protection pénale de l'expression positive du devoir de respect

440. - Le versant positif du devoir de protection se conçoit comme le fait d'agir en vue de la protection effective de la personne et revêt le visage d'une obligation de faire. L'inertie est considérée comme fautive à l'endroit où la protection aurait dû découler de l'action. La palette que recouvre la répression pénale de l'abstention prend plusieurs couleurs et se manifeste à travers l'incrimination du délaissement de mineur (a) ainsi que par l'incrimination de la privation de soins et d'aliments (b).

¹⁵²⁹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 63, p. 91.

a. L'incrimination du délaissement de mineur

441. - L'infraction de délaissement de mineur s'entend spécifiquement du « délaissement d'un mineur de quinze ans en un lieu quelconque »¹⁵³⁰ et punit ce comportement d'une peine de sept ans d'emprisonnement ainsi que d'une amende de cent mille euros. Le texte prévoit cependant que l'infraction n'est pas constituée « si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité »¹⁵³¹ du mineur concerné. La peine devient criminelle et sera portée à vingt ou trente ans de réclusion criminelle lorsque le délaissement aura respectivement entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ou été directement suivi de la mort de la victime¹⁵³². L'infraction n'est donc pas assimilée au meurtre commis sur un mineur de quinze ans qui fait encourir la réclusion criminelle à perpétuité¹⁵³³. Cette clémence peut s'expliquer par le fait que l'acte principal reste le délaissement, qui était certainement dépourvu d'intention homicide. Au niveau de l'élément moral de cette infraction, il est alors possible de considérer que le législateur incrimine le dol éventuel. Le délaissement de mineur, réprimé sous le prisme des atteintes aux mineurs et à la famille, trouve en outre son pendant général à travers l'infraction de délaissement « d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique »¹⁵³⁴, que le législateur incrimine au titre de la mise en danger de la personne et punit d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de soixante-quinze mille euros. Partant, le droit répressif incrimine globalement le fait de ne pas protéger une personne qui se trouve dans l'impossibilité d'assurer sa propre sauvegarde et attache une importance particulière à l'abstention qui se commet à l'égard d'un mineur de quinze ans. Au niveau de sa classification légistique, l'infraction n'est pas considérée comme protégeant directement la mise en péril des mineurs et peut en cela être interprétée comme une sanction directe de la mauvaise exécution des obligations attachées à l'autorité parentale. Il semble cependant qu'elle reste principalement tournée vers la protection de la santé et de la sécurité du mineur et s'assimile même davantage à une infraction de mise en danger de la personne¹⁵³⁵. L'auteur doit avoir pleinement conscience du risque imminent que son action fait courir à l'enfant du point de vue de la compromission potentielle de son intégrité physique.

¹⁵³⁰ C. pén., art. 227-1.

¹⁵³¹ *Ibid.*

¹⁵³² C. pén., art. 227-2.

¹⁵³³ C. pén., art. 221-4.

¹⁵³⁴ C. pén., art. 223-3. Les deux comportements étaient auparavant appréhendés au sein d'une même incrimination qui visait à réprimer « l'exposition ou le délaissement d'un enfant ou d'un incapable hors d'état de se protéger lui-même, à raison de son état physique ou moral ». V. C. pén., art 349 (ancien).

¹⁵³⁵ V. en ce sens les propos de Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 4^e éd., 2013, n° 122 et s., pp. 79 et s. qui s'étonne de la place qu'elle occupe actuellement au sein du code pénal. L'auteur relève le caractère ambigu du bien juridiquement protégé par cette infraction et affirme que « sa place dans le code actuel relève d'une logique mystérieuse ».

442. - Dans sa matérialité, le délaissement incriminé nécessite en premier lieu un acte positif d'abandon. Si l'infraction peut être considérée comme une abstention à l'endroit où la personne est censée protéger la victime en ne l'abandonnant pas, elle ne nécessite pas pour autant une omission absolue. Le délaissement pourrait alors être considéré comme « le fait d'abandonner une personne qui se trouve dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins et qui ne peut compter sur un tiers pour la prendre en charge »¹⁵³⁶. Partant, il est en réalité possible de considérer que « le délaissement est un délit de commission, et non d'abstention, qui exclut toute attitude négative ou passive comme le fait de mal surveiller ou de soigner insuffisamment un enfant »¹⁵³⁷. Si l'infraction de délaissement de mineur peut donc être assimilée à la protection pénale du devoir de respect et à la répression de celui qui n'agit pas en ce sens, elle requiert au surplus « un comportement particulier qui consiste en l'abandon sans retour d'un enfant, dans des conditions de nature à créer un risque pour sa santé et sa sécurité »¹⁵³⁸. La répression de l'exposition au risque appelle alors légitimement à s'interroger sur la place de la réalisation du risque dans l'incrimination. Puisque le texte ne fait nullement référence à la réalisation effective d'un dommage, il est permis de penser que le simple fait d'exposer au danger est suffisant pour entraîner la répression, peu importe la réalisation du risque. L'infraction qui réprime davantage la potentialité du danger que sa réalisation revêt un caractère formel et reste constituée malgré l'absence de concrétisation du risque. Lorsqu'il aura entraîné une mutilation, une infirmité ou le décès de l'enfant, le délaissement deviendra alors criminel et sera considéré sous son acception matérielle pour être plus sévèrement réprimé en fonction de l'effectivité du dommage réalisé.

443. - Le délaissement de mineur doit être le fait de toute personne physique ou morale qui dispose factuellement de la garde de l'enfant. Le comportement n'est pas restreint à l'action du parent ou de l'ascendant qui ne respecte pas les obligations particulières qui lui incombent. Un tiers au cercle familial peut dès lors devenir auteur de ce délit, quand bien même il n'est pas juridiquement tenu d'assurer la santé et la sécurité du mineur. Le caractère étendu du champ d'application personnel de l'infraction révèle alors son caractère extrafamilial puisqu'elle se donne pour ambition prioritaire de réprimer l'individu responsable exploitant la vulnérabilité d'un mineur en l'exposant sciemment à un danger potentiellement réalisable. La peine complémentaire de retrait de l'autorité parentale¹⁵³⁹ peut cependant réinsérer une dimension familiale dans la sanction de l'auteur. La réalisation de l'acte de délaissement

¹⁵³⁶ B. BOULOC, J. FRANCILLON, Y. MAYAUD et G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Code pénal commenté article par article*, Dalloz, 1996, p. 446.

¹⁵³⁷ Fr. ALT-MAES, « Délaissement de mineurs », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, Fasc. 20, 2009, n° 6.

¹⁵³⁸ *Ibid.*

¹⁵³⁹ C. civ., art. 378.

suppose que la victime ait préalablement été confiée à son auteur¹⁵⁴⁰. Cette garde antérieure est alors susceptible d'être interprétée comme la condition préalable de l'infraction¹⁵⁴¹. Il peut toutefois paraître incohérent d'assortir de la même peine un comportement qui peut à la fois être le fait de celui qui dispose juridiquement ou non d'une obligation de protection. L'atteinte est en effet socialement plus grave si elle provient directement de l'individu qui est supposé protéger l'enfant et être inscrit avec lui dans un lien d'affection¹⁵⁴². Dès lors, il pourrait être pertinent de s'interroger sur l'opportunité de mettre en place une gradation au sein de la répression du délaissement, selon qu'il est le fait d'un titulaire de l'autorité parentale ou d'un tiers ne disposant juridiquement d'aucune autorité. Cette différenciation serait cependant logique à l'égard d'une infraction qui a pour objectif la répression de l'inexécution des obligations familiales attachées à l'autorité parentale. Elle ne paraît donc pas cohérente en l'espèce en ce que la répression du délaissement a précisément pour objet de protéger le mineur le plus vulnérable contre le majeur responsable assumant sa protection, peu important que cette dernière résulte du droit ou du fait. En effet, la liste des victimes concernées par l'infraction ne fait pas écho à la largesse du champ recouvert par ses auteurs ou par sa composante géographique¹⁵⁴³, puisqu'elle se restreint uniquement à la personne du mineur de quinze ans. L'âge de la victime constitue en ce sens un élément constitutif de l'infraction et établit sa vulnérabilité. La compromission de la santé ou de la sécurité du mineur est donc présumée à partir du moment où ce dernier a moins de quinze ans, quand bien même le délaissement n'aurait pas eu factuellement cet effet. Au-delà de ce seuil, la présomption sera écartée et la répression du délaissement entrera dans son incrimination générale. Elle deviendra conditionnée à la preuve de l'inaptitude du mineur à assurer sa propre sécurité, sans que cela ne puisse être automatiquement déduit de son âge.

444. - Le péril auquel le mineur de quinze ans est exposé doit en dernier lieu être certain, ce qui permet de ne pas réprimer le délaissement commis par celui qui entoure son acte de précautions nécessaires à assurer la santé et la sécurité de l'enfant. Cette précision est particulièrement intéressante quand ces dernières sont à la fois des éléments constitutifs positifs de l'infraction lorsqu'elles sont observées, alors qu'elles participeront au contraire à sa justification quand le délaissement servira leur protection. L'atteinte à la santé et à la

¹⁵⁴⁰ Celui qui se contente de ne pas porter secours à un enfant dont il n'avait pas la charge préalable peut alors être poursuivi pour omission de porter secours à une personne en péril.

¹⁵⁴¹ Sur la controverse doctrinale relative à cette notion, v. *supra*, n° 392, spéc. note 1346.

¹⁵⁴² Cette réalité était d'ailleurs prise en compte par l'ancienne rédaction de l'incrimination qui prévoyait une aggravation de la sanction lorsque l'infraction était commise par un ascendant ou toute personne ayant autorité sur la victime. V. C. pén., art. 350 (ancien).

¹⁵⁴³ La référence à un lieu quelconque peut même être vue comme trop extensive et insuffisamment précise par rapport aux exigences que véhiculent les principes de légalité et de clarté de la norme répressive. Tout lieu, même non isolé, peut alors être celui d'un délaissement répréhensible à partir du moment où l'enfant y est laissé sans protection.

sécurité existe dans le même temps comme une « condition qui préside à la non-constitution de l'infraction »¹⁵⁴⁴ et révèle la prise en compte du mobile comme élément constitutif négatif de l'infraction. Quand leur préservation est poursuivie par le délaissement, l'auteur n'est donc pas responsable pénalement. Cette impunité peut dès lors être assimilée à la cause objective d'irresponsabilité pénale que constitue l'état de nécessité puisque le péril pour la santé et la sécurité de l'enfant autorise à le délaisser. L'objectif protecteur ne suffit cependant pas à annihiler le caractère infractionnel du comportement, car les circonstances du délaissement doivent avoir effectivement permis d'assurer la santé et la sécurité du mineur. Cette formulation aboutit dès lors « à faire de la dépenalisation un fait justificatif objectif et indépendant de la volonté de l'auteur »¹⁵⁴⁵. Les circonstances du délaissement peuvent en effet effacer l'infraction dans le seul cas où la sécurité de l'enfant est effective. Quand bien même il reste louable, le mobile qui ne se concrétise pas par la préservation effective demeure donc inopérant à emporter l'impunité de l'auteur. Il est en ce sens particulièrement intéressant de relever que la santé et la sécurité n'ont pas besoin d'être effectivement atteintes pour entraîner la répression alors qu'elles ont besoin d'être effectivement préservées pour justifier son absence. Le caractère formel de l'infraction va en outre de pair avec sa nature délictuelle quand son acception matérielle ne se conçoit que lorsqu'elle adopte une nature criminelle. La réalisation du risque emporte donc la criminalisation de l'infraction. Lorsqu'il ne se réalise pas dans ce but ou que l'intégrité physique du mineur n'est effectivement pas préservée, le délaissement du mineur est au contraire réprimé à partir du moment où son auteur manifeste la conscience et la volonté d'exposer la victime à un danger. Le délaissement est entendu comme un acte volontaire tendant manifestement à un abandon définitif de l'enfant¹⁵⁴⁶ par lequel son auteur se décharge des obligations de soins, de surveillance et de secours qui lui incombent, juridiquement ou non. De création prétorienne, le caractère définitif de l'abandon restreint alors le champ d'application de l'infraction en excluant la répression des abandons temporaires. Lorsqu'il entraîne la répression, l'acte de délaissement contrevenant à l'obligation de protection qui existe pour tout individu à l'égard d'un enfant mineur vulnérable, revêt en définitive une nature positive. L'infraction peut cependant être considérée comme protectrice de l'acception positive du devoir de protection en ce qu'elle consiste finalement en la répression de l'inexécution positive d'une obligation de faire. Cette dernière peut néanmoins être l'objet d'une inexécution purement négative. Le droit pénal interviendra alors par un autre biais pour réprimer la violation de l'obligation positive de protection qui se commet à travers la réalisation d'un acte négatif d'abstention.

¹⁵⁴⁴ Fr. ALT-MAES, « Délaissement de mineurs », *préc.*, n° 6.

¹⁵⁴⁵ Fr. DREIFUSS-NEITTER, « Délaissement de mineur », *JCl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, 1998, n° 11.

¹⁵⁴⁶ V. *Cass. crim.*, 23 février 2000, *Bull. crim.*, n° 84 : *RSC*, 2000, n° 3, p. 610, note Y. MAYAUD.

b. L'incrimination de la privation de soins et d'aliments

445. - La seconde manifestation de la protection pénale de l'acceptation positive du devoir de protection se manifeste à travers le délit de privation de soins et d'aliments. Contrairement à ce qui est à l'œuvre à propos du délaissement de mineur, le droit répressif incrimine en ce lieu un comportement d'inaction pure et simple. L'abstention dans la protection qui incombe à la fonction de parent n'a dès lors pas besoin d'être corroborée par une action positive. La privation s'assimile en ce sens à l'adoption d'un comportement négatif là où l'individu aurait dû agir en vue de protéger. Le droit pénal réprime à ce titre l'omission qui consiste en « le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé »¹⁵⁴⁷ et fait encourir pour ce comportement une peine de sept ans d'emprisonnement et de cent mille euros d'amende. Dans cette incrimination comme dans beaucoup d'autres, le législateur fait donc de l'âge de l'enfant un élément constitutif de l'infraction et manifeste le souhait de renforcer sa protection. Si ce processus participe directement de l'érection d'un droit pénal de la minorité, il est en revanche très incertain qu'il engendre un droit pénal de la famille, étant donné que le mineur y est avant tout appréhendé en tant qu'individu.

446. - Le législateur précise en outre que « constitue notamment une privation de soins le fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants »¹⁵⁴⁸. Cette disposition¹⁵⁴⁹, qui a pour objectif principal de réprimer l'instrumentalisation de l'enfant à des fins de mendicité¹⁵⁵⁰ et instaure une présomption de maltraitance a suscité des interrogations quant à son caractère autonome. L'exposition d'enfant, telle que nouvellement définie, est en effet susceptible de révéler l'existence d'une infraction autonome, totalement détachée des critères de la privation de soins ou d'avoir la vertu didactique de simplement préciser le champ d'application de l'infraction qui manquait de clarté quant à ce cas spécifique. L'enjeu est important puisque les critères de constitution de ces comportements ne sont pas identiques

¹⁵⁴⁷ C. pén., art. 227-15, al. 1^{er}.

¹⁵⁴⁸ C. pén., art. 227-15, al. 2.

¹⁵⁴⁹ Cette disposition a été créée par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JORF* n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761.

¹⁵⁵⁰ Si la mendicité ne constitue plus une infraction répréhensible en tant que telle, l'exploitation de cette dernière est au contraire réprimée en ce qu'elle comprend l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une tierce personne et nécessite de ce fait l'intervention du droit pénal. Si elle se commet dans les circonstances décrites par cette infraction, elle équivaut donc à un cas spécifique de délaissement de mineur qui sera réprimé plus sévèrement que la simple exploitation de la mendicité, aggravée ou non par la minorité de l'enfant. V. C. pén., art. 225-12-5 et C. pén., art. 225-12-6.

en fonction de la solution retenue. L'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence¹⁵⁵¹ s'accorde pour considérer que cette présomption de défaut de soin ne constitue pas une infraction autonome, que ce comportement induit bien le critère de compromission de la santé de l'enfant et qu'il ne peut être commis que par les individus visés dans le premier alinéa. L'utilisation de l'adverbe « notamment » sert en outre classiquement à distinguer un élément au sein d'un ensemble plus global et révèle le fait que ce comportement s'assimile à la privation de soins plus générale. Partant, il n'en serait qu'une version spécifique et plus restreinte mais ne constituerait pas une infraction de nature différente.

447. - La précision que contient le second alinéa de cette infraction implique cependant « l'accomplissement d'un acte matériel positif et non une abstention, ce qui en fait une infraction de commission »¹⁵⁵². Plus qu'à un cas spécifique de délaissement de mineur, l'infraction contenue dans cette disposition, qui ne revêt pas la même nature juridique, se comprendrait donc comme un cas aggravé d'exploitation de la mendicité, s'assimilant à un délaissement de mineur au niveau de la répression. La présomption d'altération de la santé de l'enfant est néanmoins réfragable et peut être écartée si la preuve de l'absence d'atteinte à cette dernière est rapportée. La nature spécifique de l'incrimination contenue dans cet ajout ainsi que les conflits de qualifications auxquels elle peut aboutir¹⁵⁵³ amènent alors à éprouver un certain scepticisme quant à son utilité réelle. L'incrimination de délaissement de mineur par exposition de l'enfant semble en effet uniquement se différencier de l'exploitation de la mendicité aggravée par la minorité de l'enfant en ce qu'elle nécessite que le comportement soit commis sur un enfant de moins de six ans. Au-delà de ce seuil, il est nécessaire de réprimer le même comportement par l'intermédiaire de cette seconde infraction. La cohérence aurait alors certainement voulu que cette aggravation figure à ses côtés. À l'instar de ce qui est prévu pour le délaissement de mineur, le résultat matériel est ici encore susceptible d'augmenter la répression, puisque la même infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle « lorsqu'elle a entraîné la mort de la victime »¹⁵⁵⁴. La présente infraction ne retient cependant pas la mutilation ou l'infirmité permanente comme cause d'aggravation et contient donc un seuil unique d'augmentation de la sanction. La prise en compte de ces critères à travers l'instauration d'une gradation répressive aurait alors peut-être le mérite de rendre la répression plus cohérente. Si cette privation est désormais une infraction autonome détachée

¹⁵⁵¹ V. not. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. « Thémis », 2015, n° 629, p. 443 et *Cass. crim.*, 12 octobre 2005, *Bull. crim.*, n° 259 ; *D.*, 2006, n° 35, p. 2446, note J.-Y. MARÉCHAL ; *Dr. pén.*, 2006, n° 1, comm. 6, obs. M. VÉRON ; *JCP G*, 2006, II, 10022, note J. LEBLOIS-HAPPE.

¹⁵⁵² Fr. ALT-MAES, « Privation d'aliments ou de soins envers un mineur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, Fasc. 20, 2011, n° 4.

¹⁵⁵³ La différence entre cette facette spécifique du délaissement de mineur et l'exploitation de la mendicité aggravée par la minorité de l'enfant n'est en effet pas très perceptible.

¹⁵⁵⁴ C. pén., art. 227-16.

des violences volontaires, sa rédaction initiale assimilait l'acte d'omission à une infraction de commission du point de vue de la répression¹⁵⁵⁵. Le législateur en faisait finalement une infraction de commission par omission et de résultat¹⁵⁵⁶, et ajustait la répression en fonction de la gravité du dommage réalisé. Le caractère matériel de l'infraction ne se retrouve cependant plus que dans son acception criminelle.

448. - Si le champ d'application personnel de la privation de soins ou d'aliments est identique à celui du délaissement de mineur du point de vue de la victime, qui est ici encore un mineur de quinze ans, il apparaît cependant plus restreint sous l'angle de ses auteurs potentiels. Ces derniers peuvent en effet être des personnes physiques ou morales mais sont restreints à la personne de l'ascendant, à celle qui exerce l'autorité parentale ou à celle qui exerce une autorité sur le mineur¹⁵⁵⁷. S'excluant du domaine parental, cette dernière autorité peut dès lors tout aussi bien être juridique que factuelle. La référence est notamment très utile pour inclure les personnes cohabitant avec l'enfant de façon permanente ou temporaire dans le champ d'application de l'infraction. Si le domaine personnel de la privation de soins ou d'aliments est plus restreint que celui du délaissement de mineur, il semble qu'il recouvre tout de même une large catégorie d'acteurs. Cette divergence peut étonner puisque la sanction est identique pour les deux comportements. Elle se justifie cependant en ce que la seconde de ces infractions exige un comportement positif pour entraîner la répression alors que la première se contente d'un acte négatif. Partant, les conditions de mise en œuvre de la répression semblent plus sévères dans le cas de la privation de soins et il est logique que les individus qui n'exercent aucune autorité en soient exclus. Le fait de priver de soins ou d'aliments présuppose en outre l'existence d'une obligation plus particulière à l'égard des auteurs de la carence. L'acte de privation s'entend assez largement et recouvre le domaine du soin et des aliments mais s'étend aussi sur ce qui concerne l'hygiène et les traitements médicaux. Le comportement n'inclut cependant pas la contribution financière, auquel cas la personne sera poursuivie pour la qualification plus adéquate d'abandon matériel de famille si son action en remplit les conditions.

449. - La privation, qui s'assimile au fait de ne pas subvenir aux besoins vitaux élémentaires et quotidiens de l'enfant ou à celui de ne pas le soigner ou lui apporter l'hygiène nécessaire, doit en outre être réalisée « au point de compromettre la santé » de la victime. Pareillement à ce qui a été analysé concernant le délit de délaissement de mineur, il serait ici logique de considérer que ce but ne doit pas nécessairement avoir été atteint pour entraîner la répression.

¹⁵⁵⁵ V. C. pén., art. 312 (ancien).

¹⁵⁵⁶ V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal, op. cit.*, n° 348, p. 391.

¹⁵⁵⁷ La rédaction initiale de l'incrimination y incluait cependant tout individu et aggravait la peine lorsque l'infraction était commise par un ascendant légitime ou par les père et mère légitimes, naturels ou adoptifs.

Dans cette acception, la privation qui se fait au point de compromettre n'est pas assimilable à celle qui compromet effectivement. Le délit aurait alors pour objectif de réprimer dans le même temps la réalisation de l'atteinte à l'intégrité du mineur et le risque pour l'intégrité que peut comporter l'acte de privation. Le caractère formel de l'infraction est cependant discuté puisque « certains auteurs semblent considérer que le texte exige que la santé du mineur ait été effectivement compromise ce qui semble en contradiction avec la lettre du texte »¹⁵⁵⁸. Si l'interprétation téléologique de sa formulation mène à croire que l'infraction revêt un caractère formel qui s'émancipe de l'atteinte tangible à l'intégrité physique, elle sera pour autant « difficile à prouver tant que ce résultat tangible ne s'est pas réalisé »¹⁵⁵⁹. Partant, « après avoir considéré l'infraction comme formelle en retenant le seul risque de compromettre la santé, la jurisprudence privilégie désormais la notion d'atteinte effective, faisant ainsi du délit une infraction de résultat »¹⁵⁶⁰. La nature de l'exposition contenue dans le second alinéa de l'article a en effet déteint sur le comportement général de privation et a eu pour conséquence le fait que « le délit qui apparaissait jusqu'alors comme une infraction de prévention relevant d'une mise en danger semble désormais dépendre des infractions de résultat »¹⁵⁶¹. Si la doctrine reste divisée quant à la nature actuelle de la privation, certains auteurs y voient désormais une infraction d'abstention et de résultat¹⁵⁶². Dans le sens littéral du terme, la compromission s'entend cependant du fait de mettre en danger et d'exposer à un dommage. La notion contient alors implicitement la concrétisation potentielle du résultat. L'interprétation légistique mènerait à opter pour la nature formelle de l'incrimination, qui réprime la mise en péril des mineurs et œuvre pour la protection par la prévention. En définitive, la cohérence appelle à considérer qu'« il n'est donc pas nécessaire que la privation ait effectivement compromis la santé de l'enfant mais il suffit que celle-ci soit susceptible de l'être »¹⁵⁶³. Si cette interprétation a le mérite de ne pas restreindre trop drastiquement le champ de la répression, elle n'est pas toujours évidente à mettre en œuvre. La répression reste parfois délicate en l'absence de préjudice effectif pour l'enfant¹⁵⁶⁴. Le comportement conserve donc le caractère théorique d'infraction formelle mais sa mise en œuvre pratique se cumule presque toujours avec la survenue d'un résultat. La matérialisation qui a voulu être évitée par le législateur se trouve alors concrétisée par l'application jurisprudentielle de l'incrimination. L'acte d'exposition contenue dans le second alinéa revêt quant à lui le

¹⁵⁵⁸ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 63, p. 91, note 204.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*

¹⁵⁶⁰ Fr. ALT-MAES, « Privation d'aliments ou de soins envers un mineur », *préc.*, n° 22.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*

¹⁵⁶² V. not. J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, Cujas, 6^e éd., 2014, n° 606, pp. 397-398.

¹⁵⁶³ A. GOUTTENOIRE, « Droit pénal de la famille, question d'actualité », *AJ famille*, 2002, p. 244.

¹⁵⁶⁴ Pour l'analyse de ces difficultés, v. J.-Y. MARÉCHAL, « Privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention ? », *D.*, 2006, p. 2446.

caractère d'infraction matérielle, ce qui se pose en contradiction avec son caractère accessoire et présume plutôt une autonomie au sein de laquelle l'atteinte effective prend le pas sur le péril potentiel. Puisque la privation générale est désormais interprétée comme une infraction de résultat, il est alors possible de mettre l'accent sur l'étrangeté du processus dans lequel les critères de l'accessoire ont influencé ceux du principal¹⁵⁶⁵. Cette solution s'avère en définitive assez regrettable puisqu'elle restreint inévitablement le champ de la protection accordée à l'enfant. La privation se conçoit en outre dans la durée et revêt généralement le caractère d'infraction continue quand l'exposition peut être réprimée de façon instantanée. Beaucoup d'arguments convergent finalement en faveur de la scission des deux comportements qui ne revêtent pas la même nature. Dès lors, la sagesse appellerait à rendre à chacune l'application qui lui appartient plutôt que de s'attacher à vouloir lier des incriminations aux régimes disparates. La prise en compte du résultat homicide dans l'aggravation de la sanction constitue en outre un cas isolé et il est regrettable que le législateur n'ait pas circonstancié la répression aux atteintes physiques moindres ou aux mutilations et infirmités permanentes¹⁵⁶⁶.

450. - Qu'elle concerne la privation effectuée à l'encontre du mineur de quinze ans ou l'exposition du mineur de six ans, l'infraction nécessite en outre l'existence d'un élément intentionnel pour être constituée. Ce dernier s'entend de la conscience et de la connaissance du fait que le comportement peut engendrer un dommage pour l'enfant. Classiquement, l'élément moral de l'infraction ne suppose donc pas la volonté de porter effectivement atteinte à l'enfant mais implique simplement la conscience du péril¹⁵⁶⁷. Si cette conception est en accord avec le caractère formel de l'infraction, sa nouvelle acception devrait logiquement mener à exiger le désir du résultat incriminé pour pouvoir réprimer le comportement. Outre ces considérations, l'exigence de l'intention fait directement écho aux pratiques issues de certaines convictions religieuses ou sectaires qui caractérisent la privation mais qui sont souvent justifiées par un mobile particulier¹⁵⁶⁸. En l'absence de ce dernier, il convient de retenir une qualification plus appropriée, à l'instar des violences ou de l'homicide par imprudence, si tant est que le résultat ait été atteint. Dans un tout autre contexte, les difficultés financières éprouvées par les auteurs de la privation peuvent justifier sa commission à

¹⁵⁶⁵ V. not. CA Douai, 4^e ch., 15 mai 2007, n° 07/00489.

¹⁵⁶⁶ Sur cette critique, v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2014, n° 348, p. 391 et A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. « Thémis », 2015, n° 627, p. 442.

¹⁵⁶⁷ *Cass. crim.*, 11 mars 1975 : *Gaz. Pal.*, 1975, 2, p. 507. V. Fr. GOYER, *Droit pénal spécial*, Sirey, 8^e éd., 1972, n° 620, p. 429.

¹⁵⁶⁸ Ces comportements ne sont donc pas exempts d'élément intentionnel puisque leurs auteurs ne peuvent ignorer les dommages qui en résultent.

condition que les services sociaux aient été préalablement avertis¹⁵⁶⁹. La répression de ces comportements constitue en outre un objectif social fondamental, au point que la personne qui ne révèle pas les faits dont elle a connaissance peut être condamnée pour non-dénonciation de crime¹⁵⁷⁰, hormis dans le cas où elles sont tenues au respect du secret professionnel en l'absence de danger immédiat. Les atteintes à l'intégrité physique perpétrées à l'encontre des mineurs les plus vulnérables légitiment dès lors l'intervention accrue du droit répressif dans un domaine où la protection sociale et familiale de l'enfance démontre certaines limites. Si la sévérité des peines encourues se comprend en dernier lieu par la gravité de l'atteinte physique à laquelle l'omission peut mener, elle ne paraît pas toujours conforme à la réalité des faits. Elle peut en effet paraître trop sévère à l'égard d'un comportement qui n'a pas donné lieu à une atteinte effective à l'intégrité du mineur mais paraît bien légère en réponse à la privation qui a abouti à une atteinte grave à cette dernière. La cohérence appellerait alors certainement à instaurer une gradation répressive qui tiendrait à la fois compte de la survenue du résultat et de la gravité de l'atteinte.

451. - Le droit pénal intervient en définitive au titre de la protection de l'acceptation positive du devoir de protection en réprimant à la fois l'action et l'inaction qui traduit la violation de l'obligation de faire. L'encadrement répressif du devoir de respect qui est dû au mineur manifeste cependant l'intérêt qui est prioritairement accordé à la personne vulnérable qu'il représente. L'enfant mineur est davantage appréhendé en tant qu'individu socialement vulnérable que comme le membre d'une famille et le lien familial dans lequel il est inscrit n'apparaît pas comme un critère impératif de mise en œuvre de sa protection répressive. Si le lien de famille a parfois pour effet d'aggraver la sanction de l'infraction, il paraît en ce lieu bien inopérant quand la priorité est donnée au lien qui constitue la dialectique de l'autorité et de la vulnérabilité. Le soutien accordé aux devoirs familiaux par un droit pénal qui s'émancipe totalement du lien de famille semble dès lors très limité. L'affranchissement est d'autant plus perceptible que le devoir d'entretien de l'enfant ne cesse pas nécessairement à sa majorité et perdure jusqu'à ce qu'il puisse subvenir à ses propres besoins¹⁵⁷¹. Le droit répressif qui n'ajuste pas sa répression à la conception civile des obligations familiales au sein desquelles il intervient fait donc preuve d'un réel détachement à leur égard. Partant, l'autorité ou le devoir parental restent des valeurs accessoires propres à servir la protection de la valeur principale représentée par la protection de l'intégrité physique de l'enfant. La vulnérabilité qui caractérise l'individu transcende ainsi le lien de famille à l'intérieur duquel il évolue. L'étude

¹⁵⁶⁹ V. à ce propos R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, T. 3, Cujas, 6^e éd., 1982, n° 2137, p. 1736, qui remarquent que l'infraction de privation de soins ou d'aliments disparaît « lorsque les atteintes à la santé de l'enfant ont pour cause la misère des parents ».

¹⁵⁷⁰ C. pén., art. 434-3.

¹⁵⁷¹ V. en ce sens C. civ., art. 371-2, al. 2.

de la protection pénale de l'acceptation négative du devoir de protection, qui se manifeste par la répression de l'action positive allant à l'encontre de l'obligation de ne pas faire, ne résiste pas à cette analyse qu'elle va d'ailleurs porter à son paroxysme.

2. La protection pénale de l'expression négative du devoir de respect

452. - Le versant négatif du devoir de protection se conçoit comme le fait de ne pas agir dans le but d'éviter de porter atteinte à la protection effective de la personne. L'expression négative du devoir de protection revêt le visage d'une obligation de ne pas faire. L'action est considérée comme fautive à l'endroit où la protection aurait dû découler de l'inertie. La palette que recouvre la répression pénale de l'action arbore alors de nombreuses nuances et se manifeste tant à travers l'encadrement des atteintes à la vie et à l'intégrité physique de l'enfant que par celui des atteintes à son intégrité sexuelle. Si les premières ne traduisent pas une prise en compte spécifique de la qualité de la victime et révèlent leur appréhension généralisée (a), les dernières semblent faire l'objet d'une particularisation répressive (b).

a. La généralisation de la protection répressive accordée à la vie et à l'intégrité physique de l'enfant mineur

453. - Les atteintes à la vie et à l'intégrité physique de l'enfant se commettant au sein du cercle familial sont réprimées sur la base du droit commun qui entoure la protection de la personne humaine. Les qualités spécifiques de l'auteur ou de la victime, qui se manifestent à travers l'ascendance, l'autorité ou la vulnérabilité, sont dès lors prises en compte au titre des causes d'aggravation de la sanction pénale mais n'apparaissent pas comme des éléments constituant ces atteintes. Confronté à la criminalité qui se commet à l'encontre des enfants dans le cercle familial, le droit répressif « se trouve devant des causes diverses se pénétrant inextricablement et difficiles à isoler, comme il en est la plupart du temps dans tous les phénomènes sociaux complexes »¹⁵⁷². En effet, « il se peut pour diverses raisons que les parents sur qui pèse l'obligation d'entretien et d'éducation soient amenés à exposer dangereusement la personnalité fragile de l'enfant par l'inefficacité et l'inadaptation de l'exercice de leur fonction d'entretien et d'éducation »¹⁵⁷³. L'encadrement qu'il apporte à

¹⁵⁷² A. BONNEFOY, « La répression des crimes et délits commis contre les enfants », *RSC*, 1951, p. 601. L'auteur s'interroge sur les facteurs criminogènes poussant à la délinquance des parents contre leurs enfants et lie cette dernière à la recrudescence de l'alcoolisme, qu'il convient de traiter par des mesures préventives.

¹⁵⁷³ H.-K. GABA, « La défense des intérêts de l'enfant victime de maltraitance commise par ses représentants légaux », *Dr. fam.*, 2002, n° 4, chron. p. 9. L'auteur s'interroge cependant sur l'adéquation entre justice pénale et protection de l'enfant maltraité. Il questionne l'efficacité de la répression ainsi que la cohérence de la pluralité

cette criminalité particulière est alors tourmenté car tiraillé entre plusieurs objectifs contradictoires. En effet, « la prévention, si souhaitable en notre matière, suscite aussitôt un conflit entre l'intérêt de l'enfant et le principe de la liberté des parents »¹⁵⁷⁴. La nature répressive du droit amène cependant à privilégier la punition des derniers afin de préserver l'intégrité physique et psychique des premiers. Lorsqu'il intervient en ce sens, le législateur pénal inclut alors la composante familiale dans les causes d'aggravation des comportements qu'il réprime mais ne crée pas d'infractions protégeant spécifiquement les atteintes physiques portées aux mineurs dans le cercle familial restreint ou étendu. Le choix ne s'est pourtant pas toujours orienté vers le caractère subsidiaire de la protection répressive accordée à la vie de l'enfant mineur. La répression particulière de l'infanticide érigeait en effet ce dernier en élément constitutif de l'infraction. Autrefois révélée par une infraction autonome, la valeur sociale caractérisée par la protection de la vie de l'enfant s'exprime désormais à travers la cause d'aggravation. Cette dernière est dès lors considérée comme le mode d'expression de sa singularité, qui ne résulte plus d'un intitulé souvent considéré comme symbolique. En effet, « l'infanticide, c'est-à-dire le meurtre d'un enfant nouveau-né, est l'une des infractions qui ont le plus évolué dans les mœurs comme dans les lois »¹⁵⁷⁵.

454. - Originellement entouré d'une certaine clémence, l'acte d'infanticide, souvent assimilé à un meurtre de nécessité, a finalement engendré la nécessaire répression du meurtre qu'il provoque. D'abord appréhendée comme une assimilation pure et simple au meurtre puis à l'assassinat, l'infraction d'infanticide, assimilée au néonaticide, qui entrait, avec le libéricide, dans le contexte plus large du filicide¹⁵⁷⁶, a par la suite fait l'objet d'un traitement autonome au sein d'une catégorie exceptionnelle d'infraction, longtemps réprimée par la peine de mort. Premièrement considérée comme un crime, l'infraction a par ailleurs été légalement correctionnalisée en vue de privilégier la certitude de la sanction pénale face à l'aléa qui entoure les décisions du jury criminel¹⁵⁷⁷. Cette décriminalisation a cependant été vivement critiquée par l'ensemble de la doctrine en ce qu'elle entraîne une répression totalement

des acteurs et du foisonnement des politiques en cette matière, pour mettre au jour les défaillances de l'après répression.

¹⁵⁷⁴ J. LARGUIER, « Rigueur pénale et protection de l'enfance (à propos de la loi du 13 avril 1954, relative à la répression des crimes et délits commis contre les enfants) », *D.*, 1955, chron. p. 44.

¹⁵⁷⁵ R. DÉSIROY, « Convient-il de déférer à nouveau l'infanticide à la compétence de la Cour d'assises ? », *D.*, 1948, chron. p. 81.

¹⁵⁷⁶ V. pour des précisions sur ces termes J.-P. BOUCHARD, « Évolution sémantique, pénale et répressive d'un crime hors du commun : le parricide », *Revue d'études et d'informations de la gendarmerie*, 1997, n° 185, p. 56. Le psycho-criminologue précise qu'au regard des termes de l'ancienne rédaction de l'infraction, l'infanticide équivalait au meurtre ou à l'assassinat d'un enfant nouveau-né de moins de trois jours non encore déclaré à l'état civil et devenait au-delà un libéricide, ces deux infractions constituant la catégorie des filicides, entendus comme le fait de tuer l'enfant en général.

¹⁵⁷⁷ V. en ce sens le décret-loi du 2 septembre 1941.

inadaptée à la gravité sociale de l'infraction¹⁵⁷⁸. Prenant acte des lacunes de la correctionnalisation, le législateur¹⁵⁷⁹ est à nouveau venu criminaliser l'infraction en même temps qu'il a instauré un principe très particulier de répression. Si l'infanticide pouvait tout aussi bien être le fait de la mère de l'enfant ou d'un tiers, cette dernière bénéficiait cependant d'une excuse et encourrait une peine moindre que celles du droit commun du meurtre ou de l'assassinat, qui étaient imputées aux tiers. La différenciation issue de cette « décorrectionnalisation législative »¹⁵⁸⁰ pouvait être considérée comme une marque d'indulgence à l'égard des mères qui agissaient dans un état de détresse matérielle ou psychologique et manifestait un certain attachement à la réalité sociale dans laquelle se produisait cette infraction¹⁵⁸¹. Le lien familial particulier qui existait entre la mère et l'enfant était traité comme une circonstance atténuant la peine. La particularisation qui entoure la réponse pénale se retrouvait en outre dans le fait que la mère ou le tiers complice restait punissable selon son propre régime répressif et n'empruntait pas la pénalité de l'auteur principal. La spécification répressive qui entourait les sanctions de l'infanticide était révélatrice de la nature singulière de cette infraction. En effet, « l'infanticide est précisément l'un des cas exceptionnels dans notre législation où déjà la considération du mobile fait figure d'élément essentiel de l'infraction »¹⁵⁸². Partant, il aurait été plus cohérent en ce lieu de déroger aux règles classiques et de prendre en compte l'orientation du mobile dans le prononcé de la sanction pénale¹⁵⁸³. Cela n'a cependant pas été réalisé puisque le meurtre d'un nouveau-né n'est désormais plus appréhendé spécifiquement et constitue simplement un type particulier de meurtre qualifié. Le lien familial existe finalement comme circonstance aggravatrice de la sanction pénale dans le cas où le meurtre se commet sur un mineur de quinze ans, peu important qu'il soit commis sur un nourrisson ou sur un enfant¹⁵⁸⁴ ou qu'il soit le fait d'un parent ou d'un tiers. Par conséquent, il semble que le fait de donner la priorité à la sauvegarde de l'intégrité physique de l'enfant en tant qu'individu ait paradoxalement mené à le faire passer de critère constituant à critère aggravateur systématique de l'infraction

¹⁵⁷⁸ V. not. en ce sens R. DÉSIKY, « Convient-il de déférer à nouveau l'infanticide à la compétence de la Cour d'assises ? », *art. préc.*, qui met l'accent sur la distorsion de l'échelle des peines qui seront nécessairement rendues plus sévères et sur le fait que la mansuétude des juges est souvent identique à celle des jurés. V. dans le même sens M. PATIN, « La légalité républicaine et la répression de l'infanticide », *RSC*, 1947, p. 185, spéc. p. 186, qui affirme que « le principe même de la correctionnalisation de l'infanticide est éminemment critiquable ».

¹⁵⁷⁹ Par l'intermédiaire de la loi du 13 avril 1954.

¹⁵⁸⁰ J. LARGUIER, « Rigueur pénale et protection de l'enfance... », *art. préc.*

¹⁵⁸¹ La clémence accordée aux mères pouvait aussi être liée à l'incrimination de l'interruption volontaire de grossesse et aux difficultés d'accès aux différents moyens de contraception.

¹⁵⁸² R. DÉSIKY, « Convient-il de déférer à nouveau l'infanticide à la compétence de la Cour d'assises ? », *art. préc.*, spéc. p. 84.

¹⁵⁸³ Pour analyse typologique des mobiles de l'infanticide, v. P. CANNAT, « Les infanticides », *RSC*, 1949, p. 389, spéc. p. 392.

¹⁵⁸⁴ V. C. pén., art. 221-4, 1^o.

au sein de laquelle elle a lieu. Si l'infanticide a été dépénalisé du point de vue de la terminologie, le comportement n'a jamais cessé d'être factuellement réprimé. L'assimilation au droit commun de la répression résulte finalement d'une technique légistique d'aggravation qui n'enlève rien à la spécificité du comportement. L'enfant mineur est en définitive considéré comme un type particulier d'individu vulnérable dont l'intégrité est d'abord protégée au même titre que celle des autres pour ensuite être l'objet d'une adaptation répressive.

455. - Le mouvement caractérisant l'appréhension des atteintes à la vie de l'enfant mineur qui se réalisent au sein de sa famille semble être suivi à propos des atteintes familiales à son intégrité. Les violences intrafamiliales qui se commettent à l'encontre des enfants sont en effet prioritairement considérées comme des violences de droit commun, pour la répression desquelles la qualité de l'auteur ou de la victime peut aggraver la sanction. Le traitement répressif réservé à l'enfant semble toutefois bien plus favorable que celui qui caractérise les violences commises à l'encontre de la mère, voire du père. En effet, « si la notion de violences intrafamiliales est désormais couramment employée, elle ne trouve cependant guère de traduction concrète quant à l'homogénéité de son traitement judiciaire »¹⁵⁸⁵. Répondant à une phénoménologie de violences identique¹⁵⁸⁶, ces événements devraient pourtant être considérés comme des réalités interdépendantes et ne devraient pas faire l'objet d'un traitement répressif disparate¹⁵⁸⁷. Les difficultés de mise en œuvre d'une répression adaptée aux réalités qu'ils constituent émergent néanmoins de la délicatesse de leur contexte. Leur mise au jour révèle en effet le passage du domestique au social et s'inscrit dans les controverses qui entourent la question de la gestion étatique de la sphère intime. Entre pénalisation excessive et déjudiciarisation, le recours à la justice doit dès lors être pensé en adéquation avec le cadre familial des violences qu'il a pour objet d'endiguer.

¹⁵⁸⁵ J. ALVAREZ, « Violences intrafamiliales : des réponses juridiques et judiciaires duales », in *Le lien familial, entre autorité, autonomie et authenticité, Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 35, p. 111, spéc. p. 112. L'auteur fait état d'une dissociation de traitement en fonction de la qualité de la victime qui manifeste un dispositif répressif beaucoup plus effectif au sujet de la protection des enfants et précise que « le terme violence intrafamiliale paraît ainsi relever d'un choix nominatif dont le contenu ne correspond pas à une seule et unique réalité ». Elle plaide en ce sens en faveur de l'émergence de politiques publiques unitaires et égalitaires.

¹⁵⁸⁶ V. en ce sens A. GODENZI et J. DE PUY, « La prévention primaire des violences dans la famille, Un bilan des connaissances », in *Le lien familial, entre autorité, autonomie et authenticité, Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, p. 59 : « sur le plan individuel, plusieurs situations prédisposant les parents à la violence envers les enfants ont des points communs avec celles qui contribuent aux risques de violences envers les femmes dans le couple ». L'auteur fait notamment référence à l'alcoolisme et antécédents de violences familiales subies par l'auteur de l'infraction alors que la déficience dans les compétences parentales ou l'état dépressif du parent semblent caractériser davantage les violences commises sur les enfants.

¹⁵⁸⁷ V. à ce sujet les propos de I. THÉRY, citée par Fr. OCQUETEAU, « Journée d'études – Violences intrafamiliales », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 35, p. 239, qui « juge bon de rééquilibrer l'intérêt que l'on porte aux deux types de victimes des violences » et de sortir de la vision pédocentrique ou féministe qui caractérise le système actuel.

456. - L'autorité familiale dont dispose le parent revêt à la fois une dimension charismatique, traditionnelle et organisationnelle¹⁵⁸⁸. Si elle a longtemps accessoirement conduit au droit d'infliger à l'enfant des sanctions physiques approuvées par la coutume en cas d'infraction à la discipline familiale, elle se pose désormais comme vecteur de protection et doit avant tout servir la construction sociale et individuelle de l'enfant. Le droit de correction manuelle a connu de nombreux abus et ne constitue plus une cause justificative des violences parentales, même lorsqu'il s'agit de violences légères. Il convient de se féliciter du caractère aggravateur accordé aux violences commises sur un mineur de quinze ans par un ascendant ou tout individu disposant à son égard d'une autorité de droit ou de fait, mais l'ambition ne doit pas mener à l'excès de protection. Si le châtement corporel infligé à un enfant reste moralement plus condamnable quand il provient du protecteur naturel ou factuel de l'enfant, il est nécessaire de rester mesuré face aux velléités abolitionnistes de toute forme de sanction éducative, à l'instar de la récente proposition de pénalisation de la fessée¹⁵⁸⁹. Le lien qui a été relevé entre les violences minimales reçues par l'enfant et celles qu'il commet par la suite en tant qu'adulte, ainsi que le constat des conséquences dramatiques qu'elles engendrent sur la santé physique et psychique de l'enfant¹⁵⁹⁰, ont conduit certains droits à légiférer dans le sens d'une réprobation générale de toute forme de violence physique parentale envers les enfants. Ces réformes, qui tirent les conséquences du constat plus général selon lequel la famille est « le lieu d'une multiplicité de liens qui produisent autant qu'ils réduisent la violence »¹⁵⁹¹, trouvent leur origine dans le droit des pays scandinaves et se sont étendues à un grand nombre de législations européennes. L'objectif affiché consiste avant tout à marquer une forte censure sociale à l'encontre de la violence comme méthode éducative, sans pour autant réprimer les parents. Les lois suédoise et germanique se contentent en effet d'afficher symboliquement leur réprobation pour toute forme de châtement corporel parental mais ne prévoient pas de sanctions répressives à l'encontre des parents qui ne respecteraient pas ces dispositions. Elles mettent en place des processus de conseil, de formation et d'accompagnement à la parentalité. Le droit canadien ou le droit britannique sont quant à eux plus mesurés et font état d'un recours au caractère raisonnable de la mesure. Ce dernier critère se heurte cependant au

¹⁵⁸⁸ V. en ce sens A. SALLES, « L'autorité en question », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 35, p. 231.

¹⁵⁸⁹ V. E. ANTIER, *Proposition de loi visant à abolir toutes formes de violences physiques et psychologiques infligées aux enfants*, AN n° 2971, 18 novembre 2010.

¹⁵⁹⁰ V. à ce propos les développements de O. MAUREL, « Les conséquences des châtements corporels infligés dans le cadre de l'éducation », *AJ famille*, 2005, n° 6, p. 224. L'auteur fait état d'un grand nombre de traumatismes physiques, psychiques, pathologiques et sociaux présents chez l'enfant victime de violences éducatives même légères. V. dans le même sens les déficiences relevées dans le rapport mondial sur la violence et la santé, OMS, 2002. V. enfin J. CORNET, « La nocivité des punitions corporelles : point de vue des scientifiques », *AJ famille*, 2005, n° 6, p. 226. La professionnelle de la médecine fait état du fait que les punitions corporelles génèrent la violence, favorisent les accidents de la route, déclenchent certaines maladies, provoquent des troubles du comportement, modifient les aptitudes intellectuelles et entraînent des traumatismes physiques parfois graves.

¹⁵⁹¹ Fr. OCQUETEAU, « Journée d'études – Violences intrafamiliales », *art. préc.*

problème du subjectivisme que sous-tend l'appréciation familiale de la simple correction et engendre certainement des difficultés probatoires importantes.

457. - Cette réflexion s'axe en outre dans la mouvance contemporaine européenne de sensibilisation sur les dangers des châtiments corporels infligés aux enfants¹⁵⁹². En effet, « c'est l'articulation des dimensions de la famille contemporaine, en tant qu'espace de plus en plus privé en même temps que de plus en plus public, qui dessine l'espace de la construction sociale des violences contre les enfants »¹⁵⁹³. Puisque l'encadrement juridique des punitions corporelles transparaît comme un véritable enjeu sanitaire et social, il peut être tentant de stigmatiser le vide juridique que contient notre législation à propos de l'encadrement de la violence éducative, notamment quand les mêmes actes, commis entre adultes font déjà l'objet d'incriminations. La chose est d'autant plus choquante que la majorité des études estiment que deux enfants décèdent par jour des suites de maltraitances familiales quand la législation mise en place dans les pays scandinaves a permis une diminution effective de ces dernières. Partant, la mobilisation de la conscience parentale à travers l'expression symbolique de l'interdiction de toute forme de violence éducative comme valeur sociale fondamentale peut avoir un impact pratique important sur la diminution de la maltraitance familiale des enfants. Si les conséquences sont manifestement importantes, il n'est cependant pas certain que l'éducation exempte de sanction entre bien dans le rôle du droit répressif. La criminalisation, qui revient à stigmatiser un comportement en tant qu'interdit social par l'intermédiaire de la crainte que sa réprobation suscite, implique nécessairement la sanction. Le caractère uniquement symbolique ou théorique de cette dernière peut alors discréditer la répression¹⁵⁹⁴. Si elle est effective, cette dernière peut néanmoins mener à la stigmatisation des familles qui éduquent mal et susciter l'exclusion sociale qu'une prise en charge non répressive aurait permis d'éviter. Dès lors, il convient aussi bien de se méfier de la pénalisation excessive¹⁵⁹⁵

¹⁵⁹² V. not. la Recommandation 1666 de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, « Interdire le châtimement corporel des enfants en Europe », Doc. n° 10199, 4 juin 2004, qui estime que plus de la moitié des États membres ont interdit ou ont promis d'interdire tout recours à la violence éducative dans leur législation. V., pour plus de détails sur la législation européenne, H. BARGHOLTZ, « La large prohibition européenne des châtiments corporels infligés aux enfants », *AJ famille*, 2005, n° 6, p. 221. L'auteur définit le châtimement corporel comme « toute punition utilisant la force avec l'intention de causer un certain degré de douleur ou d'inconfort » et estime que « frapper des personnes viole leurs droits fondamentaux au respect de leur dignité humaine et de leur intégrité physique ». La chose est encore plus manifeste quand la personne concernée est un enfant vulnérable, à l'encontre duquel il n'est donc pas permis de tolérer le châtimement, même dans sa forme la plus légère.

¹⁵⁹³ A.-M. FALCONI, « Pour une construction socio-judiciaire des violences aux enfants », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 35, p. 133.

¹⁵⁹⁴ V. cependant les développements de P. LASCOUMES, *Prévention et contrôle social (...)*, *op. cit.*, p. 341, qui considère que le droit pénal n'est pas uniquement destiné à réprimer mais qu'« il a également une portée expressive, c'est-à-dire qu'il opère en définissant des dimensions symboliques (qui énoncent des repères fondamentaux), des dimensions axiologiques (qui visent à instaurer ou à renforcer des valeurs) et des dimensions pragmatiques (qui tendent vers la recherche d'effets immédiats sur les comportements, d'utilité) ».

¹⁵⁹⁵ V. en ce sens A. GARAPON et D. SALAS, *La République pénalisée*, *op. cit.*, 1996.

que des excès de la pénalisation d'une infraction à trop large spectre. En érigeant les défaillances parentales éducatives en valeurs dignes de protection pénale, tout en ne sanctionnant pas effectivement ses auteurs, la loi pénale se cantonne à un rôle pédagogique et fait preuve d'un symbolisme qui ne doit pas justifier à lui seul son intervention. La déficience éducative, qui consiste à résoudre le conflit familial par la violence, même minime, constitue cependant un réel problème de société qui ne doit pas être négligé. Cette défaillance peut alors faire l'objet d'un traitement sanitaire et social propre à endiguer les violences, au sein d'une politique de santé publique orientée vers l'aide à la parentalité. Si la fin est partagée, il semble en définitive que l'erreur de perspective porte sur le moyen. La prohibition doit exister afin d'apporter à l'enfant une protection effective contre les violences physiques et psychologiques dont il peut être victime. Il convient cependant de s'interroger sur la nature de son support juridique. En marge des défauts théoriques que comporte la pénalisation exempte de sanction, il convient en premier lieu de remarquer que le vide juridique dénoncé est bien rempli en théorie. Les violences qui se commettent sur un mineur de quinze ans par une personne qui dispose sur ce dernier d'un lien d'ascendance ou d'autorité sont en effet très sévèrement réprimées par notre législation¹⁵⁹⁶, d'autant plus quand elles manifestent un caractère habituel¹⁵⁹⁷. Partant, le terrain pénal semble peu propice à l'encadrement des violences éducatives légères dans le sens où la peine privative de liberté¹⁵⁹⁸ aurait pour effet pernicieux d'augmenter plus encore la précarité familiale qui a donné lieu à la violence et où les parents ne pourraient pas légitimement être moins sévèrement réprimés que les tiers qui commettent les mêmes actes. Si l'arsenal répressif existe, son application pratique laisse cependant perplexe. En effet, « le droit français comporte un paradoxe : les châtiments corporels sont prohibés par la loi, mais autorisés par la jurisprudence sur un fondement discutable, qui conduit celle-ci à des distinctions n'offrant guère de prévisibilité et parfois exagérément compréhensives »¹⁵⁹⁹. Dès lors, « la piste du droit civil est particulièrement enthousiasmante »¹⁶⁰⁰ en ce qu'elle ne nécessite pas forcément l'instauration d'une sanction mais peut certainement aboutir tout autant à la dissuasion et à l'éducation si elle est couplée à la mise en œuvre d'une politique publique globalisée ayant pour objet l'information et l'aide à la parentalité.

¹⁵⁹⁶ V. en ce sens C. pén., art. 222-13 qui prévoit une peine de cinq ans d'emprisonnement et de soixante-quinze mille euros d'amende.

¹⁵⁹⁷ V. C. pén. art. 222-14 qui augmente dans ce cas la peine en fonction du résultat matériel auquel les violences ont donné lieu.

¹⁵⁹⁸ Sur la précarisation engendrée par la privation de liberté, v. *infra*, n° 758 et n° 815.

¹⁵⁹⁹ M. HERZOG-EVANS, « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ famille*, 2005, n° 6, p. 212.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.* L'auteur propose ainsi d'insérer au sein des dispositions relatives à l'autorité parentale une précision qui consisterait à affirmer que « les parents doivent assurer à l'enfant sécurité, santé et moralité » et qu'« ils s'abstiennent à son égard de tout traitement inhumain, cruel ou dégradant et de tout châtiment corporel ».

458. - Les supports familiaux et sociaux semblent les plus propices à régler les déficiences parentales qui conduisent à la perpétration de violences légères ou éducatives. Le recours à la sanction répressive reste cependant indispensable dès lors que ces violences dépassent cet objectif et se manifestent par une atteinte matérielle plus ou moins importante à l'intégrité physique de l'enfant. Puisque cette violence, qui provient de ses protecteurs, a directement pour effet de nuire à la dignité de ce dernier et lui provoque des séquelles physiques et psychologiques, l'intervention répressive trouve en ce domaine une justification aussi intense que celle qui suppose son retrait dans le cas inverse. En ce qu'elles participent avant tout de l'application commune du droit répressif, les atteintes à la vie et à l'intégrité de l'enfant qui se commettent en famille ne peuvent par conséquent pas être considérées comme des infractions purement familiales et s'intègrent nécessairement à la catégorie des infractions accessoirement familiales. Si la chose est identique pour la majorité des atteintes qui peuvent être portées plus spécifiquement à son intégrité sexuelle, elle souffre cependant d'une exception au sein de laquelle la protection répressive reste directement attachée au lien de famille.

b. La particularisation de la protection répressive accordée à l'intégrité sexuelle de l'enfant mineur

459. - L'infraction sexuelle qui se commet à l'encontre d'un mineur manifeste une réprobation sociale particulière en ce qu'elle exploite la vulnérabilité de l'enfant d'une manière particulièrement révoltante. L'infamie est en outre portée à son paroxysme quand l'atteinte ne provient pas d'un tiers étranger à l'enfant mais d'un membre du milieu familial au sein duquel il évolue et qui est censé participer à sa protection et à sa sécurité. Le législateur accorde une importance toute particulière à leur répression et « la législation française en matière d'infractions sexuelles sur des mineurs est l'une des plus complètes et des plus répressives »¹⁶⁰¹. Révélant une appréhension globale de la sexualité et de l'exploitation dont elle peut être l'objet, l'arsenal répressif se donne pour ambition de lutter contre l'organisation de la pédophilie, de la pornographie et de la prostitution enfantine, et de la corruption générale de la moralité du mineur. La sexualité¹⁶⁰² semble bien appréhendée

¹⁶⁰¹ C. DEFOORT, « Regards critiques sur le régime pénal applicable aux infractions de nature sexuelle commises contre les mineurs », *Rev. pénit.*, 2006, n° 4, p. 763.

¹⁶⁰² V. à ce titre l'étude de J. DEVÈZE, « La sexualité en droit pénal contemporain », in J. POUmarede et J.-P. ROYER (textes réunis et présentés par), *Droit, histoire et sexualité*, L'espace juridique, 1987, p. 291. L'auteur affirme notamment que « le droit pénal de la sexualité doit être soigneusement caractérisé dans le cadre de l'opposition classique de ces deux aspects de la réalité que sont le sexe et la société » puisqu'il ne recouvre qu'une infime partie des normes de comportements et qu'il doit composer avec le domaine de la liberté sexuelle. Dès lors, la répression est davantage fondée sur la protection de la dignité humaine que sur celle de la sexualité de l'individu. Cette affirmation est particulièrement vraie à l'égard du mineur qui nécessite une protection renforcée.

dans toutes ses dimensions et la répression des atteintes qui peuvent lui être portées inclut théoriquement ses manifestations physiques et physiologiques, aussi bien que son versant psychologique. Si la protection de la sexualité doit être particulièrement affirmée à l'encontre d'une personne mineure, elle ne se restreint cependant pas à cette catégorie de victime et doit être mise en œuvre à l'égard de tout individu. Dès lors, il est ici encore logique que la protection du mineur s'ancre dans un mouvement répressif plus général et que l'infraction sexuelle qui se commet à son encontre soit appréhendée en tant que cause d'aggravation de l'infraction de droit commun. En effet, si l'exploitation sexuelle n'entraîne pas obligatoirement une atteinte à son intégrité physique, « elle entraîne toujours une atteinte à sa moralité et à sa dignité »¹⁶⁰³. Si cela est vrai pour l'infraction de viol ou pour les agressions sexuelles, il convient cependant d'inverser exceptionnellement l'analyse en ce qui concerne la répression des atteintes sexuelles.

460. - Si toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise constitue une agression sexuelle, qui est simplement aggravée par la minorité de la victime, celle qui se commet au contraire sans violence n'est pas répréhensible en l'absence de victime mineure. Plus précisément, le droit répressif incrimine uniquement « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans »¹⁶⁰⁴ et réprime ce comportement d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de soixante-quinze mille euros. Cette infraction autonome, qui ne peut se perpétrer sur un majeur ou sur un mineur de plus de quinze ans, est notamment aggravée et punie de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de cent cinquante mille euros lorsqu'elle est commise par un ascendant, par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ou par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions¹⁶⁰⁵. Lorsque la même atteinte existe à l'encontre d'un mineur de plus de quinze ans, elle est réprimée d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de quarante-cinq mille euros d'amende uniquement si elle est le fait de ces dernières¹⁶⁰⁶. Les actes d'agression et d'atteinte sexuelle se différencient dès lors uniquement par la violence, la

¹⁶⁰³ R. NÉRAC-CROISIER, « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuels », *art. préc.* L'auteur précise que si la meilleure protection résulte avant tout de la prévention de ces comportements, la répression participe aussi activement à la protection du mineur, mais que si une protection spécifique existe, elle reste encore insuffisante. La pratique de la correctionnalisation judiciaire qui s'appuie sur l'absence de violences est dénoncée comme inefficace et injustifiée et le dispositif de protection comme incomplet. V. dans le même sens les développements de J. CASTAIGNÈDE, « L'effectivité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », in R. NÉRAC-CROISIER, *Le mineur et le droit pénal*, L'Harmattan, coll. « Logique juridique », 1997, p. 77, qui remarque que « c'est par le biais de la procédure pénale que cette protection pourra se révéler effective au sens littéral du terme, c'est-à-dire produire l'effet attendu ». L'arsenal de protection qui est théoriquement accordé au mineur doit dès lors être complété par des mécanismes effectifs d'accès au droit.

¹⁶⁰⁴ C. pén., art. 227-25.

¹⁶⁰⁵ C. pén., art. 227-26, 1^o et 2^o.

¹⁶⁰⁶ C. pén., art. 227-27.

contrainte, la menace ou la surprise qui caractérise les premiers et dont les seconds sont exempts. Si les deux comportements étaient anciennement poursuivis sous la qualification unique d'attentats aux mœurs et à la pudeur¹⁶⁰⁷, ils font désormais l'objet de traitements répressifs distincts et ne se conforment plus à l'assise des mêmes valeurs. L'atteinte sexuelle qui se commet sans violence s'émancipe en effet de la catégorie des crimes et délits contre les personnes pour intégrer celle des atteintes aux mineurs et à la famille, au titre de la mise en péril des mineurs. L'âge de la victime apparaît par conséquent comme « un critère fondamental, au demeurant, moins un élément qu'une condition constitutive de l'infraction »¹⁶⁰⁸. Puisque l'atteinte qui se commet sur un mineur de plus de quinze ans ne peut se produire en l'absence d'un lien de famille ou d'autorité, l'infraction qu'elle constitue peut dès lors être considérée comme purement familiale. Le lien de famille ou d'autorité existe comme élément constitutif de l'infraction, alors qu'il reste une circonstance aggravante quand la même atteinte a lieu sur un mineur de quinze ans ou quand elle est accompagnée de violences et constitue une agression sexuelle. Par conséquent, il est possible de mettre l'accent sur le caractère exceptionnel de l'atteinte sexuelle qui se commet sur un mineur de plus de quinze ans, au sein de laquelle le contexte familial crée l'infraction. Cette particularité aboutit au fait que le mineur, ayant atteint l'âge de la majorité sexuelle, est censé pouvoir librement consentir à la relation sexuelle. Elle est issue d'une cause sociologique qui a pour conséquence juridique la liberté de consentement. La liberté prend alors le pas sur la vulnérabilité qui sera uniquement protégée si la relation a lieu avec une personne issue du cercle familial ou autoritaire du mineur. En deçà de cet âge, le législateur instaure à l'inverse une présomption générale de contrainte morale exclusive de la volonté de l'enfant et découlant des mêmes liens. Par ailleurs, il est important de relever que les atteintes sexuelles qui se commettent sur un mineur de quinze ans peuvent désormais être uniquement le fait d'un auteur majeur¹⁶⁰⁹. Partant, les rapports sexuels consentis entre mineurs de sexes différents ou de même sexe sont donc licites, hors le cas où ces derniers sont inscrits dans un rapport d'ascendance. Le doute est néanmoins permis à l'égard de l'atteinte qui se commet par un mineur exerçant une autorité sur un mineur de plus de quinze ans puisque

¹⁶⁰⁷ C. pén., art. 331 (ancien).

¹⁶⁰⁸ Fr.-L. COSTE, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité », *art. préc.*, spéc. p. 180. Puisqu'elle se rapporte à un critère fondamental, sans lequel l'infraction ne peut exister dans son essence, la condition constitutive évoquée par l'auteur semble s'apparenter à une condition préalable.

¹⁶⁰⁹ L'ancienne rédaction de l'incrimination ne posait pas cette exigence de majorité et incriminait de ce fait également les relations entre mineurs consentants, excepté dans le cas où ils étaient unis par un lien d'ascendance. La nouvelle rédaction réduit donc le champ d'application personnel de l'infraction, qui doit être considérée comme plus douce. Le mineur est désormais protégé du majeur mais celui qui n'a pas atteint la majorité sexuelle n'est cependant pas protégé contre les actes du majeur sexuel. Si ce choix peut parfois donner lieu à certaines incohérences, il se comprend néanmoins par la prise en compte de la libéralisation des mœurs et de la sexualité. Le majeur sexuel, qui échappe à la répression pour l'atteinte qu'il commet sur le mineur sexuel, pourrait cependant être appréhendé sous d'autres qualifications pénales, à l'instar de l'abus frauduleux de la faiblesse due à l'âge.

l'incrimination qui encadre le cas de cette victime n'exige pas textuellement que l'infraction soit le fait d'une personne majeure. La répression serait cependant absurde en ce lieu car le même auteur échapperait à la punition si sa victime était âgée de moins de quinze ans.

461. - Si les sanctions pénales qui caractérisent ces comportements ont fait l'objet d'un adoucissement momentané, elles ont désormais retrouvé la sévérité qui les caractérisait sous l'empire de la répression des attentats à la pudeur. La scission infractionnelle qui résulte de la suppression de cette catégorie a pour effet logique de lier la gravité de l'acte à la violence qu'il comporte. Elle peut cependant avoir pour défaut d'accorder une place minoritaire, voire inexistante, à l'atteinte à l'intimité de la victime¹⁶¹⁰. L'absence de violence qui caractérise l'atteinte se commettant sur un mineur de plus de quinze ans par une personne majeure, qui ne dispose pas d'un lien d'ascendance ou d'autorité, est en effet assimilée à un consentement de l'adolescent et sort de ce fait du domaine répressif. L'absence de violence n'est cependant pas aussi évidente à l'endroit du même comportement qui est le fait d'un auteur disposant d'un lien de famille ou d'autorité sur sa victime. Si le mineur a théoriquement acquis la majorité sexuelle et peut être libre des choix qui concernent sa sexualité, il n'est pas certain qu'il puisse être en capacité de consentir face à un majeur qui dispose d'une autorité factuelle ou juridique sur sa personne. Quel que soit l'âge de la victime, l'acte sexuel familial reste en effet discret et imperceptible et annihile toute capacité de choix par la dépendance et la confiance dans laquelle il s'inscrit. Partant, la contrainte est intrinsèquement contenue dans l'acte et la présomption d'absence de consentement ne devrait tomber qu'à la majorité civile de l'enfant. Dès lors, la qualification même d'atteinte sexuelle sans violence serait une contradiction, puisque toute atteinte commise sur la personne d'un mineur supposerait un minimum de violence psychologique. Il convient donc de distinguer le cas du mineur qui ne consent pas et celui du mineur dont le consentement n'est pas pris en compte par la règle pénale. Seul le caractère extrafamilial de la relation devrait en définitive être à même de rendre à l'enfant sa liberté de consentement. L'attentat à la pudeur semble de ce fait remplacé par la pudeur de la mesure de l'atteinte.

462. - La disparition de la référence terminologique à la pudeur peut en outre être critiquée comme engendrant des effets pervers et certainement inattendus. L'attentat à la pudeur pouvait en effet « se définir comme tout comportement de nature à susciter chez la victime un sentiment de honte ou à mettre en cause sa dignité par un geste ou une attitude atteignant son intimité dès lors que le même comportement aurait pu avoir un sens dans le cadre d'une

¹⁶¹⁰ V., pour la critique de cette disparition terminologique et de la scission qui en résulte, les développements de Fr.-L. COSTE, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité », *art. préc.*, spéc. p. 180. L'auteur critique la dissociation de ces infractions que la pudeur ne réunit plus terminologiquement et qui empêchent de prendre en compte l'intimité de la victime détachée de sa physionomie.

relation de réciprocité »¹⁶¹¹. La notion englobait à la fois la préservation de l'anatomie physique et de l'intimité psychologique de la victime, alors que son acception actuelle révèle uniquement « le sexe en tant que cible ou vecteur d'un geste agressif ou abusif »¹⁶¹². L'attentat à la pudeur d'autrefois serait en ce sens plus large que l'attentat au sexe actuellement réprimé. L'exclusivité de la référence anatomique a alors pour effet pratique de réduire le champ d'application matériel de l'infraction et mène à une appréhension moins conforme à la réalité de l'atteinte sexuelle. La prise en compte de la sexualisation symbolique dans la mise en œuvre de la répression aurait cependant pour conséquence elle-même nocive de mener à une interprétation trop extensive de l'acte d'atteinte sexuelle. S'il est permis de considérer que « l'abandon de la notion de pudeur et le repli de la loi sur le seul sexe anatomique créent un vide difficilement tolérable que seule permet de combler l'interprétation subjective »¹⁶¹³, la prise en compte du sexe psychologique révélerait un raisonnement par analogie contraire au principe de l'interprétation stricte de la norme pénale. Cela se heurterait en outre à la difficulté probatoire que suscite l'expression symbolique de la sexualité¹⁶¹⁴. Si la prudence appelle alors à se cantonner à la répression de la matérialisation de l'atteinte sexuelle, la cohérence voudrait que l'atteinte à caractère sexuel soit prise en compte dès lors qu'elle manifeste suffisamment l'intention de son auteur.

463. - La correctionnalisation de l'atteinte sexuelle exempte de violences a par ailleurs emporté avec elle la fin de la possibilité de réprimer la tentative de cette infraction. Alors que la tentative d'une infraction criminelle est toujours punissable, celle d'un délit doit à l'inverse être prévue par une disposition légale spécifique. Or, si une telle précaution existe à l'encontre du viol ou des agressions sexuelles, elle n'a pas été mise en œuvre au sujet de l'atteinte sexuelle commise sans violence. Cette absence peut paraître regrettable dans le sens où l'ancienne rédaction de l'incrimination prévoyait cette possibilité¹⁶¹⁵ et que sa mise en œuvre pratique semble en adéquation avec la sévérité répressive qui est à l'œuvre en ce domaine. Si la perpétration de l'acte physique a tendance à consommer directement l'atteinte sexuelle, cette dernière semble aussi pouvoir laisser place au commencement d'exécution lorsque le désistement est précisément dû au fait extérieur du mineur. La prise en compte de ce seuil minimal de matérialisation aurait par ailleurs pour effet potentiel de réinsérer l'acte à

¹⁶¹¹ *Ibid.*, p. 183.

¹⁶¹² *Ibid.* p. 183, spéc. note 36 : « cette référence à un organe permet de mesurer l'amplitude de l'oscillation législative passée de la protection des institutions matrimoniales à celle d'un individu morcelé en esprit et en corps ». L'auteur remarque enfin que « c'est la corruption tout à la fois de l'esprit et du corps qui sont en cause à travers le sexe comme lieu anatomique de l'atteinte ».

¹⁶¹³ *Ibid.*, p. 184.

¹⁶¹⁴ V., à propos de cette difficulté, Th. CRETIN, « La preuve impossible ? De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements », *RSC*, 1992, p. 53.

¹⁶¹⁵ C. pén., art. 331 (ancien).

caractère sexuel, qui touche davantage à l'intimité de la victime, dans le régime répressif de l'atteinte sexuelle. Partant, cette dernière reste une infraction formelle susceptible d'être tentée dans les faits¹⁶¹⁶. Le risque serait cependant de déduire l'intention de la matérialité de l'acte ou du désistement, en ce qu'elle reste très difficile à prouver au sujet d'une atteinte psychologique. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'encadrer des comportements qui présentent une dangerosité sociale aussi élevée, la cohérence répressive vaut peut-être le prix de la déduction intentionnelle, à partir du moment où cette dernière ne résulte pas exclusivement de la matérialité de l'action. Ce raccourci probatoire n'est pas optimal, mais reste justifié par les enjeux de la répression.

464. - L'étude de la particularité répressive des atteintes sexuelles révèle le fait plus général selon lequel « cette forme spéciale de criminalité que constituent les infractions sexuelles suscite une inquiétude toute particulière »¹⁶¹⁷. Si l'augmentation du nombre des condamnations est essentiellement liée à une recrudescence de la divulgation publique des atteintes¹⁶¹⁸, le phénomène n'en reste pas moins particulièrement inquiétant. À ce titre, il est important de remarquer que « la majorité des infractions sexuelles est de nature incestueuse et parallèle à la maltraitance de l'enfant qui reste le fléau de nos sociétés »¹⁶¹⁹. La majorité d'entre elles se rapporte en effet à des abus sexuels intrafamiliaux et il est de ce fait nécessaire d'ajuster la répression à la particularité du contexte dans lequel l'infraction se commet. L'étude de la criminalité sexuelle qui se commet à l'encontre des mineurs laisse finalement planer un sentiment d'insatisfaction issu des incohérences précédemment évoquées et du manque de lisibilité des valeurs protégées¹⁶²⁰. Cette catégorie particulière de délinquance sexuelle revêt en réalité un aspect protéiforme et n'est pas appréhendée en tant que catégorie infractionnelle spécifique. Si elle constitue parfois une infraction purement familiale, l'atteinte sexuelle non violente qui se commet sur mineur est finalement banalisée et se fond dans l'ensemble constitué par la mise en péril générale du mineur, aux côtés d'infractions qui ne revêtent aucune dimension sexuelle. La prise en compte spécifique de l'intégralité des comportements qu'elle englobe mènerait cependant à l'instauration de redondances à l'endroit

¹⁶¹⁶ V. en ce sens J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003, n° 507. L'auteur considère qu'« une retouche législative réintroduisant l'incrimination de la tentative des atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ou surprise sur les mineurs paraît nécessaire » et qu'« il est curieux que le législateur, si prompt à perfectionner le dispositif répressif en tenant compte des évolutions technologiques, en oublie simultanément les ressources de la théorie générale du droit ».

¹⁶¹⁷ J. PRADEL et J.-L. SENON, « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles, Commentaire de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 », *Rev. pénit.*, 1998, n° 3, p. 208.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 209. Les auteurs relèvent à ce titre que « la montée des condamnations pour infractions sexuelles s'explique surtout parce que nombre de victimes révèlent aujourd'hui volontiers une violence naguère tabou ».

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 208.

¹⁶²⁰ V. en ce sens les développements de S. LÉGER, « Les infractions de nature sexuelle commises à l'encontre des mineurs », *Arch. pol. crim.*, 1999, p. 11.

où la minorité aggrave déjà le droit commun de l'infraction sexuelle. L'atteinte sexuelle qui se commet sur une personne de plus de quinze ans reste en outre bien trop isolée pour constituer cette catégorie. L'absence d'un régime répressif spécifique traduit alors davantage la volonté d'éviter les conflits de qualifications qu'un désintérêt pour le mineur, que le droit pénal se donne réellement pour dessein de protéger. Sauf à revenir sur le principe de ce procédé, le choix de l'aggravation par la minorité empêche dans le même temps d'ériger cette dernière en critère fondateur de la catégorie infractionnelle à l'égard de laquelle elle intensifie la répression. Si la particularisation répressive semble délicate à mettre en œuvre, la difficulté mérite néanmoins d'être envisagée à l'égard d'une criminalité aussi spécifique. À considérer que la chose ne soit pas juridiquement pertinente au stade de la définition de l'incrimination, elle pourrait cependant trouver sa traduction dans la mise en place d'un outil de traitement procédural adapté à cette particularité. Orienté tant que possible vers l'objectif de restauration du lien de famille nécessaire à l'épanouissement du mineur, ce dernier aurait alors pour ambition cumulée d'être adapté à la protection de sa personne vulnérable ainsi qu'à la réinsertion sociale et familiale de l'auteur. Si cette dernière passe inévitablement par la punition que sous-tend la réponse pénale, elle doit inéluctablement résulter d'une insertion des professionnels de santé dans le dispositif pénal et œuvrer pour le rapprochement du judiciaire et du sanitaire¹⁶²¹.

465. - L'analyse de la protection pénale de l'acceptation négative du devoir de protection à travers la répression de l'acte positif qui porte atteinte à l'intégrité physique du mineur laisse émerger quelques lacunes. Ces dernières ne suffisent cependant pas à conclure à un désintérêt répressif pour la personne du mineur, qui reste plutôt protégée efficacement. Si la protection du mineur reste la valeur sociale prioritairement prise en compte par le droit pénal qui se désintéresse des obligations familiales, le sujet mineur ne semble toutefois pas considéré uniformément. Le clivage réel se situe en effet à l'intérieur de la minorité, puisque le droit répressif prend uniquement en compte l'infraction commise sur la victime mineure de quinze ans pour accroître sa répression. Partant, il est possible d'affirmer que ce n'est pas tant la minorité qui apparaît en elle-même comme source de protection mais la vulnérabilité intrinsèque qui caractérise le jeune mineur. Le mineur de quinze ans bénéficie de ce fait d'une protection pénale renforcée là où le mineur plus âgé, donc moins vulnérable, est souvent traité comme un majeur. Si « l'enfant naît vulnérable et le demeure longtemps »¹⁶²², la dépendance

¹⁶²¹ L'injonction de soins contenue dans la mesure de suivi socio-judiciaire paraît à cet effet totalement adaptée au traitement de l'auteur de l'infraction sexuelle, à la condition que ce dernier consente librement à cette obligation. Le soin et la punition doivent cependant idéalement rester exclusifs l'un de l'autre. La répression ne saurait en effet se concevoir comme une alternative à la guérison sans porter atteinte au principe fondamental de responsabilité pénale. La primauté du terrain médical devrait alors logiquement entraîner la dépénalisation à l'endroit où la répression devrait exclure le soin. Soigner et punir peuvent néanmoins demeurer des objectifs complémentaires, notamment lorsqu'ils sont orientés vers la réinsertion de l'auteur de l'infraction.

¹⁶²² Cf. NEIRINCK, « L'enfant, être vulnérable », *RDSS*, 2007, n° 1, p. 5.

physique, économique et juridique dans laquelle il évolue diminue cependant quantitativement à mesure de son avancement vers l'âge adulte, pour connaître une déflation dans les dernières années de sa minorité. La protection pénale de l'enfant manifeste en ce sens une vulnérabilité à géométrie variable. Le droit pénal s'émancipe en outre de la relation familiale entendue strictement quand il axe sa répression autour du lien d'ascendance comme autour du lien d'autorité juridique ou factuel¹⁶²³. Si ce choix « affaiblit, au moins symboliquement, le soutien apporté au droit de la famille par le droit pénal, puisque cela revient à traiter identiquement, le cas échéant, un parent (ou un tiers investi d'une fonction parentale) et un étranger n'exerçant qu'une autorité de fait sur l'enfant »¹⁶²⁴, il a le mérite de s'orienter vers la protection réaliste de la minorité vulnérable. Partant, « le caractère plutôt limité de la sanction pénale des devoirs familiaux révèle donc un double glissement »¹⁶²⁵ : l'accessoire laisse place à l'autonome en même temps que l'intérêt pour les devoirs familiaux juridiquement consacrés s'estompe devant la prévalence de la relation familiale factuelle. Ce réalisme et cette autonomie sont particulièrement pertinents au sujet de la protection pénale des obligations issues de la verticalité descendante dont l'enfant est directement bénéficiaire. Si leur présence est moins manifeste, ces caractéristiques se retrouvent également au sujet de la protection des obligations qui proviennent de la verticalité ascendante.

B. La protection pénale des obligations issues de la verticalité ascendante

466. - Lorsqu'il appréhende l'ascendance dans laquelle s'inscrivent les obligations corporelles issues du lien vertical de filiation, le droit répressif s'intéresse aux atteintes commises par les descendants sur la personne des ascendants et réprime la violation des devoirs qui incombent aux premiers à l'égard de ces derniers. Si ces obligations sont bien moins nombreuses que celles qui s'imposent aux parents à l'égard de leurs enfants, elles ne sont pas pour autant inexistantes. Le droit familial précise à ce titre que « les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin »¹⁶²⁶ et que par extension, « les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des

¹⁶²³ V. les observations de G. FOURNIER, « La référence à l'autorité à l'égard de l'enfant en sciences criminelles », *art. préc.*, spéc. p. 230, qui remarque que le domaine de la référence à l'autorité à l'égard de l'enfant en sciences criminelles est très étendu.

¹⁶²⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 63, p. 91.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, n° 65, p. 93. Les auteurs précisent qu'« en ne sanctionnant, tout d'abord, que peu fréquemment l'inexécution d'un devoir familial, le droit pénal ne remplit qu'imparfaitement et incomplètement sa fonction accessoire » et qu'« en sanctionnant ensuite, aussi bien les parents que des tiers, le droit pénal révèle de plus que, loin de s'attacher spécifiquement à la sanction du non-respect des devoirs familiaux, il se préoccupe bien plutôt de la relation familiale vécue ».

¹⁶²⁶ C. Civ., art. 205.

époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés ». Partant, à l'instar de celle dont ils sont bénéficiaires, les descendants sont juridiquement tenus à une obligation alimentaire envers leurs ascendants dans le besoin. La portée de cette obligation, qui ne cesse que lors du décès de l'ascendant du débiteur, est restreinte aux descendants en ligne directe et au lien d'alliance existant et ne s'étend ni au lien d'alliance défait ni au lien de partenariat ou au concubinage. Puisque l'ascendant fait expressément partie de la liste des victimes potentielles visées dans la rédaction de l'incrimination du délit d'abandon de famille, le descendant qui n'exécute pas la décision de justice qui lui impose l'aide alimentaire peut à son tour être condamné pour cette infraction dans les mêmes conditions que celles qui ont été évoquées au sujet de l'abandon matériel commis par un ascendant¹⁶²⁷. Dans sa globalité, la sanction répressive est cependant moins nocive puisque la peine est moins destructrice quand la restauration du lien est dans le même temps moins nécessaire. En effet, la perpétuation du lien de famille entre deux individus majeurs relève davantage d'un choix individuel que d'une nécessité pour le développement social de l'un d'eux. Elle peut toutefois avoir un impact tout aussi négatif sur la nouvelle famille qui a potentiellement été créée par le descendant. Lorsqu'il intervient en vue de sanctionner l'inexécution du devoir alimentaire, le droit répressif ne particularise pas en fonction de la qualité du débiteur de l'obligation, du moment que cette dernière a été juridiquement constatée. Ce constat appelle encore à conclure à l'intérêt tout particulier dont il fait preuve à l'égard de la bonne exécution des décisions de justice mais révèle dans le même temps la priorité octroyée à la vulnérabilité de l'individu. Si la source de la vulnérabilité est personnelle dans le premier cas et économique dans le second, le mineur et l'ascendant dans le besoin ont en effet tous deux pour point commun d'être des personnes particulièrement vulnérables que le droit pénal se donne pour ambition de protéger.

467. - La vulnérabilité qui caractérise l'ascendant peut être conçue comme « un défaut de défense particulièrement important qui expose celui qui en est frappé à des atteintes lorsqu'il évolue dans la société et la norme juridique »¹⁶²⁸ et peut prendre la forme d'une fragilité physique ou psychologique. La personne âgée vulnérable, qui est le sujet d'une protection civile particulière, se distingue cependant de l'ascendant vulnérable qui est pris en compte par le droit pénal. La vulnérabilité particulière de l'ascendant n'est en effet appréhendée par ce dernier que dans son acception économique lorsqu'il vient encadrer la bonne exécution de

¹⁶²⁷ Sur l'abandon de famille commis par un ascendant, v. *supra*, n° 392 et s.

¹⁶²⁸ Cf. LACOUR, « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Gérontologie et société*, 2009, n° 131, p. 187. V. dans le même sens J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction (...), op. cit.*, n° 144 et Fr. COHET-CORDEY, « Préface », in Fr. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000, p. 9. V. également X. PIN, « La vulnérabilité en matière pénale », in Fr. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit (...), op. cit.*, p. 122, qui considère que « la vulnérabilité est le signe d'un déséquilibre excessif dans un rapport de force ».

l'obligation alimentaire. Partant, sa vulnérabilité physique ou psychologique, qui peut notamment être imputée à l'âge, sera considérée sous l'angle de l'application commune du droit pénal à travers la répression de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable¹⁶²⁹. Le droit répressif assure alors par ce biais l'expression libre du consentement de l'ascendant vulnérable. Loin de se cantonner à la prise en charge de la vulnérabilité psychologique, et à l'instar de ce qui est mis en œuvre pour le mineur, il érige en outre la vulnérabilité physique en cause aggravatrice de la sanction qui entoure les infractions portant atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou sexuelle de la personne. Si la vulnérabilité due à l'âge caractérise généralement l'ascendant victime de l'infraction, l'ascendance victime ne sous-entend pas nécessairement l'exploitation d'une vulnérabilité.

468. - Lorsqu'il intervient pour prévenir les atteintes physiques, le droit pénal n'érige pas l'âge élevé de la personne en élément constitutif de l'infraction. Semblablement à ce qui est à l'œuvre à l'égard de violences sexuelles sur mineur, il ne crée pas de régime spécifique encadrant la maltraitance des ascendants et personnes âgées qui se commet au sein de la famille. Dès lors, les infractions étudiées sous ce prisme revêtiront toujours le caractère d'infractions accessoirement familiales. Ces violences, notamment lorsqu'elles arborent un caractère institutionnel¹⁶³⁰, ne sont cependant pas ignorées et leur répression est réalisée à partir des infractions de droit commun, susceptibles d'être aggravées par la vulnérabilité de la victime. Ces atteintes prennent toutefois une coloration particulière quand elles se produisent dans le cadre familial, qui est supposé procurer protection et respect à l'ensemble de ses membres, notamment aux plus vulnérables d'entre eux. Si la représentation sociale de la violence familiale fait directement écho à celle qui se commet sur l'enfant du fait des parents, l'inverse constitue une réalité qu'il est nécessaire de ne pas négliger quand « la tyrannie intrafamiliale de l'enfant reste un problème méconnu et tabou »¹⁶³¹. Tout comme la vulnérabilité de la victime, sa qualité d'ascendant légitime, naturel ou adoptif est susceptible d'aggraver la répression traditionnelle de la violence. Si l'atteinte à la vie de l'ascendant a antérieurement fait l'objet d'un traitement particulier à travers la répression du parricide,

¹⁶²⁹ C. pén., art. 223-15-2.

¹⁶³⁰ Si la maltraitance institutionnelle reste ignorée par le droit pénal qui ne met pas en place de traitement spécifique à son égard, les actes qu'elle traduit sont susceptibles d'autres qualifications pénales et doivent faire l'objet de dénonciations particulières quand elles sont le fait de professionnels de la protection et de l'action sociale. V. C. pén., art. 434-3. V. aussi à ce sujet les développements de A. TERRASSON DE FOUGÈRES, « La maltraitance des personnes âgées », *RDSS*, 2003, n° 1, p. 176 et de M. BORGETTO, « La maltraitance en établissement », *RDSS*, 2006, p. 967.

¹⁶³¹ C. PERRIN, « L'enfant tyran ou de la violence intrafamiliale », *Dialogue – Recherches cliniques et sociologiques sur le couple et la famille*, 2003, n° 160, p. 59. La psychologue relève que le problème des parents martyrs maltraités physiquement et psychologiquement par leurs propres enfants n'est malheureusement pas une fiction. Le phénomène reste cependant un réel tabou contre lequel il est important de lutter pour accompagner les parents qui oscillent entre défaillances éducatives, honte et culpabilisation.

l'ascendance est désormais entrée dans le régime collectif et est considérée au même titre que les autres causes d'aggravation¹⁶³². Originellement perçu comme un crime s'opposant à la nature même de l'individu, le parricide, entendu étroitement comme le meurtre commis sur un ascendant direct, a fait l'objet d'une désacralisation. En tant que « manifestations les plus paroxystiques de ces aberrations de l'évolution de la personnalité »¹⁶³³, les crimes de parricide et d'infanticide faisaient en effet l'objet d'un traitement particulier. Le parricide, terme qui avait par ailleurs pour particularité de désigner à la fois le crime commis et son auteur, inspirait plus spécifiquement une horreur et une réprobation extrême en s'imposant comme « le crime parmi les crimes, le criminel parmi les criminels, celui qui en tuant les êtres mêmes qui l'ont engendré, réalise la transgression suprême »¹⁶³⁴. Pareillement à la dépénalisation terminologique et à la généralisation évoquée au sujet de l'infanticide, le crime de parricide a désormais perdu son caractère de meurtre spécial et l'ascendance, qui constituait jadis un de ses critères constitutifs, revêt désormais la figure de cause d'aggravation susceptible d'en faire un meurtre qualifié¹⁶³⁵. Si la coloration familiale ne s'efface pas, elle est cependant atténuée par le jeu de l'aggravation. Dans les deux cas, ce glissement résulte d'un « mouvement d'atténuation, d'effacement et d'humanisation d'une répression particulière »¹⁶³⁶, qui correspond à l'évolution des représentations et des valeurs sociales et dont il convient par conséquent de se féliciter.

469. - Le droit répressif assure finalement doublement la protection des obligations issues de la verticalité ascendante. Une importance toute particulière est accordée à l'obligation alimentaire qui incombe spécifiquement au descendant à l'égard de son ascendant, puisque son inexécution est réprimée par l'intermédiaire du délit d'abandon de famille. Le lien d'ascendance légitime, naturelle ou adoptive est parallèlement érigé en cause d'aggravation des infractions portant atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou sexuelle des personnes. L'ascendant peut par ailleurs être autrement protégé s'il présente une vulnérabilité particulière, dont le descendant abuse frauduleusement. L'étude de l'appréhension répressive des obligations issues de l'ascendance du lien vertical de filiation manifeste une protection plutôt effective de l'ascendant contre les atteintes familiales dont il peut être victime, puisqu'il est avant tout considéré comme une personne vulnérable économiquement ou physiquement. Elle exige en outre une inversion de perspective qui suppose de s'orienter vers la problématique de l'enfance coupable. L'infraction familiale qui se commet contre

¹⁶³² L'évolution est alors similaire à celle qui caractérise l'ancienne infraction d'infanticide. V. *supra*, n° 454 et s.

¹⁶³³ J.-P. BOUCHARD, « Évolution sémantique, pénale et répressive d'un crime hors du commun : le parricide », *art. préc.*

¹⁶³⁴ *Ibid.*

¹⁶³⁵ C. pén., art. 221-4, 2°.

¹⁶³⁶ J.-P. BOUCHARD, « Évolution sémantique, pénale et répressive d'un crime hors du commun : le parricide », *art. préc.*, spéc. p. 61.

l'ascendant est en effet nécessairement le fait d'un descendant mais ne se résume pas à celui de l'enfant ou du mineur. Si l'enfant, particulièrement le jeune mineur, est efficacement protégé lorsqu'il arbore le rôle de victime de l'infraction pénale, il semble à l'inverse que l'enfant délinquant fasse l'objet d'un désintérêt social manifeste. La crise du domaine sanitaire et social de l'intervention étatique a en effet mené à celle de la gestion publique de l'enfance en danger qui englobait la prise en charge de l'enfance délinquante mais se concentre désormais uniquement sur celle de l'enfance victime, notamment d'infractions sexuelles. La chose est regrettable quand « de l'enfant coupable à l'enfant martyr, le fossé, parfois, n'est pas si profond, tant il est des enfants délinquants qui sont, d'abord, des enfants malheureux »¹⁶³⁷ et que « toute infraction commise par un mineur est révélatrice d'une carence qu'il a subie dans son éducation et ses conditions de vie et qui l'a conduit à la délinquance »¹⁶³⁸. La scission opérée révèle finalement une conception réductrice de l'enfance et de sa protection qui « doit s'incarner dans une politique de protection de l'enfance où enfants victimes de mauvais traitements et enfants coupables d'infractions doivent être reconnus comme sujets et bénéficier tous de protection et d'éducation »¹⁶³⁹. Cumulée à une vision réaliste de l'enfance en danger, la dynamique de reproduction de la violence intergénérationnelle doit dès lors mener à la mise en place de politiques publiques cohérentes et orientées vers le traitement global de la criminalité enfantine.

470. - Si la dialectique de l'autorité et de la vulnérabilité qui enserme la protection pénale du descendant se retrouve parfois à l'égard de celle accordée à l'ascendant, il semble que le lien de famille occupe une place plus importante au sein de cette dernière. La descendance reste en effet uniquement appréhendée à travers la vulnérabilité issue de la minorité quand l'ascendance constitue une cause d'aggravation autonome détachée de toute référence à la

¹⁶³⁷ J. LARGUIER, « Rigueur pénale et protection de l'enfance... », *art. préc.*

¹⁶³⁸ D. MAYER, « La protection de l'enfant en droit pénal », *art. préc.* L'auteur précise à ce titre que « le mineur délinquant a besoin d'une aide et d'un appui pour lui permettre d'échapper à l'influence des facteurs criminogènes » et que le droit pénal doit exprimer à la fois ses fonctions sanctionnatrice et tutélaire quand il intervient dans ce contexte. L'enfance malheureuse doit alors être protégée identiquement à l'enfance délinquante puisque « d'une part, toute atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant est sanctionnée lourdement ; d'autre part, l'entrée d'un enfant dans la délinquance déclenche la mise en œuvre d'un traitement protecteur car, lorsqu'il est l'auteur d'une infraction, l'enfant est encore une victime, la victime de son éducation et de ses conditions de vie ». V. dans le même sens G. FOURNIER, « La référence à l'autorité à l'égard de l'enfant en sciences criminelles », *art. préc.*, spéc. p. 225, qui remarque que « l'enfant est perçu en premier lieu comme l'auteur de comportements anti-sociaux : c'est l'enfant délinquant, objet de sciences criminelles [...] mais l'enfant est aussi sujet des sciences criminelles, qui deviennent pour lui un instrument de protection ».

¹⁶³⁹ D. YOUNG, « Enfance victime, enfance coupable. Les métamorphoses de la protection de l'enfance », *Le Débat, Le nouveau droit pénal des mineurs*, 2003, n° 127, p. 214, spéc. p. 224. V. dans le même sens les développements de R. NÉRAC-CROISIER, « Droit pénal et mineur victime : indifférence ou protectionnisme ? », in R. NÉRAC-CROISIER et J. CASTAIGNÈDE (dir.), *La protection judiciaire du mineur en danger, aspects de droit interne et de droits européens*, L'Harmattan, 2000, p. 15, spéc. p. 16, qui constate que « la frontière entre ces deux catégories de jeunes est si ténue que souvent certains d'entre eux, à l'origine en situation de détresse physique, morale ou matérielle, s'installent dans la délinquance ».

vulnérabilité. Partant, il serait possible de considérer que le droit répressif accorde une importance supérieure au lien d'ascendance par rapport à celle qu'il donne au lien de descendance. En effet, quand la qualité de la victime aggrave la sanction répressive, l'ascendance est considérée dans sa globalité alors que la descendance est restreinte au jeune mineur. Du point de vue de l'auteur de l'infraction, l'ascendance est en effet considérée très largement puisqu'elle s'assimile au lien juridique ou factuel d'autorité et aggrave l'infraction qui se commet sur le jeune mineur. Les choses s'équilibrent cependant quand la vulnérabilité constitue presque toujours une cause d'aggravation parallèle à la minorité. Le descendant victime âgé de plus de quinze ans peut être tout autant protégé s'il présente une particulière vulnérabilité, sachant que cette dernière est souvent présente dans le cas du mineur. En définitive, il est possible d'affirmer que le descendant bénéficie d'une protection pénale toute aussi importante au sein des infractions qui prévoient cette cause d'aggravation et que, pour lui comme pour l'ascendant, la vulnérabilité de l'individu se pose en relais utile à l'absence de pénalisation du lien de famille.

471. - Malgré l'existence de certaines lacunes, la protection pénale des obligations verticales bilatérales qui proviennent de la verticalité ascendante ou descendante semble plutôt satisfaisante. L'arsenal théorique existant est en effet à même de protéger les individus contre les atteintes physiques qui se commettent au sein du lien vertical de parenté. Ces derniers semblent cependant davantage considérés par rapport à leurs faiblesses, qui se traduisent à travers la protection de la vulnérabilité, qu'au regard de leur appartenance familiale. Dès lors, le lien de famille paraît seulement digne de protection quand il sert dans le même temps l'atteinte à la vulnérabilité de la personne. Si la protection pénale des individus inclus dans un lien de famille reste effectivement efficace, elle s'éloigne alors de la protection pénale de la famille et des obligations spécifiques qui découlent des liens familiaux. Partant, le dispositif répressif demeure détaché de la réalité du milieu dans lequel ces infractions se produisent et n'est clairement pas adapté à la restauration du lien. Ce constat est fâcheux quand le maintien du lien de famille participe directement de celui du bon ordre social et que le contexte familial peut positivement influencer le droit pénal. Si l'objectif reste difficilement atteignable au sujet des comportements infractionnels les plus attentatoires à l'intégrité des individus, il n'est cependant pas utopique et mérite d'être envisagé, notamment à travers le développement de la médiation pénale à caractère familial¹⁶⁴⁰ qui se cumule à l'instauration d'une prise en charge spécialisée de l'ensemble des membres de la famille.

¹⁶⁴⁰ V. en ce sens l'étude de J. ALVAREZ, « Violences intrafamiliales : des réponses juridiques et judiciaires duales », *art. préc.*, spéc. p. 128, qui chiffre le taux de réussite de cette procédure de traitement à 28 % à propos des violences intrafamiliales.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

472. - La protection pénale accordée aux obligations issues du lien de famille relationnel apparaît finalement contradictoire. La protection accordée aux obligations familiales horizontales est résiduelle quand celle qui entoure les obligations familiales verticales demeure sommaire. Les devoirs familiaux horizontaux ne sont pris en compte par le droit répressif que de façon partielle et subsidiaire. Si le lien de couple est considéré dans la globalité de son étendue en ce qui concerne la protection des obligations familiales personnelles, tel n'est pas le cas pour les obligations familiales patrimoniales, qui restent cantonnées au lien conjugal. Leur régime mériterait alors d'être unifié et de tenir compte du pluralisme qui gouverne le couple contemporain. Au contraire, la défense répressive des atteintes physiques au lien vertical de parenté, qui résultent de la violation des obligations verticales bilatérales, s'avère plutôt satisfaisante. Celle qui encadre les atteintes morales portées au même lien et qui proviennent de l'irrespect des obligations verticales unilatérales demeure toutefois décevante. L'obligation parentale d'éducation y est en premier lieu protégée de façon confuse, puisque l'obligation de scolarisation fait l'objet d'une pénalisation incohérente alors que la protection générale accordée à la formation sociale de l'enfant souffre d'un caractère accessoire. L'autorité parentale supporte en second lieu une protection pénale pour le moins paradoxale, car le droit répressif assimile souvent le tiers au titulaire de l'autorité parentale dans la rédaction de l'incrimination, mais instaure une différenciation des sanctions parfois exempte de cohérence.

473. - Au constat de la déception se substitue une certaine satisfaction face à l'effectivité de l'appréhension répressive des obligations verticales bilatérales, tant en ce qui concerne les obligations issues de la verticalité descendante et ascendante. Les premières font l'objet d'un traitement répressif particulièrement étendu, qui englobe à la fois la défense de l'acceptation positive et négative du devoir de protection. La satisfaction qui émane de l'appréhension répressive des obligations verticales bilatérales est réelle. Elle ne peut pour autant être étendue à l'ensemble des obligations familiales. La protection peut être effective, mais n'est pas toujours efficace dans le contexte de l'infraction familiale. Autrement dit, les objectifs théoriques du droit répressif sont souvent atteints, mais les moyens mis en œuvre ne sont certainement pas les plus adaptés à la gestion des infractions familiales. Le dispositif répressif contient des sanctions inappropriées au règlement des conflits familiaux. La défaillance provient de l'incohérence de la rédaction de certaines incriminations, qui engendre des difficultés de mise en œuvre pratique. Dès lors, le constat global est celui d'une protection pénale sommaire des manifestations verticales du lien de famille relationnel.

CONCLUSION DU TITRE II

474. - L'analyse de l'appréhension pénale des relations familiales révèle une protection globalement limitée. Si la technique légistique manifeste le choix d'une protection pénale spécifique du lien de famille, par l'intermédiaire de l'aggravation répressive qu'elle lui octroie, la protection pénale réellement accordée aux devoirs et obligations de famille se révèle assez fluctuante. Elle laisse en effet transparaître une instabilité : celle-ci se manifeste à l'égard de la protection des devoirs familiaux horizontaux, qui proviennent de l'existence du lien de couple, comme à l'égard des devoirs familiaux verticaux, issus du lien de filiation. La première présente un caractère résiduel tandis que la seconde demeure globalement sommaire. Les places accordées au lien familial dans le processus d'amplification, et réservées aux obligations familiales horizontales et verticales qui en découlent, révèlent le désintérêt dont ce lien est l'objet. Le détachement dont la répression fait preuve à l'égard de la relation de famille se retrouve tant au sujet du lien relationnel appréhendé dans sa généralité qu'à l'occasion de la gestion des effets obligationnels engendrés par ce lien. La relation de famille semble généralement déconsidérée par le droit répressif, qui lui offre une protection incertaine, restreinte ou paradoxale. Loin de révéler le mépris, la désaffection que le droit répressif affiche à l'égard du lien de famille relationnel traduit surtout l'indifférence.

475. - La pénalisation qui encadre le lien de famille relationnel se détourne de la protection de ce dernier pour s'orienter vers celle de l'individu. Dès lors, le désintérêt ne résulte nullement d'un dénigrement affirmé pour ce lien, mais provient simplement du fait qu'il ne constitue pas le réel objet d'intervention du droit répressif. Ce dernier accorde une dimension prioritaire à la personne et adopte une vision individualiste du rapport familial. Les défaillances qui résultent de l'analyse du lien de famille relationnel réitérent la question de la pertinence de la répression des manquements aux obligations sociales et familiales. La relation familiale semble écartée de l'intervention répressive qui concentre son action sur sa composante personnelle. Dès lors, si la protection pénale peut engendrer simultanément celle des obligations familiales et du lien de famille relationnel dont elles sont issues, ce résultat est toujours la conséquence indirecte de la consécration de valeurs étrangères et supérieures à la famille. À l'instar des conclusions auxquelles l'examen du lien familial structurel a abouti, la présente analyse invite à remettre en cause la capacité du droit répressif à intervenir dans le règlement des conflits familiaux. Le lien de famille relationnel est donc également considéré comme un facteur subsidiaire de répression.

476. - À travers sa conception pragmatique, le droit répressif peut cependant parvenir à protéger le lien relationnel. Cette protection par destination n'est que la conséquence indirecte de la défense d'une valeur sociale primordiale. Partant, il est envisageable de penser que la

protection du rapport familial existe uniquement comme effet détourné de la protection des individus. Le lien de famille relationnel ne serait donc protégé que par et pour les protagonistes qui le composent et la famille bénéficierait uniquement de l'influence des hiérarchisations répressives. La vision au sein de laquelle la protection familiale est uniquement soumise aux velléités répressives témoigne cependant d'un hermétisme particulier et élude l'emprise réciproque des matières.

477. - La protection répressive du lien de famille relationnel oscille entre utilitarisme et nécessité. Il était permis de penser que « l'intervention du droit pénal au soutien du droit de la famille [pouvait] s'avérer en revanche plus aisée s'il s'agit de protéger les relations familiales, l'autonomie du droit pénal pouvant le cas échéant s'exprimer plus librement dans la prise en compte de ces relations »¹⁶⁴¹. La protection répressive accordée au lien de famille relationnel n'est cependant pas plus naturelle que celle qui entoure son acception structurelle. À l'instar de l'analyse qui caractérise le versant structurel du lien de famille, celle de son pendant relationnel laisse poindre un sentiment de déception. La désillusion doit cependant être relativisée quand celui qui la ressent commet une erreur de postulat originel. Le désenchantement est en effet permis à celui qui présume le caractère accessoire du droit répressif, mais s'efface pour celui qui suppose son autonomie. Si le détachement du droit pénal vis-à-vis du lien familial peut être influencé par les bouleversements qui caractérisent le droit de la famille contemporain, il semble majoritairement imputable aux choix délibérés du législateur répressif. La relation de famille ne doit cependant pas souffrir de l'application du droit pénal. Une intervention répressive adaptée à la cohérence de la matière familiale dans ses incriminations et orientée vers le maintien du lien familial dans son application aurait alors le mérite de concilier des objectifs souvent présentés comme inconciliables et de se conformer à la réalité de « l'interpénétration constante du droit civil et du droit pénal »¹⁶⁴².

¹⁶⁴¹ J. ALVAREZ, « Violences intrafamiliales : des réponses juridiques et judiciaires duales », *art. préc.*, spéc. p. 128.

¹⁶⁴² H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 3.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

478. - Originellement considérée comme une entité collective fonctionnant sur le modèle du groupe, la famille constitue désormais un lieu de prédilection de l'épanouissement individuel et devient un outil contribuant au bonheur personnel. Par conséquent, elle « est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité »¹⁶⁴³. Le droit de la famille et le droit répressif se sont peu à peu adaptés à ces transformations et revendications sociales. L'ordre public de direction d'un modèle familial unitaire s'est parallèlement muté en ordre public de protection de l'individu évoluant dans une pluralité de modèles familiaux. Ce phénomène affecte directement l'appréhension répressive du lien de famille puisque l'examen de son encadrement dévoile un double mouvement révélateur de l'évolution de la société contemporaine. À la protection déclinante de l'institution familiale, qui se manifeste par l'abandon ou par la protection résiduelle de valeurs traditionnelles, correspond une protection ascendante des membres de la famille considérés dans leur individualité ainsi qu'une protection renforcée de ses membres les plus faibles¹⁶⁴⁴.

479. - L'insuffisance de la protection pénale de la structure familiale répond à l'instabilité de celle qui entoure la relation familiale. L'analyse révèle un désintérêt répressif manifeste pour l'institution familiale et pour les relations qui se produisent en son sein. Si le droit répressif n'est certainement pas le plus adapté à la gestion des conflits familiaux, la sanction civile présente parfois des défaillances qui appellent un renfort coercitif. Cependant, la présence exclusive de l'une n'emporte pas nécessairement l'absence de considération pour l'autre. L'adaptation de la répression au contexte familial dans lequel se commet l'infraction se pose comme un objectif nécessaire à la restauration du lien familial qui participe à celle du lien social. À cette fin, la sanction pénale doit être pensée en étroite collaboration avec les sanctions civiles et sociales. L'intensité de l'intervention du droit répressif doit correspondre à la nature de l'obligation qu'il se donne pour objet de protéger. La violation par un membre de la famille d'une obligation statutaire résulte d'un comportement antifamilial et doit par conséquent emporter la subsidiarité du droit répressif. La violation d'une obligation générique

¹⁶⁴³ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Éd. Defrénois, 2^e éd., 1995, pp. 185-186.

¹⁶⁴⁴ V. F. BICHERON, « La protection de la famille par le droit pénal », in B. TEYSSIÉ (dir.), *Code pénal et code d'instruction criminelle : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 539, spéc. n° 5, p. 542. L'auteur considère que « le désengagement d'une protection institutionnelle de la famille par le droit pénal s'est opéré au profit d'une protection accrue de certains de ceux considérés comme fragiles ou victimes de leur environnement familial » et que « l'étude des relations de famille montre en effet que ce groupe social est le siège de rapports de forces qui placent certains de ses membres dans des situations de vulnérabilité et de faiblesse que le droit pénal ne veut plus ignorer au nom d'une prétendue paix des familles ».

révèle à l'inverse un comportement antisocial qui nécessite son intervention accrue¹⁶⁴⁵. Ce clivage prend toute sa cohérence quand les obligations existent entre les membres d'un couple. Il est en revanche plus discutable en ce qui concerne les obligations statutaires issues du lien de filiation. En effet, la relation d'autorité, de parentalité ou de parenté se construit dans l'inégalité et le droit pénal se trouve plus légitime à intervenir pour restaurer l'équilibre rompu. Si l'adaptation des incriminations et de leur mode de traitement à la sphère parentale n'est pas toujours satisfaisante, le droit pénal porte une attention toute particulière à la personne de l'enfant, qui légitime son intervention. L'intérêt psychologique et physique de l'enfant est considéré comme une valeur sociale fondamentale qui supplante la valeur accordée au lien familial. Ce dernier est cependant inhérent à l'enfant et va par conséquent être utilisé comme une valeur charnière au service de son intérêt. La primauté accordée à l'enfant appelle légitimement à s'interroger sur la réalité du droit pénal de la famille. Plus qu'un objet juridique non identifié, ce dernier serait alors un objet vide ou inexistant et aurait été détrôné par le droit pénal de l'enfant, considéré en tant que sujet de droit dépassant le cadre de sa famille.

480. - Le réalisme qui caractérise la répression de l'inexécution des devoirs familiaux et la définition du lien familial pénal semble légitime et résulte de l'autonomie sanctionnatrice du droit pénal. Loin de faire l'objet d'une protection restreinte, le lien juridique de famille qui s'étend au lien affectif et d'autorité est pris en compte dans la globalité de ses manifestations. Cette liberté peut directement servir l'institution familiale, et la préservation des liens qui en découlent, en menant à l'adaptation de la sanction pénale aux réalités familiales. Cette étude postule en effet le rôle causal de l'autonomie répressive, qui ne doit pas être déduite de l'application du droit pénal mais qui fonde cette dernière. L'échec de la recherche d'une définition unitaire du lien familial pénal démontre alors certainement l'inexactitude de la perspective originelle. L'optique de l'appréhension pénale du lien familial n'a jamais été la recherche de sa définition ou l'unité de sa vision. Bien au contraire, le droit pénal s'attelle à asseoir son indépendance. L'absence de définition de la famille répressive constitue toutefois une insuffisance susceptible de nuire au principe de légalité criminelle¹⁶⁴⁶. L'atteinte n'est cependant que supposée, car le droit pénal appréhende la famille spécifiquement à travers la référence aux individus qui la composent. Le périmètre de la *famille pénale* reste néanmoins exempt d'uniformité puisque le droit répressif adapte sa sphère personnelle en fonction du comportement infractionnel qu'il appréhende. L'autonomie exprimée à travers cette

¹⁶⁴⁵ V. pour le développement de cette thèse les explications de G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, op. cit., n° 619, pp. 590 et s.

¹⁶⁴⁶ V. en ce sens les développements de M. TINEL, « La famille en droit pénal », *Droits*, 2012, n° 56, p. 155, spéc. p. 159, qui relève que l'absence de définition de la famille nuit assurément au principe de légalité quand le droit pénal la détaille paradoxalement souvent à travers son contenu.

malléabilité invite à constater que « c'est vainement que l'on tenterait d'en extraire une définition unique de la famille en droit pénal, ce dernier lui donnant sans doute une dimension variable suivant les questions la concernant »¹⁶⁴⁷, à l'endroit où « la famille répugne naturellement, et pour bien des raisons, à se laisser définir »¹⁶⁴⁸.

481. - Parce qu'elles ne protègent la famille que de façon subsidiaire, les infractions qui se rapportent au lien de famille structurel ou relationnel n'ont donc pas vocation à intégrer une classification fondée sur le caractère familial de l'incrimination. La déception est grande à la lumière du rôle primordial qu'occupe le lien familial dans la perpétuation de l'ordre social. Elle est cependant nuancée puisque le lien familial parvient à être protégé accessoirement à une autre valeur sociale. Structurel ou relationnel, participant d'une infraction purement ou accessoirement familiale, le lien de famille est en définitive l'objet d'une protection pénale par destination qui ne revêt presque jamais un caractère naturel. En tant que conséquence indirecte d'un dessein premier, la protection du lien de famille est finalement très fortuite. Ce désintérêt a pour effet pervers d'aboutir à certaines incohérences du point de vue de l'incrimination théorique ou de l'application pratique des infractions envisagées. Dès lors que le lien familial ne fonde pas directement la répression pénale, envisager une catégorie infractionnelle composée d'incriminations familiales par nature demeure impossible.

482. - Une classification uniquement fondée sur la catégorie des infractions familiales par destination pourrait alors être opérationnelle. Cette catégorie contient presque exclusivement des infractions accessoirement familiales, pour lesquelles le lien de famille est érigé en cause d'aggravation de la répression, mais peut parfois recouvrir des infractions purement ou exclusivement familiales quand ce lien devient un critère constituant. Les infractions accessoirement familiales peuvent à leur tour être envisagées selon le caractère structurel ou relationnel du lien de famille. L'élaboration d'un tableau répertoriant les infractions à dimension familiale¹⁶⁴⁹ révèle toutefois l'existence de catégories disparates au sein desquelles une constante est difficile, voire impossible, à trouver¹⁶⁵⁰. Quel que soit le rôle qui lui est

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 168.

¹⁶⁴⁸ R. VOVIN, « Préface », in M. DELMAS-MARTY, *Le droit de la famille*, 1^{re} éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 1972.

¹⁶⁴⁹ V. Annexe p. 713.

¹⁶⁵⁰ La catégorie des infractions purement familiales dans lesquelles le lien de famille bénéficie d'une protection pénale par nature est résiduelle, puisqu'elle se compose uniquement des atteintes sexuelles commises sans violence sur un mineur de plus de quinze ans. Les infractions purement familiales à travers lesquelles le lien familial est à l'inverse protégé par destination se rapportent aux atteintes aux obligations familiales verticales descendantes et au harcèlement psychologique au sein du couple. Toutes les autres atteintes au lien structurel de couple, ainsi que les atteintes aux obligations familiales bilatérales, doivent enfin être considérées comme des infractions extrafamiliales, puisqu'elles peuvent uniquement être commises en famille mais ne protègent la valeur familiale que de façon incidente. La catégorie constituée par les infractions accessoirement familiales qui bénéficient d'une protection pénale par nature reste purement théorique et ne contient aucune des infractions analysées au sein de cette étude. Les infractions accessoirement familiales qui font l'objet d'une protection

attribué, le lien de famille reste cependant très rarement la cause principale de l'intervention répressive. Cette observation est alors susceptible de mettre à mal le postulat de cette recherche selon lequel le lien familial existe comme fondement authentique de la répression.

483. - De principe supposé de répression, le lien de famille devient en effet une exception avérée de répression. S'il est certain que la famille traditionnellement appréhendée par le droit civil ne peut fonder l'action d'un droit répressif autonome, la *famille pénale* actuellement prise en compte par le droit répressif peut à l'inverse devenir la source de cette catégorie. La classification opérationnelle des infractions à dimension familiale pourrait de ce fait être directement fondée sur l'atteinte au lien familial pénal. Ce critère souffre cependant d'une variabilité qui rend sa consécration univoque bien délicate. Si tant est qu'il soit réalisable, l'exercice de catégorisation révélerait la véritable nature du lien familial pénal, qui a pour unique objet la protection de l'individu pénal. L'érection du lien familial pénal en critère fondateur d'un droit pénal reviendrait dès lors à consacrer un droit pénal de la famille répressive, qui aurait pour objectif premier la protection de *l'individu familial pénal*. La protection du lien de famille prend le visage d'un effet répressif à travers lequel l'individu familial se confond avec l'individu pénal. Le raisonnement révèle alors toute sa contradiction quand ce dernier est d'ores et déjà protégé par l'arsenal existant.

484. - L'analyse amène finalement à se demander si le lien familial a pour unique vocation d'être pris en compte par le droit pénal au titre d'intermédiaire. La protection effective accordée à la valeur familiale serait alors bien moindre, voire inexistante, si elle n'était pas corroborée par une valeur sociale fondamentale supérieure. Pour autant, cette dernière, qui se manifeste le plus souvent à travers la protection de l'intégrité de l'individu, serait certainement plus délicate à appréhender si elle se désolidarisait du lien de famille. L'examen pourrait donc mener à conclure que le lien familial n'a plus vocation à demeurer un objet premier de droit pénal et que les situations dans lesquelles la famille est accessoirement protégée sont satisfaisantes. Le droit pénal de la famille serait par conséquent un objectif inatteignable au sein de la société contemporaine. La famille peut cependant être considérée comme un objet répressif à partir du moment où elle est regardée dans une autre acception.

485. - Si l'objectif catégoriel est délicat à mettre en œuvre, les défaillances internes à chaque comportement étudié peuvent cependant être corrigées et servir la cohérence globale du

pénale par destination se rapportent quant à elles aux comportements de violences physiques, psychologiques ou sexuelles commises en famille. En dernier lieu, les atteintes à l'intégrité physique perpétrées en vue de contraindre à l'union matrimoniale ou à cause du refus opposé à la conclusion de cette dernière et les atteintes à la vie et à l'intégrité physique ou psychique qui se commettent dans le cadre d'une relation de filiation ou d'autorité fondent accessoirement la répression qu'elles aggravent. Elles ne sont cependant pas protégées à travers leur dimension familiale et ne peuvent par conséquent être considérées comme des infractions familiales.

dispositif. Le raisonnement à droit prospectif appelle alors prioritairement à retoucher spécifiquement chaque infraction envisagée. Ces dernières doivent être adaptées au regard des peines à augmenter, des infractions à sortir du champ familial, et des comportements à dépénaliser. L'objectif de la définition théorique du contenu de la classification des infractions accessoirement familiales reste sensible. Appréhender le droit pénal de la famille à travers ce qu'il ne doit pas contenir semble en revanche plus aisé. D'un fondement accessoire de répression, le lien familial est parallèlement susceptible de constituer un obstacle principal à cette dernière.

**SECONDE PARTIE –
LE LIEN FAMILIAL, OBSTACLE À
LA RÉPRESSION**

« Quand on cherche les conditions psychologiques des progrès de la science, on arrive bientôt à cette conviction que c'est en termes d'obstacles qu'il faut poser le problème de la connaissance scientifique. Et il ne s'agit pas de considérer des obstacles externes, comme la complexité et la fugacité des phénomènes, ni d'incriminer la faiblesse des sens et de l'esprit humain : c'est dans l'acte même de connaître, intimement, qu'apparaissent, par une sorte de nécessité fonctionnelle, des lenteurs et des troubles. C'est là que nous montrerons des causes de stagnation et même de régression, c'est là que nous décèlerons des causes d'inertie que nous appellerons des obstacles épistémologiques. La connaissance du réel est une lumière qui projette toujours quelque part des ombres. Elle n'est jamais immédiate et pleine. Les révélations du réel sont toujours récurrentes. Le réel n'est jamais "ce qu'on pourrait croire" mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser. La pensée empirique est claire, après coup, quand l'appareil des raisons a été mis au point. En revenant sur un passé d'erreurs, on trouve la vérité en un véritable repentir intellectuel. En fait, on connaît contre une connaissance antérieure, en détruisant des connaissances mal faites, en surmontant ce qui dans l'esprit même fait obstacle à la spiritualisation » (G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Librairie philosophique J. Vrin, 1^{re} éd., 1938, p. 14).

486. - Rapporté au domaine juridique, l'obstacle épistémologique constitue une gêne à la réalisation authentique de la science du droit. L'obstacle peut aussi se manifester à l'intérieur de l'application de la science. Lorsqu'il est révélé dans la mise en œuvre de la discipline scientifique, l'obstacle quitte la dimension épistémologique créatrice qu'il peut revêtir pour investir un terrain plus pragmatique. L'obstacle peut alors exister à l'encontre de la production du droit et entraver sa mise en œuvre. Dès lors, il peut tout aussi bien embrasser le domaine de son élaboration théorique que celui de sa réalisation pratique. La complication peut tant se manifester au sujet des concepts qui fondent la matière juridique que poindre au sujet de leur application pratique.

487. - Rapporté au droit pénal, le raisonnement mène à considérer l'obstacle au sujet de l'infraction. Dans un premier temps, l'infraction peut être considérée comme le résultat d'un processus de réflexion théorique qui consiste à pénaliser un comportement appréhendé comme contraire aux valeurs sociales fondamentales, par l'intermédiaire de son incrimination textuelle et de la sanction qui l'accompagne. Dans un second temps, l'infraction peut être considérée à travers ses effets et se rapporter aux conséquences pratiques que son incrimination engendre. Plus qu'une difficulté d'élaboration théorique, l'obstacle devient souvent une complication pratique. L'obstacle n'est donc pas uniquement intellectuel et peut tout aussi bien gêner l'ordre matériel.

488. - L'obstacle qui entrave la réflexion théorique menant à la pénalisation peut être assimilé à une difficulté quand il résulte de la contrainte et paralyse l'incrimination. Cette paralysie peut au contraire résulter d'un choix délibéré qui consiste à exclure la pénalisation de certains comportements. Dès lors, les champs qui ont sciemment été exclus du domaine répressif entrent dans la catégorie des obstacles à l'application du droit pénal. L'obstacle relève cependant davantage de la liberté que de la difficulté, puisqu'il ne résulte pas de la contrainte. Si le lien de famille entraîne majoritairement l'aggravation de la répression, il justifie parfois son absence ou son atténuation. En effet, bien que le contexte familial aggrave certaines infractions, il « peut, à l'inverse, être source d'atténuation des effets de la règle pénale en matière d'atteintes aux biens ou à l'autorité publique »¹⁶⁵¹.

489. - L'obstacle qui entrave l'application pratique de la répression implique une difficulté particulière : si la répression est appliquée, elle ne correspond pas dans ses effets aux objectifs originellement poursuivis. La levée de l'obstacle permettrait donc d'améliorer la qualité de la réponse pénale. Le lien familial peut faire obstacle à la répression de deux façons : lorsqu'il est pris en compte par la répression pour qu'elle ne s'applique pas, ou lorsqu'il en est écarté alors qu'il devrait être considéré. Dans le premier cas, l'obstacle résulte de la prise en compte du lien familial et s'oppose à l'effectivité de la répression puisqu'il empêche l'application du droit. Dans le second cas, l'obstacle résulte de l'absence de considération pour le lien familial et s'oppose à l'efficacité de la répression qui devrait au contraire le prendre en compte pour être cohérente. Le lien familial est donc à la fois appréhendé positivement et négativement par la répression à laquelle il fait obstacle.

490. - Le lien familial peut alternativement être considéré comme un obstacle positif à l'effectivité de la répression ou comme un obstacle négatif à l'efficacité de la répression. Si l'effectivité peut s'entendre de l'aptitude d'une norme à s'appliquer factuellement et à produire des effets réels, elle exprime parfois la qualité de l'adéquation entre le résultat et l'effet attendu. L'effectivité se rapprocherait alors de l'efficacité. La première se donnerait pour but l'évaluation quantitative de l'économie même de l'action répressive et du degré de réalisation du droit. La seconde aurait à l'inverse une dimension qualitative et téléologique, et se rapporterait directement à l'adéquation des normes aux fins qu'elles visent.

491. - La dichotomie constituée par l'approche qualitative ou quantitative de l'application répressive peut dès lors être conservée pour étudier le rôle d'obstacle globalement accordé au lien familial au sein de la répression. Celui-ci est finalement conçu comme un double obstacle à la répression puisque sa prise en compte empêche la répression de s'appliquer effectivement

¹⁶⁵¹ P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *RSC*, 1998, p. 291.

dans certains cas quand sa déconsidération œuvre à l'inverse parfois à l'encontre de son efficacité. Afin de prendre la pleine mesure du domaine recouvert par le visage annihilateur de répression accordé au lien familial et de pouvoir remédier aux déficiences qui en émanent, il convient de revenir en détail sur les aspects théorique et pratique de la répression. En ce sens, l'examen de l'obstacle répressif théorique constitué par le lien familial précédera celui de l'obstacle répressif pratique qui résulte de sa réfutation. La présence du lien familial peut parfois logiquement exclure la répression. La déconsidération pour le lien familial est d'autres fois critiquable à l'endroit où sa prise en compte rendrait la répression plus efficace. À la reconnaissance du lien familial comme obstacle à l'effectivité de la répression (*Titre I*) correspond finalement la négation du lien familial comme obstacle à l'efficacité de la répression (*Titre II*).

TITRE I - LA RECONNAISSANCE DU LIEN FAMILIAL COMME OBSTACLE À L'EFFECTIVITÉ DE LA RÉPRESSION

« L'étude de l'effectivité statuée par les normes juridiques interroge sur le contenu même d'une norme juridique, tandis que l'analyse de l'effectivité des règles de droit porte sur la question de leur application » (P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, L.G.D.J, 1964, p. 340).

492. - La notion d'effectivité de la norme n'appartient pas naturellement au langage du droit. Elle peut se rapporter à une méthode de création du droit à partir du fait¹⁶⁵², mais se rencontre rarement à propos de l'application même du droit. Ce constat est surprenant quand l'effectivité apparaît comme « un objet d'indispensable inquiétude pour les juristes soucieux de convaincre qu'ils ne s'enferment pas dans "l'univers abstrait des règles" et sont attentifs à l'inscription de celles-ci dans les pratiques sociales »¹⁶⁵³. Caractère de ce qui est effectif en tant que ce « qui existe réellement, empiriquement, par opposition à ce qui n'est que possible, virtuel ou idéal »¹⁶⁵⁴, elle sort de l'abstraction pour réaliser les déterminations du contenu de la norme. Parfois conçue comme ce qui relève de « l'application effective de la règle de droit »¹⁶⁵⁵, l'effectivité se rattache aussi au « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »¹⁶⁵⁶. Dès lors, elle arbore deux visages distincts et se rapporte tout aussi bien à l'observation tangible de l'application du droit qu'à « un concept évaluatif de la réception et de la mise en œuvre des normes juridiques »¹⁶⁵⁷. Partant, la norme serait

¹⁶⁵² La notion est notamment utilisée en ce sens en droit international.

¹⁶⁵³ A. JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit », in Ph. AUVERGNON (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, PU Bordeaux, 2^e éd., 2008, p. 36.

¹⁶⁵⁴ J. RUSS (dir.), *Dictionnaire de philosophie*, Armand Colin, 4^e éd., 2011, V^o « Effectif », 1^{re} acception, p. 173.

¹⁶⁵⁵ J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit*, op. cit., pp. 136 et s. Le doyen CARBONNIER insiste sur le fait que si l'effectivité de la loi pénale peut découler du prononcé concret de la sanction qu'elle contient, elle se rapporte uniquement dans ce cas à celle de la règle de sanction mais rend la règle de prohibition ineffective, puisque le comportement interdit a précisément été violé. À l'inverse, la loi qui ne s'applique pas au niveau de la sanction peut être considérée comme la plus effective d'entre toutes quand elle révèle la force dissuasive de la prohibition pénale.

¹⁶⁵⁶ P. LASCOUMES, V^o « Effectivité », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, 1993, p. 217.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 218. Le sociologue met l'accent sur le fait que la compréhension du terme est inséparablement liée à celle de son contraire qui se matérialise par l'ineffectivité et que les notions relèvent incontestablement d'une branche de la sociologie juridique au sein de laquelle « la réalisation du droit est envisagée dans son rapport plus ou moins adéquat à un ordre social qui le détermine et qui se modifie dans le temps ».

effective chaque fois qu'elle est appliquée dans son dispositif sanctionnateur ou spontanément observée par ses destinataires¹⁶⁵⁸.

493. - Lorsqu'il fait obstacle à l'application effective de la répression pénale, le lien de famille révèle plus généralement la double utilité qui caractérise son appréhension répressive. Le lien familial qui fonde la répression pénale révèle la valeur accordée à la famille par la société. Nonobstant le caractère accessoire qui lui est reconnu au sein de la hiérarchie des valeurs sociales protégées par le droit répressif, la famille demeure une « affaire publique »¹⁶⁵⁹ dont la protection conserve un intérêt social fondamental. Dès lors, il est « assez naturel de considérer que les manquements les plus graves portés contre les valeurs familiales trouvent une sanction pénale, puisque c'est le modèle social tout entier que ces agissements mettent à mal »¹⁶⁶⁰. Cependant, « si le droit pénal pénètre la sphère familiale toutes les fois que des atteintes graves sont commises en son sein – ce qui n'a pas toujours été – il sait aussi, non sans paradoxe, s'éclipser en refusant de poursuivre certaines transgressions »¹⁶⁶¹. Si la valeur familiale fonde souvent la répression de façon accessoire, elle peut être un fondement prioritaire de son exclusion. Cette dichotomie n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle inhérente à la nature du lien familial qui « désigne dans le vocabulaire courant aussi bien ce qui unit que ce qui entrave »¹⁶⁶².

494. - La primauté de l'individu justifie le caractère auxiliaire de la valeur familiale dans la répression quand la perspective collective érige cette même valeur en cause essentielle de son retrait. Partant, la protection de la famille existe à travers les individus qui la composent

¹⁶⁵⁸ V., pour une opinion divergente, H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 4. Le théoricien réduit en effet l'applicabilité de la norme à sa propension à entraîner le prononcé effectif d'une sanction. Dans cette acception, l'application de la règle aurait donc un sens plus étroit que son effectivité.

¹⁶⁵⁹ V., pour ce qualificatif, M. GODET et É. SULLEROT, *La famille, une affaire publique*, La documentation française, 2005. Les auteurs remarquent que les valeurs familiales figurent parmi les valeurs sociales fondamentales qui participent de la fonction expressive du droit pénal, aux côtés de ses fonctions préventive et répressive.

¹⁶⁶⁰ F. BICHERON, « La protection de la famille par le droit pénal », in B. TEYSSIÉ (dir.), *Code pénal et code d'instruction criminelle : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 539.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 540.

¹⁶⁶² P. SIGNORILE, « Le lien familial en philosophie », in C. SIFFREIN-BLANC, *Lien familial, lien obligationnel, lien social, op. cit.*, p. 25. La philosophe précise en ce sens que le lien peut être conçu comme obstacle quand la famille qui exprime un lien « naturel et culturel » entre ses membres, « n'en demeure pas moins caractéristique d'un lien subi ». Il se pose cependant en modèle fondateur de la société politique et s'inscrit « à l'intérieur d'une réalité évolutive complexe ». Ce constat peut surprendre lorsque les atteintes protégées par l'application du droit répressif sont généralement plus importantes que celles dont la protection est sacrifiée quand il se retire. Le lien de famille aggrave en effet la répression lorsque la valeur sociale atteinte par l'infraction est plus importante si le comportement se commet en sa présence. Tel est par exemple le cas des atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou psychique de la personne ou à sa liberté sexuelle. À l'inverse, le lien de famille mène au retrait de la répression quand la valeur sociale atteinte par l'infraction est relative et permet de faire primer l'idée de cohésion familiale ou patrimoniale sur la répression. Tel est notamment le cas pour les atteintes à la bonne marche de la justice ou au patrimoine des individus.

lorsque le lien familial fonde la répression alors qu'elle est appréhendée du point de vue de l'affection qui émane du groupe familial lorsqu'elle y fait obstacle. Dès lors, la famille semble plus fortement protégée quand il est question du retrait de la répression que de son application. Ce constat est finalement cohérent puisqu'il est logique que le droit pénal intervienne pour réprimer les atteintes les plus graves portées aux individus qui composent la société. La protection du groupe familial peut au contraire légitimement entraîner le retrait répressif au sujet des atteintes les moins graves. Si « ces deux attitudes – intervention et éclipse du droit pénal – paraissent à première vue antinomiques »¹⁶⁶³, il est en réalité possible de remarquer qu'« elles poursuivent un même objectif : protéger la famille, soit directement en luttant contre les atteintes les plus graves commises contre l'institution ou entre membres d'une même famille, soit indirectement en ignorant certains faits, permettant ainsi de maintenir la paix des familles »¹⁶⁶⁴. Plus précisément, il ressort des analyses précédemment dressées que la famille est indirectement protégée à travers l'application du droit pénal alors qu'elle devient l'objet d'une protection immédiate quand il renonce à s'appliquer.

495. - Dans cette dernière acception, « le lien de famille entre auteur et victime de l'infraction peut être un obstacle plus ou moins radical à la répression selon qu'il fait simplement obstacle à la poursuite de l'infraction – ce qui est le cas lorsque jouent les immunités familiales – ou selon qu'il empêche la constitution de l'infraction »¹⁶⁶⁵. Quand le lien familial est regardé comme un obstacle positif à l'application du droit pénal, il englobe l'intégralité de l'acte infractionnel. La réalité constituée par ce dernier est susceptible de s'étendre de sa définition formelle, concrétisée par l'existence de l'incrimination, à son application objective, matérialisée par la sanction pénale. L'immunité juridique peut, quant à elle, être entendue strictement comme la « cause d'impunité qui, tenant à la situation particulière de l'auteur de l'infraction au moment où il commet celle-ci, s'oppose définitivement à toute poursuite, alors que la situation créant ce privilège a pris fin »¹⁶⁶⁶. Plus largement, elle constitue le « privilège faisant échapper une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir ou une sujétion pesant sur les autres »¹⁶⁶⁷. Rapportée au lien de famille, l'immunité laisse transparaitre deux visages et permet autant de ne pas poursuivre l'auteur d'une action infractionnelle particulière que de faire échapper une personne à la répression.

¹⁶⁶³ F. BICHERON, « La protection de la famille par le droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 540.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁶⁵ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », in *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Actes du XX^e colloque de l'Association Française de Droit Pénal, Cujas, 2012, n^o 72, p. 96.

¹⁶⁶⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2014, V^o « Immunité », 1^{re} acception, p. 520.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, 2^{ème} acception.

496. - En ce qu'elle affecte classiquement la poursuite de l'infraction pénale et joue comme une fin de non-recevoir, l'immunité familiale est fréquemment opposée aux éléments constitutifs négatifs précédemment évoqués¹⁶⁶⁸. Or, une partie des immunités familiales, qui « constituent un rempart contre la pénalisation de la vie familiale »¹⁶⁶⁹, s'oppose bien à l'obstacle qui touche le caractère infractionnel de l'acte. Cependant, une autre partie de ces immunités entre précisément dans ce rôle. En effet, « le mot immunité est l'un des termes de la langue du droit que l'on est le plus tenté d'employer sans lui donner un sens précis »¹⁶⁷⁰ et il convient de distinguer les immunités familiales d'ordre moral de celles qui affichent un caractère patrimonial. Qu'elles concernent l'une ou l'autre de ces catégories, les immunités font obstacle à l'application d'une disposition répressive. Le principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale devrait alors logiquement conduire à leur interdiction. Néanmoins, la prise en compte de la « réalité sociologique que constitue la solidarité du groupe familial »¹⁶⁷¹ déroge à cette prohibition. Dès lors, il est possible d'affirmer à leur égard que « le législateur a sacrifié le principe de l'application générale de la loi pénale à la nécessité d'assurer la sauvegarde de l'unité morale et patrimoniale de la famille »¹⁶⁷².

497. - La nécessité de sauvegarder certains intérêts essentiels, au titre desquels la cohésion familiale peut être considérée, justifie une dérogation à l'application générale de la loi pénale. Ce retrait volontaire révèle un choix du législateur répressif qui préfère éluder le caractère infractionnel de l'acte se commettant dans un contexte familial. Cette méconnaissance délibérée s'oppose à l'ignorance que le droit pénal peut réellement éprouver face à la commission de certaines infractions constitutives du chiffre noir de la criminalité¹⁶⁷³. Le législateur prend en compte les deux facettes de l'immunité en ce qu'il « ne se borne pas à refuser de punir certains délits contre les biens qui sont commis au sein du groupe familial [mais] tranche en faveur de la famille les conflits qui peuvent surgir entre

¹⁶⁶⁸ V. not. en ce sens les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 75, p. 97, qui considèrent qu'il est possible de rapprocher les deux institutions au niveau de l'effet paralysant sur l'action répressive mais qu'elles diffèrent l'une de l'autre dans leurs domaines d'application. V., dans le même sens, J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 845, p. 526, qui définissent les immunités familiales comme une cause de « paralysie de l'action publique pour une raison de cohésion familiale ».

¹⁶⁶⁹ J. AMAR, « PACS et immunités familiales », *Dr. pén.*, 2000, chron. 32.

¹⁶⁷⁰ C. CHOUKROUN, « L'immunité », *RSC*, 1959, p. 29. L'auteur précise que « dans son acception courante, l'expression évoque l'idée d'exemption d'une charge ou d'un devoir ».

¹⁶⁷¹ *Ibid.*

¹⁶⁷² G. STÉFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général et criminologie*, Dalloz, 2^e éd., 1961, n° 592, p. 439.

¹⁶⁷³ Les secrets de famille jouent ainsi un rôle majeur dans l'absence de révélation des infractions qui se commettent dans ce cercle privé. L'intimité familiale peut en effet être considérée comme un facteur non négligeable de l'absence de répression de comportements qui ne bénéficient d'aucune immunité et qui devraient normalement être poursuivis. Ce défaut pourrait en partie être combattu par la mise en place d'une politique publique de prévention et d'information à l'égard des familles.

l'obéissance à la loi et l'accomplissement des devoirs de solidarité familiale »¹⁶⁷⁴. Si chacune des catégories qu'elles recouvrent poursuit la même finalité, les immunités ne se confondent pas pour autant et révèlent une nature juridique et des effets opposés. Dès lors, « chacune de ces circonstances entraîne une exemption de la peine, mais chacune opère d'une manière différente »¹⁶⁷⁵. L'esprit de l'immunité diverge : dans le cas de l'immunité affective, « la personne ne peut être punie en raison des liens familiaux qu'elle entretient avec l'auteur de l'infraction »¹⁶⁷⁶ alors que, quand une immunité patrimoniale est concernée, « les autres membres de la famille ne peuvent pas intenter de poursuites pénales contre le délinquant »¹⁶⁷⁷. L'obstacle affectif à l'existence de l'infraction se rapporte exclusivement aux immunités familiales alors qu'elles ne constituent qu'une partie de l'obstacle matériel à la poursuite de l'infraction. La figure du lien familial obstacle affectif à l'existence de l'infraction (*Chapitre 1*) répond par conséquent à celle du lien familial obstacle patrimonial à la poursuite de l'infraction (*Chapitre 2*).

¹⁶⁷⁴ C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.*, spéc. p. 32.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 34. L'auteur précise en ce sens qu'il est « d'un intérêt essentiel de déterminer si l'immunité constitue une cause distincte, autonome, d'exonération de la peine qui régit, selon ses règles propres, certaines situations dans lesquelles aucune peine n'est appliquée, ou bien s'il convient de ranger cette notion – à supposer qu'elle puisse être dégagée clairement – parmi les catégories classiques des causes d'exemption de la peine et notamment le fait justificatif et l'excuse absolutoire ».

¹⁶⁷⁶ J. AMAR, « PACS et immunités familiales », *art. préc.*

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*

CHAPITRE 1 - LE LIEN FAMILIAL, OBSTACLE AFFECTIF À L'EXISTENCE DE L'INFRACTION

498. - L'acte d'incriminer s'assimile à l'érection d'un comportement en infraction dont l'inobservation est susceptible d'engendrer l'application du droit pénal. Cette action a pour objet principal la création de l'incrimination qui peut être conçue comme une « mesure de politique criminelle consistant, pour l'autorité compétente (en principe le pouvoir législatif), à ériger un comportement déterminé (non pas nécessairement en crime) mais en infraction, en déterminant les éléments constitutifs de celle-ci et la peine applicable »¹⁶⁷⁸. Quand il se dresse en obstacle à l'existence de l'incrimination, le lien familial a pour conséquence l'absence de conceptualisation théorique de la réalité de l'infraction. L'obstacle apparaît en amont de l'application de la répression puisqu'il consiste à annihiler toute potentialité de sa survenue au contact du lien de famille.

499. - Dans ce contexte, le lien familial constitue une modalité négative de création de l'infraction quand son inexistence conditionne la répression. Quand il éclipse la répression, le lien familial constitue finalement un « élément constitutif négatif de l'infraction »¹⁶⁷⁹. Dans ce cas, « le lien de famille n'est plus un simple obstacle aux poursuites mais agit en amont, en empêchant l'infraction d'être constituée »¹⁶⁸⁰. Partant, le lien familial constitue négativement¹⁶⁸¹ l'infraction qui peut seulement exister si elle est commise en dehors du groupe familial. L'acte qui se produit en présence du lien de famille ne peut donc revêtir un caractère infractionnel et diffère en ce sens de l'acte infractionnel qui n'est pas poursuivi.

500. - La qualification d'élément constitutif négatif peut néanmoins être nuancée puisque le comportement qui se produit dans le contexte du lien familial ne peut par essence constituer une infraction dans le cas où ce dernier joue le rôle d'obstacle affectif à la répression. Le critère familial agirait davantage comme une condition préalable négative¹⁶⁸² à l'incrimination. Sa présence induit en effet l'inexistence de cette dernière et annihile en amont la possibilité de l'infraction. Dès lors, le lien familial affecte directement l'élément légal de l'infraction, entendu comme le préalable de l'incrimination, mais ne peut être strictement appréhendé comme un élément constituant l'infraction, même négativement. L'analyse de la structure intrinsèque de l'infraction mène parfois la doctrine à penser la norme répressive

¹⁶⁷⁸ G. CORNU (*dir.*), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° « Incrimination », p. 534.

¹⁶⁷⁹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 75, p. 97.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ Sur la notion d'élément constitutif négatif, v. *supra*, n° 42 et n° 444.

¹⁶⁸² La notion de condition préalable négative répond à celle d'élément constitutif négatif et peut se concevoir comme celle dont l'absence est un préalable indispensable à l'existence de l'infraction.

comme une condition préalable à l'acte d'incrimination. Le texte d'incrimination serait un « élément constituant »¹⁶⁸³ ayant pour objet de définir les éléments constitutifs de l'infraction et qui se distingue des conditions préalables extrinsèques à l'infraction ou au domaine répressif¹⁶⁸⁴. S'il existe, le préalable légal de l'infraction doit être mis en confrontation avec la notion de faits justificatifs, qui sont identiquement susceptibles de participer à sa définition¹⁶⁸⁵. En effet, « il arrive qu'une infraction paraisse constituée, mais ne puisse être poursuivie parce qu'une autre institution du droit pénal y fait obstacle »¹⁶⁸⁶.

501. - Les causes objectives d'irresponsabilité pénale que constituent les faits justificatifs peuvent être aisément rattachées à l'élément légal de l'infraction et jouent en ce sens « le rôle d'exception par rapport à l'existence de la règle : l'infraction est punissable si elle est prévue par une loi et non justifiée par une autre »¹⁶⁸⁷. Les faits justificatifs peuvent directement neutraliser le dysfonctionnement¹⁶⁸⁸ issu de l'infraction quand « leur portée objective découle des liens très étroits qu'ils entretiennent avec l'incrimination, pour en être un complément ou un prolongement indissociable, en rejoignant son objet, et en contribuant à sa promotion et à sa défense »¹⁶⁸⁹. Ils participeraient de ce fait à « la logique normative inhérente à la définition des infractions »¹⁶⁹⁰. Dès lors, le fait justificatif serait inclus dans l'élément légal de l'infraction comme son pendant négatif et ferait obstacle au processus de qualification juridique des faits. Cette entrave, qui supprime, « sous certaines conditions, le caractère normalement infractionnel d'un comportement »¹⁶⁹¹, ne doit cependant pas être confondue

¹⁶⁸³ Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. « U », 7^e éd., 2004, n° 219, p. 129.

¹⁶⁸⁴ V. en ce sens les explications de M.-L. RASSAT et G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Droit pénal général*, Ellipses, 3^e éd., 2014, pp. 275 et s.

¹⁶⁸⁵ Sur l'essence du fait justificatif, v. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 5^e éd., 2015, n° 403, pp. 474 et s. L'auteur considère la justification comme « la version négative » de l'incrimination à laquelle elle est rattachée et évoque une « contre-définition du crime ou du délit légalement sanctionné ». Par conséquent, il est possible de considérer que le législateur détermine le champ d'application de l'interdit pénal par l'intermédiaire de la justification qui cloisonne le périmètre de l'infraction et fixe le moment où la protection pénale cesse. Le permis et l'interdit apparaissent donc en filigrane à travers le champ occupé par l'infraction et celui sur lequel porte sa justification.

¹⁶⁸⁶ M.-L. RASSAT et G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 276.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 277.

¹⁶⁸⁸ V. en ce sens la définition de Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 5^e éd., 2015, n° 162, p. 195, qui considère que l'infraction « est un acte de transgression de la loi et se présente comme le signe d'un dysfonctionnement ».

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, n° 398 et s., pp. 450 et s.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.* Une autre acception, qui consiste à penser qu'en leur présence l'infraction ne peut être réprimée « parce qu'elle ne se forme pas à défaut d'un de ses éléments rationnels » appelle cependant à les interpréter comme une partie constituante de l'infraction. V. M.-L. RASSAT et G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 276. Les auteurs considèrent que le fait justificatif « n'est, en effet, par rapport à l'infraction, ni préalable ni extérieur, caractères qui définissent la condition préalable, mais bien au contraire contemporain et interne, ce qui caractérise l'élément constitutif ».

¹⁶⁹¹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, n° 343, p. 299.

avec celle qui provient des immunités juridiques « qui sans exclure la qualification constituent un véritable privilège pénal, une fin de non-recevoir de l'action publique »¹⁶⁹². Les éléments légal et injuste se confondent et seraient en ce sens exclus de la catégorie des éléments proprement constitutifs de l'infraction pénale¹⁶⁹³. Partant, le lien de famille pourrait être regardé comme une négation de l'existence de l'infraction quand il se rapporte à son élément légal comme à son élément injuste, puisque ces deux comportements paraissent annihiler le caractère infractionnel de l'acte concerné. Dans leur dimension morale, les immunités familiales se concentrent exclusivement sur la mise à l'écart de la répression des atteintes à la prérogative de l'autorité étatique que représente l'action de la justice. Si le domaine infractionnel qu'elles concernent est clairement défini, la détermination de leur régime juridique semble sujette à davantage de polémiques. L'affection familiale qui existe comme fondement de l'immunisation¹⁶⁹⁴ des atteintes au fonctionnement de la justice répressive (*Section 1*) se situe dans le même temps à la source des incertitudes entourant la nature de l'immunité familiale affective (*Section 2*).

SECTION 1. L'AFFECTION FAMILIALE, FONDEMENT DE L'IMMUNISATION DES ATTEINTES AU FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE RÉPRESSIVE

502. - Le membre de la famille concerné par les immunités familiales affectives qui entravent la saisine ou l'exercice de la justice est le bénéficiaire direct de l'infraction neutralisée qui s'apprécie au regard d'une seconde infraction¹⁶⁹⁵. Les immunités familiales affectives révèlent une considération pour la solidarité familiale et traduisent la volonté de ne pas imposer de délation au sein du groupe familial. Partant, « les immunités familiales consacrent dans ce domaine la primauté de la règle morale sur la règle de droit : le devoir familial de secours l'emporte sur l'obligation sociale de dénonciation »¹⁶⁹⁶. Cette clémence répressive manifeste une compréhension qui a « pour toile de fond la solidarité familiale dont les exigences expliquent le sacrifice de la répression, la négation de l'existence de

¹⁶⁹² *Ibid.*

¹⁶⁹³ V. en ce sens les observations de B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 24^e éd., 2015, n° 224, p. 212 : « certes, toute infraction est-elle en soi un fait antijuridique ; mais comme un fait n'est antijuridique que s'il est prohibé par la loi ou non justifié par elle, en définitive l'élément injuste se ramène à l'élément légal et se confond avec lui ».

¹⁶⁹⁴ L'immunisation est entendue par cette étude comme le processus de mise en œuvre pratique de l'immunité.

¹⁶⁹⁵ Dans le cas des immunités familiales patrimoniales, le membre de la famille considéré est à l'inverse la victime de l'infraction immunisée qui s'apprécie isolément. V. *infra*, n° 568 et s.

¹⁶⁹⁶ P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 292. Dans une autre acception, la règle morale peut néanmoins parfois se tourner vers le respect de l'obligation de participer à la bonne application de la justice. L'individu qui ne désire pas œuvrer pour le maintien de son lien de famille pourrait alors prioritairement la considérer comme la règle supérieure et procéder instinctivement à la dénonciation.

l'infraction »¹⁶⁹⁷. L'immunité familiale affective qui occupe le rôle d'une cause de légitimation originelle du comportement infractionnel fait précisément disparaître ce caractère en amont. Quand elle se matérialise, elle est toujours appréhendée sous le prisme des infractions portant atteinte à la justice pénale et dévoile un caractère moral. L'immunité familiale affective intervient en effet uniquement par l'intermédiaire des infractions dont elle supprime l'existence. Elle n'est donc pas générale, mais se rapporte à certains comportements particuliers qui perdent leur coloration pénale au contact du lien de famille.

503. - L'immunité familiale affective peut supprimer le caractère répressif d'actions ou d'abstentions délictueuses et embrasse la justice pénale dans l'intégralité de son évolution procédurale. Cette dernière s'étend en effet de la découverte théorique de la perpétration d'un comportement infractionnel par les autorités d'enquête et de poursuite à la tenue concrète du procès pénal. En ce qu'elle embrasse toute l'étendue des atteintes susceptibles d'être apportées à la justice pénale, l'immunité familiale affective peut faire obstacle à la connaissance de l'infraction et empêcher le déclenchement de la justice¹⁶⁹⁸ ou entraver la poursuite de l'infraction et empêcher le concours à la justice¹⁶⁹⁹. L'immunité affective fondée sur le lien de famille étend son action de la découverte du fait infractionnel à la recherche des circonstances de sa perpétration et constitue parfois une entrave à la constitution de l'infraction (§1), pour investir parallèlement le rôle d'entrave au déroulement de la procédure répressive (§2).

§1. Le lien de famille comme entrave affective à la constitution de l'infraction

504. - Quand la répression suppose la réalisation de l'infraction hors du contexte familial, le lien familial affecte la possibilité de son action en amont et revêt la figure d'une condition préalable négative à son existence. Dès lors, il ne participe pas de la structure de l'infraction, mais se situe au seuil de sa création et ne peut être assimilé à un élément anticonstitutif

¹⁶⁹⁷ G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », in *Les immunités pénales, Actualités d'une question ancienne*, PUF, CEPRISCA, coll. « Colloques », 2011, p. 49. Les auteurs établissent un parallèle avec les immunités familiales patrimoniales et insistent sur le fait que « le droit pénal autorise aussi certaines atteintes à la justice lorsque leurs auteurs ont voulu protéger un membre de leur famille ».

¹⁶⁹⁸ À l'instar de l'infraction de non-dénonciation de crime.

¹⁶⁹⁹ Tel est le cas pour les infractions d'omission de témoignage en faveur d'un innocent et de recel de malfaiteurs. Cela peut aussi être étendu à l'incrimination spéciale du recel d'insoumis. V. pour cette dernière C. serv. nat., art. L. 128. V., pour une répartition différente des infractions au sein de cette classification, Th. HASSLER, « La solidarité familiale confrontée aux obligations de collaborer à la justice pénale », *RSC*, 1983, p. 437. L'auteur distingue les obligations de ne pas entraver la justice, au sein desquelles il évoque les recels de malfaiteurs et d'insoumis, de celles qui consistent à concourir à la justice, à l'image de l'obligation de dénonciation du crime ou de témoignage en faveur d'un innocent. Alors que l'auteur rapproche ces omissions, cette recherche se prononce cependant en faveur de la différenciation de ces dernières qui ont nécessairement lieu antérieurement à la connaissance de l'infraction pour la première et postérieurement pour la seconde.

puisque sa présence conditionne la réalité même du caractère infractionnel de l'acte et non sa constitution proprement dite¹⁷⁰⁰. L'immunité affective qui érige le lien familial en obstacle à la découverte de l'infraction participe de cette disparition. Quand elle intervient en ce sens, elle est appréhendée à travers les obligations de dénonciation qui existent à l'encontre des individus ayant connaissance de faits dont la gravité impose la révélation. Si la recherche des infractions incombe classiquement aux autorités étatiques, le droit répressif nécessite parfois le soutien du justiciable, à qui il impose la dénonciation des crimes les plus graves.

505. - L'absence de dénonciation constitue le comportement infractionnel pour lequel l'auteur ne peut normalement échapper à la répression. L'objectif de recherche de la vérité judiciaire mène en effet à réprimer l'abstention qui fait obstacle à la connaissance de l'infraction et qui porte atteinte au déclenchement de la justice. Le caractère répréhensible de cette omission tombe cependant en présence d'un lien de famille qui empêche de la considérer comme un comportement susceptible de qualification pénale. Si la non-dénonciation de crimes constitue essentiellement une infraction susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la répression, le contexte familial peut aboutir à la suppression de son caractère répréhensible et mener exceptionnellement à en légitimer la nature à travers la production d'un comportement propre à exclure toute répression. Puisque son absence engendre la répression que sa présence fait disparaître, le lien familial existe ici comme la variable déterminante de l'application répressive. Le regard en miroir qui consiste à étudier prioritairement le contexte dans lequel le lien de famille est absent pour se concentrer ensuite sur celui dans lequel il existe est alors nécessaire à la compréhension du fonctionnement de cette immunité. Quand elle se produit hors du contexte familial, l'absence de dénonciation opère comme fondement traditionnel de répression pénale (A). Quand il existe, le lien familial devient à l'inverse un obstacle exceptionnel à la répression pénale (B).

A. L'absence de dénonciation comme fondement traditionnel de répression pénale

506. - Quand il impose une obligation de dénonciation, le droit pénal cantonne son action aux crimes qui présentent une gravité particulière et dont la répression se conforme à un impératif social supérieur. Cela est dû au fait que « la nécessaire solidarité entre individus interdit en effet de garder le silence alors que l'on connaît le mal qui se prépare pour autrui »¹⁷⁰¹. La répression de l'absence de dénonciation peut en outre porter sur les dangers

¹⁷⁰⁰ L'effet est alors similaire à celui de l'élément injuste quand il est considéré comme une condition négative qui s'oppose à l'existence de l'infraction. V. en ce sens R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, T. 1, 7^e éd., Cujas, 1997, n^o 431 et s., pp. 556 et s. ; Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., n^o 241, p. 145.

¹⁷⁰¹ É. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2^e éd., 2012, n^o 1503, p. 646.

concernant les personnes vulnérables,¹⁷⁰² mais l'immunité affective intervient uniquement lorsqu'elle se rapporte au crime commis par un auteur avec lequel la personne qui s'abstient entretient un lien particulier. L'exclusion de l'immunité du domaine des abstentions de dénonciation concernant le danger encouru par ces personnes peut aisément s'expliquer par la particularité de leur situation. Que la vulnérabilité soit spécifiquement issue de la minorité ou imputée à une cause plus générale, elle justifie la protection particulière des personnes qu'elle concerne et fait elle-même un barrage au retrait du droit répressif. La vulnérabilité fait alors échec à l'obstacle constitué par le lien familial et entrave la mise en place de l'empêchement pour maintenir le principe de la répression. Ce constat est intéressant quand il amène à penser que le lien de famille n'opère finalement pas comme véritable critère d'application du droit pénal, mais est transcendé par celui de la vulnérabilité de la victime de l'infraction qui n'est pas dénoncée dès lors qu'il s'agit de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles. La vulnérabilité empêche l'existence de l'obstacle à l'application du droit répressif à l'égard des jeunes mineurs alors que le lien familial d'affection fait obstacle à l'application de la répression lorsque les mêmes comportements sont commis à l'encontre d'une victime non vulnérable. Quand elle se commet dans ce dernier cas en l'absence d'un lien de famille, l'abstention entraîne alors l'application automatique de la répression. L'application de cette dernière est subordonnée au préalable de la connaissance du crime (1) et la constitution de l'incrimination nécessite le constat d'une absence volontaire de révélation (2).

1. La connaissance du crime comme condition préalable à l'application de la répression

507. - La connaissance, qui peut résulter de l'action factuelle de connaître ou être assimilée à l'exercice d'une faculté, induit à la fois l'idée d'un savoir objectif et celle d'un discernement subjectif quant à l'analyse de l'information que l'on acquiert. Le degré de la connaissance se distingue en ce sens de sa nature. Lorsqu'elle est avérée dans la réalisation et la nature de l'acte auquel elle se réfère, la connaissance doit alors n'être révélée que lorsque son absence de divulgation est susceptible d'aboutir à des conséquences particulières. L'incrimination de son défaut de révélation participe de l'obligation étatique « de maintenir l'ordre et le droit de demander à chacun son concours dans la répression des infractions les plus graves »¹⁷⁰³. La

¹⁷⁰² V. en ce sens les dispositions de C. pén., art. 434-3, qui incrimine « le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives » et punit cette abstention « de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende » ; V. aussi C. pén., art. 434-4-1 qui réprime la non-information de la disparition d'un mineur de quinze ans.

¹⁷⁰³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, T. 3, Cujas, 6^e éd., 1982, n° 504, p. 382. Les auteurs estiment en ce sens que « dénier aux citoyens la possibilité et même le devoir de dénoncer ces

connaissance du crime est ici appréhendée en tant que condition préalable subjective à l'existence de l'infraction. Cette approche est innovante puisque c'est traditionnellement le crime matériel qui est conçu comme une condition préalable objective alors que sa connaissance est étudiée à travers l'élément moral de l'infraction. La présente étude propose de considérer que la condition préalable est à l'inverse celle d'un crime matériellement commis et porté à la connaissance de la personne quand l'élément moral se résume à l'absence intentionnelle de dénonciation. L'application effective de la répression du comportement qui fait obstacle à la découverte de l'infraction suppose dès lors que la connaissance préalable présente une nature particulière (a), porte sur un objet spécifique (b) et engendre des effets déterminés (c).

a. La nature particulière de la connaissance

508. - Quand il impose une obligation de dénonciation à l'égard des infractions les plus graves, le droit répressif appréhende la non-dénonciation de crime en incriminant « le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives »¹⁷⁰⁴ et punit ce comportement de trois ans d'emprisonnement et de quarante-cinq mille euros d'amende. Par conséquent, l'abstention délictueuse ne peut se produire en l'absence de la connaissance préalable par son auteur d'un crime commis antérieurement par une autre personne. Si le législateur n'apporte aucune précision quant aux circonstances dans lesquelles la connaissance a été acquise, il est cependant certain que l'agent ne peut se voir reprocher le fait de ne pas dénoncer son propre crime ou celui auquel il a participé en tant que coauteur ou complice¹⁷⁰⁵, sans quoi il serait dans l'obligation de contribuer à sa propre incrimination. En effet, « il s'agit là de qualités incompatibles entre elles et qui, si elles étaient révélées successivement, porteraient atteinte à la présomption d'innocence puisqu'elles reviendraient à reprocher à l'auteur d'une infraction de ne pas établir sa culpabilité »¹⁷⁰⁶. Les obligations de dénonciation sont donc juridiquement

infractions, c'est faire triompher un individualisme forcené, c'est faire de l'égoïsme et de l'indifférence à l'égard de la chose publique la loi des relations humaines ».

¹⁷⁰⁴ C. pén., art. 434-1, al. 1^{er}. La sanction est par ailleurs aggravée quand le crime non révélé constitue une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou un acte de terrorisme. La tentative de non-révélation n'est en outre pas incriminée et ne se conçoit pas à propos d'une infraction formelle qui se consomme indépendamment de la réalisation d'un résultat. La complicité n'est quant à elle envisageable que sous le prisme de la provocation qui incite à ne pas révéler. Son auteur s'expose en outre à une peine complémentaire de confiscation dont l'utilité reste assez incertaine en ce lieu.

¹⁷⁰⁵ Cass. crim., 27 novembre 1960, *Bull. crim.*, n° 624.

¹⁷⁰⁶ É. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 1505, p. 647.

incompatibles avec l'acte de participation consciente de l'auteur à l'infraction originelle, dont il a nécessairement connaissance. La chose est identique à l'égard de celui qui n'a pas agi pour préserver autrui du danger alors qu'il en avait la possibilité matérielle et n'encourait aucun danger. Cet individu pourra en effet être poursuivi pour une omission de porter secours à personne en péril¹⁷⁰⁷. Seule la personne qui a passivement assisté à l'infraction qu'elle ne dénonce pas sans que son fait n'encoure une autre qualification pénale pourra finalement être poursuivie.

509. - Rapportée au crime, la dichotomie intrinsèque à la notion de connaissance se traduit par le fait que l'individu qui a connaissance de la perpétration d'un comportement peut d'une part être indéterminé quant à sa nature infractionnelle et d'autre part rester hésitant quant à son authenticité. Le degré de certitude de l'agent quant à l'authenticité de l'information dont il a connaissance influe directement sur la force de l'obligation qui lui incombe. Plus la réalité de l'infraction est avérée et plus le respect de l'obligation de dénonciation est exigé. Le protagoniste qui a passivement assisté à la commission de l'infraction mais dont le comportement est insusceptible de qualification pénale annexe acquiert alors une certitude quant à sa réalisation matérielle. Si le caractère infractionnel de l'acte est avéré, il entre incontestablement dans le champ de la répression de l'absence de dénonciation du crime. Celui qui entend à l'inverse de simples rumeurs se situe trop à distance du fait et reste dès lors exempté du respect de cette obligation¹⁷⁰⁸. La véritable difficulté se situe donc à mi-chemin entre l'existence avérée et l'existence imaginée et concerne le cas de l'existence hypothétique de l'infraction. Le sort de l'individu qui dispose d'informations dont l'imprécision suffit à entraîner un doute sur la commission de l'acte n'est pas pour autant exclu du domaine de la répression. Si les éléments portés à sa connaissance sont suffisamment précis pour rendre probable la commission de l'acte, l'hésitation doit en effet porter à l'obligation de dénonciation. Cela demeure toutefois délicat à appréhender. À défaut de dénonciation, la répression suppose en effet de pouvoir prouver la teneur de la connaissance de l'auteur de l'abstention. Si la connaissance est illusoire, la dénonciation risque en outre de se retourner contre son auteur puisque ce dernier pourrait être poursuivi pour dénonciation fantaisiste d'une infraction inexistante¹⁷⁰⁹, à la condition que la dénonciation révèle un caractère mensonger. Partant, celui qui ne connaît pas réellement, mais qui ne ment pas intentionnellement, demeure normalement hors du champ de la répression.

¹⁷⁰⁷ V. C. pén., art. 223-6.

¹⁷⁰⁸ *Cass. crim.*, 17 avril 1956, *Bull. crim.*, n° 311.

¹⁷⁰⁹ C. pén., art. 434-26 : « [l]e fait de dénoncer mensongèrement à l'autorité judiciaire ou administrative des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit qui ont exposé les autorités judiciaires à d'inutiles recherches est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ».

b. L'objet spécifique de la connaissance

510. - La connaissance probable ou avérée pouvant entraîner la répression du comportement de celui qui ne révèle pas doit nécessairement porter sur un crime. Le terme invite en premier lieu à se demander si le crime est envisagé au sens large ou dans son acception restreinte. Dans le premier cas, la notion s'assimilerait à l'acte criminel entendu comme tout comportement incriminé et concernerait toutes les infractions. Dans le second cas, elle se rapporterait uniquement à la catégorie des crimes issue de la classification tripartite des infractions. La cohérence invite à adhérer à cette dernière interprétation. L'obligation de dénonciation s'ancre en effet dans un esprit de secours, au sein duquel le droit répressif requiert l'aide de l'individu détenant des informations qui, si elles étaient connues des autorités publiques, déclencheraient nécessairement leur action. Dès lors, il n'est pas davantage permis d'adjoindre au justiciable de révéler une information minimale que de l'obliger à révéler une connaissance très incertaine. Puisque la répression des infractions appartient par essence aux autorités étatiques, le justiciable est légitime à intervenir dans leur processus de découverte à condition que le comportement dont il a connaissance révèle une dangerosité sociale suffisamment élevée. Le choix de la restriction au crime semble en ce sens très cohérent et propre à maintenir l'équilibre qui doit exister entre les prérogatives étatiques et la contribution individuelle à la préservation des valeurs sociales fondamentales.

511. - L'appréciation de l'objet de la connaissance engendre une seconde difficulté qui consiste à savoir si le crime évoqué doit être consommé ou peut simplement être tenté. Puisque la tentative de crime est toujours punissable, il pourrait être aisé de penser qu'elle est implicitement contenue dans le terme. La référence expresse à la tentative qui figurait dans l'ancienne rédaction de l'incrimination¹⁷¹⁰ a cependant disparu de sa version actuelle. Dès lors, l'interprète se trouve partagé entre survivance implicite et suppression explicite de la tentative de crime au sein du domaine recouvert par la non-dénonciation. Certains auteurs estiment que la réponse paraît « être nécessairement négative dans un régime d'interprétation stricte »¹⁷¹¹ et que le défaut de précision appelle à plaider en faveur de l'exclusion de la tentative. Le crime concerné par la non-dénonciation s'entendrait alors uniquement du crime consommé. Partant, l'agent qui a connaissance d'un projet de crime qu'il ne dénonce pas ne peut être réprimé par le biais de cette incrimination. Si la solution peut choquer, en ce que ce le projet criminel présente une dangerosité certaine, elle n'est pas incohérente quand la non-dénonciation de la tentative pourra parfois être réprimée par l'intermédiaire de la qualification pénale de non-assistance contre un péril issu d'une menace d'infraction qui porte atteinte à

¹⁷¹⁰ V. C. pén., art. 62 (ancien) qui faisait référence au « crime déjà tenté ou consommé ».

¹⁷¹¹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2014, n° 1011, p. 1090.

l'intégrité corporelle de la personne¹⁷¹². Toutefois, cette situation laisse place à un vide juridique dans le cas où le péril n'existe pas puisque la personne qui connaît le projet mais ne le dénonce pas ne peut être réprimée. Cette impunité se comprend cependant par le fait que le projet est précisément exempt de danger et ne nécessite pas l'intervention de la répression.

512. - En définitive, seule la tentative d'une infraction qui n'expose pas à un danger est exclue de l'obligation générale d'assistance ou de dénonciation. Cette solution se comprend aisément car les infractions qui ne portent pas atteinte à l'intégrité corporelle protègent souvent des valeurs sociales moins fondamentales, dont la protection ne nécessite pas nécessairement le soutien individuel du justiciable. Elle peut cependant surprendre quand les atteintes à l'intégrité psychique, qui résultent notamment des violences à caractère psychologique, sont parfois tout aussi destructrices. La cohérence appellerait alors certainement à étendre le champ de l'incrimination aux infractions portant atteinte à l'intégrité physique et psychique des personnes. Cette extension engendrerait néanmoins des difficultés probatoires puisqu'elle supposerait d'avoir connaissance d'un projet d'atteinte au psychisme d'autrui. Il est en dernier lieu possible de se demander si la notion de crime s'entend uniquement de la qualification criminelle originelle ou si elle s'étend au délit qualifié de crime. Toutefois, la consécration absolue de cette dernière catégorie au sein de l'objet de l'infraction aurait l'inconvénient d'exiger un degré de connaissance juridique bien trop élevé de la part de l'individu profane. Ce dernier n'est alors pas dans l'obligation de dénoncer un délit qualifié de crime à partir du moment où la nature criminelle de l'infraction ne relève pas de l'évidence. Une connaissance suffisamment avérée de la commission d'une infraction criminelle ne suffit cependant pas à pouvoir engendrer l'application de l'infraction de non-dénonciation de crime. Le préalable à cette dernière exige enfin que la révélation soit susceptible d'engendrer plusieurs effets déterminés.

c. Les effets déterminés de la connaissance

513. - L'acte de révélation doit engendrer certaines conséquences sans lesquelles l'individu qui détient la connaissance précise du crime n'est pas tenu d'informer les autorités. À défaut de répercussions spécifiques, l'absence de dénonciation ne peut recouvrir aucune qualification

¹⁷¹² V. C. pén., art. 223-6. Parce qu'elle met directement en danger l'intégrité corporelle de la personne, la non-dénonciation de l'infraction en préparation entraîne d'ailleurs des peines plus sévères que celles qui sont encourues pour la non-dénonciation de crime consommé. L'absence de dénonciation du crime tenté entre uniquement dans le régime de cette première incrimination quand la non-dénonciation du crime consommé entraîne un concours réel de qualification entre les deux incriminations. V. en ce sens *Cass. crim.*, 7 novembre 1990, *Bull. crim.*, n° 372 : *RSC*, 1991, n° 3, p. 569, note G. LEVASSEUR. La référence à la notion générale d'infraction englobe en outre toutes les catégories dans le champ de la première incrimination, qui ne se limite pas à l'acte criminel.

répressive. La révélation doit en ce sens emporter une certaine efficacité, qui se trouve appréciée par la négative. En effet, « la non-révélation n'est punissable que si l'attitude inverse était susceptible d'être efficace »¹⁷¹³. Chaque fois qu'elle peut permettre de prévenir les conséquences du crime, de les limiter dans leur gravité ou d'empêcher sa répétition, la révélation participe de l'obligation imposée par le droit répressif. La révélation peut tout d'abord présenter une vertu préventive ou limitative¹⁷¹⁴. En effet, « le réalisme du droit pénal se manifeste là : il s'agit de circonscrire le trouble lié au crime en train de se commettre ou de prévenir le trouble lié à un crime à venir »¹⁷¹⁵. Ce versant prophylactique de l'obligation de dénonciation se comprend aisément quand les autorités sont par principe exclues de la connaissance de l'infraction et lorsque l'action individuelle peut limiter la commission de l'infraction dans sa nature ou dans ses effets. La révélation, qui a pour objet de prévenir la réitération de l'infraction, pose cependant plusieurs difficultés, notamment quand l'acte ne concerne pas la délinquance habituelle ou professionnelle. Si ces domaines laissent souvent présager la possibilité de récidive, la situation générale de celui dont le crime n'est pas encore publiquement révélé suscite de plus amples contrariétés. Le risque de récidive peut être implicitement contenu dans la situation de celui qui a commis un crime sans être appréhendé par les autorités étatiques¹⁷¹⁶. Tant que l'auteur de la première infraction reste libre, il est toujours susceptible d'en commettre une nouvelle. Cette dernière peut en outre rester identique à la première ou différer dans sa nature.

514. - L'assimilation du risque de récidive à l'absence de connaissance publique du crime semble néanmoins assez critiquable dans le sens où, s'il oblige à la dénonciation, il présuppose l'existence future d'un ou plusieurs autres comportements criminels. La situation dans laquelle l'auteur du crime non révélé est insusceptible de répéter son comportement serait dès lors conceptuellement exclue du champ de la non-dénonciation. À moins d'exiger une nouvelle fois une connaissance fiable de la volonté de répétition du comportement criminel qui fait l'objet de la première connaissance, l'absence de révélation de cette dernière sera toujours considérée comme un empêchement à la commission de nouveaux crimes. Dès lors, la formule paraît superfétatoire et mérite certainement d'être supprimée du texte d'incrimination. Si la précision reste au contraire opérante, l'interprète est naturellement amené à considérer la possibilité de situations dans lesquelles la révélation n'a pas automatiquement pour objet de prévenir la récidive. La révélation trouverait alors toute sa

¹⁷¹³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, op. cit., n° 1011, p. 1091.

¹⁷¹⁴ L'incrimination est en effet prioritairement tournée vers la prévention et l'évitement du trouble à l'ordre public.

¹⁷¹⁵ É. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 1504, p. 647.

¹⁷¹⁶ Cette affirmation peut cependant être nuancée dans le cas de la personne qui commet un crime impulsif ou passionnel et qui n'est classiquement pas susceptible de récidiver.

pertinence à l'égard des domaines de la délinquance habituelle ou professionnelle précédemment évoqués, mais servirait potentiellement la prévention de la récidive dans les autres cas. L'effet de la révélation peut porter sur l'évitement de la récidive potentielle. Il ne peut cependant normalement lui-même relever de la potentialité. À défaut d'engendrer une répercussion certaine, l'absence de dénonciation ne peut être réprimée. Le raisonnement est alors paradoxal puisque ce qui devrait exclure la répression mène au contraire à son application. Dès lors, il paraît nécessaire d'adopter une vision spécifique de cette conséquence et de laisser hors du champ répressif l'individu ne pouvant agir sur la prévention du premier crime, ou sur la limitation concrète de ses effets, et ne disposant pas d'une connaissance probable quant à la potentielle répétition criminelle.

515. - Si les effets de la révélation entrent dans le champ des finalités de la répression, l'individu qui a connaissance du crime sera tenu de le révéler aux autorités judiciaire ou administrative, sans quoi il pourra être pénalement incriminé pour avoir porté atteinte à l'obligation de révélation posée par le droit répressif. L'idée de révélation supposant l'action de faire connaître une information préalablement ignorée. Il est cependant logique que l'individu soit exonéré du respect de cette obligation lorsqu'il a une connaissance certaine du fait que les autorités étatiques sont déjà au courant de la perpétration du crime¹⁷¹⁷. À l'inverse, il est expressément tenu de révéler sa connaissance s'il est certain que le crime est publiquement ignoré. Le véritable problème porte alors sur le fait de « savoir si la qualification pourra être retenue à l'encontre de celui qui s'est abstenu alors qu'il ignorait que les autorités étaient déjà informées ou même n'avait pas la certitude qu'elles l'étaient »¹⁷¹⁸. Quand elle est inconnue pour l'agent qui connaît le crime, la connaissance des autorités ne doit pas lui être bénéfique puisqu'il n'est pas factuellement placé dans une situation différente de celui qui connaît une information inconnue des autorités. L'ignorance de la connaissance publique du crime doit en ce sens toujours porter à la révélation de sa connaissance privée. Si cela paraît logique, la croyance potentielle en la connaissance des autorités reste quant à elle plus délicate à appréhender.

516. - La question est en réalité celle du périmètre de l'obligation de révélation. Cette dernière peut en effet se maintenir tant que la certitude absolue quant à la connaissance étatique du crime n'existe pas. Elle peut à l'inverse disparaître dès qu'une certitude suffisante existe quant à la réception publique de l'information. La question de l'intensité du rôle de

¹⁷¹⁷ *Cass. crim.*, 13 octobre 1992, *Bull. crim.*, n° 320.

¹⁷¹⁸ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal, op. cit.*, n° 1011, p. 1091. L'auteur s'interroge sur le point de savoir si l'infraction est de « pure efficacité sociale », auquel cas « toute connaissance supprime l'infraction chez le non-déclarant » ou si elle comporte un aspect moral, qui inclut le fait que la personne reste obligée d'informer tant qu'elle n'est pas certaine que les autorités le sont.

l'individu dans le degré d'acquisition de la connaissance qu'il doit révéler semble délicate à trancher de manière péremptoire. La réponse doit certainement différer selon les espèces, même s'il demeure délicat d'exiger du révélateur qu'il s'assure de la bonne réception ou transmission de l'information révélée. Partant, l'obligation ne va pas forcément au-delà de l'acte matériel de révélation, du moment que celui-ci est dirigé vers une personne représentante des autorités visées. L'absence volontaire de révélation apparaît alors comme un élément nécessaire et suffisant à la constitution de l'infraction de non-dénonciation de crime.

2. L'absence intentionnelle de révélation comme élément constitutif de l'incrimination

517. - Afin d'être matériellement constituée, l'infraction de non-dénonciation de crime requiert la présence d'un acte négatif d'abstention qui consiste à ne pas avoir révélé l'infraction aux autorités administratives ou judiciaires. La répression se tourne ainsi vers l'omission révélatrice et l'acte positif de révélation entraîne logiquement la disparition de l'infraction qui ne pourrait être intégralement constituée. Toute dénonciation, même anonyme, est susceptible d'écarter la répression si elle a été faite dans les conditions exigées. L'identification de l'auteur de la révélation est en effet facultative puisque l'acte de porter à la connaissance prime le contenu de la révélation ou sur l'identité de celui qui en est à l'origine. La forme importe peu dès lors que la révélation requise ne porte ni sur l'identité du sachant, ni sur celle du coupable de l'infraction dénoncée, mais uniquement sur la matérialité du crime révélé¹⁷¹⁹. Partant, loin de se conformer à l'esprit de l'excuse absolutoire¹⁷²⁰, le droit pénal ne crée pas d'obligation de délation des criminels mais oblige seulement à la dénonciation de l'action criminelle¹⁷²¹. La rédaction originelle de l'incrimination¹⁷²² exigeait que l'infraction dénoncée soit aussitôt portée à la connaissance publique et établissait de ce fait une exigence temporelle à la révélation. La suppression de ce critère étend considérablement les possibilités de la répression car « l'absence de toute précision conduit à retenir la non-révélation tant qu'elle peut être utile, c'est-à-dire pendant tout le délai de la prescription »¹⁷²³. Puisque l'omission de divulgation de l'information connue concerne uniquement la catégorie infractionnelle des crimes, la révélation pourra être exigée pendant une durée de dix

¹⁷¹⁹ *Cass. crim.*, 26 décembre 1959, *Bull. crim.*, n° 624 : *D.*, 1959, p. 301 ; *Cass. crim.*, 2 mars 1961, *Bull. crim.*, n° 137 : *JCP G*, 1961, II, p. 12092, note J. LARGUIER.

¹⁷²⁰ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 507, p. 385.

¹⁷²¹ *Ibid.*, n° 504, p. 382 : « dénonciation et délation sont souvent confondues dans une même réprobation, alors que la seconde seule est moralement blâmable, parce qu'elle n'est autre que le moyen d'assouvir une rancœur ou de gagner de l'argent par un moyen vil ».

¹⁷²² V. C. pén., art. 62, al. 1^{er} (ancien).

¹⁷²³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal, op. cit.*, n° 1012, p. 1092.

années¹⁷²⁴. La chose semble cohérente quand il s'agit essentiellement, pour les autorités étatiques, de recueillir une information qui a pour impact la prévention d'un trouble à l'ordre public ou de son aggravation. La révélation demeure finalement une obligation imposée par le droit pénal tant que la répression de ce trouble reste juridiquement envisageable.

518. - L'absence de répression de la révélation est par ailleurs conditionnée par l'identité de l'autorité destinataire de l'information. L'infraction criminelle doit être révélée aux autorités administratives ou judiciaires. Ces dernières sont entendues très largement et appréciées à l'aune de leur dimension personnelle. Elles se rapportent à « toute personne susceptible soit de donner suite aux informations recueillies soit de transmettre aux personnes susceptibles d'y donner suite »¹⁷²⁵. L'autorité étatique est de ce fait personnalisée et appréhendée à travers l'intégralité de ses représentants, sans considération pour le statut hiérarchique de la personne qui reçoit la dénonciation. Si cette dernière ne peut directement y apporter des suites concrètes, elle est alors elle-même dans l'obligation de transmettre l'information réceptionnée à une personne susceptible de le faire, mais ne peut rester passive, sans quoi elle s'exposerait elle-même à la sanction disciplinaire en cas d'abstention fautive¹⁷²⁶ et pourrait éventuellement être incriminée à son tour pour l'absence de dénonciation ou pour la complicité de cette infraction commise par abstention dans la fonction. Puisqu'elle est dans le même temps susceptible de porter atteinte à des intérêts privés, l'incrimination rend recevable la constitution de partie civile des victimes du crime dénoncé. Cette solution n'a cependant pas toujours relevé de l'évidence puisque la non-dénonciation de crime a pendant longtemps été considérée comme participant de la catégorie des infractions d'intérêt général en ce qu'elle était uniquement considérée comme protectrice de l'ordre public¹⁷²⁷. La réparation de la victime de l'infraction non révélée reste admissible suite à l'infraction de non-révélation sur la base d'une perte de chance d'éviter la consommation ou la réitération du crime. Le retard dans la dénonciation des faits à l'autorité judiciaire ou administrative est alors inscrit dans un lien de causalité direct avec le préjudice subi par la victime de l'infraction originelle¹⁷²⁸. Dans

¹⁷²⁴ V. C. proc. pén., art. 7, qui fixe le délai de la prescription de l'action publique.

¹⁷²⁵ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal, op. cit.*, n° 1012, pp. 1091-1092.

¹⁷²⁶ V. les dispositions de C. proc. pén., art. 40, al. 1^{er} : « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

¹⁷²⁷ *Cass. crim.*, 17 novembre 1993, *Bull. crim.*, n° 347. Cette décision constitue un revirement de jurisprudence par rapport à celles qui considéraient que l'incrimination n'avait en vue que les intérêts de l'ordre public. L'abandon de cette dernière solution accompagne le recul jurisprudentiel et doctrinal de la théorie des infractions d'intérêt général qui est désormais largement critiquée dans ses fondements.

¹⁷²⁸ *Cass. crim.*, 17 novembre 1993, *préc.* : *Dr. pén.*, 1994, n° 58, obs. M. VÉRON ; *RSC*, 1994, n° 2, p. 332, obs. G. LEVASSEUR.

la limite de sa participation causale, celui qui n'a pas dénoncé le crime peut être condamné solidairement avec le criminel de l'infraction non dénoncée à indemniser la victime.

519. - Afin d'être entièrement constituée, l'infraction de non-dénonciation de crime requiert enfin la présence d'un élément moral qui se rapporte à son caractère intentionnel. Seule l'absence volontaire de révélation est à même d'entraîner la répression. L'abstention doit manifester la volonté de l'auteur de ne pas dénoncer un crime dont il a connaissance. L'erreur de fait qui consiste à croire que les autorités sont déjà informées est dès lors susceptible de l'exonérer de responsabilité pénale. Elle reste cependant très délicate à établir quand l'erreur de droit fondée sur l'existence même de l'obligation ne peut être invoquée. Le caractère intentionnel de l'abstention implique le fait que l'infraction ne soit constituée que si un agent pleinement conscient du fait que le crime était en train de se commettre ou allait se produire a sciemment refusé de le dénoncer¹⁷²⁹. Tout mobile, même constitué par la crainte d'éventuelles représailles, reste donc inopérant et impropre à exclure l'intervention du droit répressif. Seule la révélation spontanée aura cet effet puisque celle obtenue sous la contrainte sera identiquement inapte à écarter la répression. Quand elle se produit hors du cadre familial, l'absence de dénonciation qui contrevient à la recherche de la vérité judiciaire et porte atteinte à l'autorité étatique à travers l'action de justice reste finalement considérée comme un fondement traditionnel de répression pénale. Le lien de famille dont l'absence entraîne la répression de l'entrave à la saisine de la justice est cependant susceptible de devenir le fondement du retrait de la répression. Le lien familial existe alors comme un obstacle exceptionnel à la répression pénale de la non-dénonciation.

B. Le lien familial comme obstacle exceptionnel à la répression pénale

520. - L'infraction de non-dénonciation de crime, dont la constitution entraîne normalement l'intervention du droit pénal, échappe à la répression quand elle se produit dans un contexte familial particulier. Les dispositions répressives qui la concernent sont ainsi inopérantes à l'égard de personnes inscrites dans un lien de famille spécifique. En sont dès lors exceptés tant « les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime »¹⁷³⁰ que « le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui »¹⁷³¹. À l'instar du secret professionnel¹⁷³², le lien de famille est ici susceptible de jouer le rôle

¹⁷²⁹ *Cass. crim.*, 7 novembre 1990, *Bull. crim.*, n° 372.

¹⁷³⁰ *C. pén.*, art. 434-1, al. 3.

¹⁷³¹ *C. pén.*, art. 434-1, al. 4.

¹⁷³² *C. pén.*, art. 434-1, al. 5.

d'obstacle à l'application de la répression. L'entrave tombe cependant devant le jeune âge de la victime puisque l'immunité ne joue pas en ce qui concerne les crimes commis sur un mineur de quinze ans. La vulnérabilité particulière inhérente à ce dernier justifie en effet l'impossibilité absolue d'écarter la répression et transcende la justification familiale de l'infraction. Dès lors qu'elle ne concerne pas un mineur de quinze ans, par essence très vulnérable, la non-dénonciation de crime échappe à la qualification répressive en vertu d'une immunité familiale qui bénéficie aux proches de l'auteur ou du complice des faits.

521. - La faveur accordée aux proches parents au sein des abstentions délictueuses s'explique fondamentalement par le fait qu'« il est à la fois inhumain et illogique de contraindre des proches à sacrifier un membre de leur famille en le livrant à la justice »¹⁷³³ et se fonde directement sur l'affection qui caractérise le rapport familial. Lorsqu'il érige le lien de famille en obstacle à son application, le droit répressif semble alors faire primer le sentiment familial sur l'atteinte à la bonne application de la justice et sur la recherche de la vérité judiciaire. Dès lors, il choisit délibérément d'entraver cette dernière et semble contribuer à son propre déclin. L'observation est cependant erronée et doit être établie dans un contexte plus global qui mène à penser que la préservation de l'affection familiale contribue indirectement à celle du lien social que le droit répressif se donne pour ambition de protéger¹⁷³⁴. Lorsque la légèreté de la valeur défendue par l'infraction le permet, il est alors nécessaire que la répression se retire épisodiquement pour aboutir à une protection sociale plus efficace. Les phases de repli répressif existent en ce sens à l'endroit où l'affection familiale engendre un conflit de devoirs pour celui qui est normalement soumis à une obligation positive de dénonciation. Dès lors, le législateur répressif prend acte de ces réalités et met en place une immunité affective fondée sur le lien de famille. L'objectif de son maintien est finalement susceptible de justifier l'absence de caractère répressif du comportement portant atteinte à la découverte même du fait infractionnel. Son action ne se limite cependant pas au stade liminaire de la répression, mais englobe dans le même temps le déroulement de la procédure répressive.

¹⁷³³ P. COUVRAT, « Le droit pénal et la famille », *RSC*, 1969, p. 807. L'auteur insiste sur l'ancienneté du conflit entre le devoir civique et le devoir de famille qui était déjà évoqué par Cicéron.

¹⁷³⁴ Il est intéressant de remarquer que le droit répressif privilégie l'affection familiale par rapport à celle qui entoure les rapports d'amitié. La place prépondérante accordée à la première s'explique par le fait que la famille est juridiquement établie et présume le rapport affectif. La prise en considération de l'affection qui existe entre proches qui ne sont pas membres de la même famille engendrerait en effet des problèmes probatoires considérables. La crainte de ces derniers justifie alors leur exclusion du domaine des immunités, alors même que l'affection amicale est susceptible d'égaliser l'affection familiale.

§2. Le lien de famille comme entrave affective au déroulement de la procédure répressive

522. - Quand la répression suppose la réalisation de l'infraction hors du contexte familial, le lien familial n'a pas uniquement un impact sur la découverte du fait infractionnel, mais affecte également le déroulement de la procédure répressive. Le lien familial est pris en compte postérieurement à la découverte du fait infractionnel pour constituer un obstacle à l'exercice de la justice. Rapportée au droit répressif, cette dernière a pour ambition principale la recherche de la vérité judiciaire, pour laquelle les autorités étatiques en appellent parfois à l'aide du justiciable. Ce dernier est en effet légitimement susceptible d'apporter son concours individuel à la répression des comportements qui portent le plus gravement atteinte à la société dans laquelle il évolue. Le droit pénal lui impose en ce sens des obligations positives et négatives qui concourent à cette collaboration.

523. - L'objectif de recherche de la vérité judiciaire mène en effet à réprimer les comportements qui portent atteinte au déroulement de la justice. Le recel de malfaiteurs ou l'omission de témoigner en faveur d'un innocent constituent à ce titre des comportements infractionnels à l'égard desquels l'auteur ne peut normalement échapper à la répression. Le caractère répréhensible de ces faits tombe cependant en présence d'un lien de famille qui empêche de les considérer comme des comportements susceptibles de qualification pénale. À l'instar du processus de retrait répressif qui enseigne l'absence de dénonciation d'un crime, le contexte familial peut ici encore aboutir à la suppression du caractère répréhensible des comportements qui obstruent le déroulement de la procédure répressive et mener exceptionnellement à les légitimer. Cette exclusion répressive embrasse les différentes phases de la procédure judiciaire et joue aussi bien lors de la phase d'enquête que pendant ou après celle du jugement. Le lien familial affecte aussi bien la répression de l'action qui contrarie la recherche des auteurs réels de l'infraction (*A*) que l'abstention qui s'oppose à la preuve de l'innocence de ses auteurs soupçonnés (*B*).

A. L'entrave à la recherche des auteurs réels de l'infraction

524. - La recherche des participants au fait infractionnel incombe classiquement aux autorités étatiques et se traduit par la phase procédurale de l'enquête. Le justiciable, qui est étranger à l'infraction et bénéficie de la protection du droit répressif, ne peut dès lors agir pour entraver cette fonction. Quand un individu connaît l'identité de l'auteur d'une infraction particulière, dont il a par ailleurs connaissance, il est alors tenu de ne pas l'aider à échapper à l'application

de la justice. La personne qui s'abstient d'agir en ce sens peut dans certaines circonstances être incriminée pour recel de malfaiteurs¹⁷³⁵. L'application du droit répressif sera néanmoins paralysée par le jeu du lien de famille qui existe entre l'individu qui doit s'abstenir d'agir et l'auteur de l'infraction auquel il apporte son concours. Puisque son absence engendre la répression que sa présence fait disparaître, le lien familial existe identiquement en ce domaine comme la variable déterminante de l'application répressive. Partant, le recel de malfaiteurs qui se produit hors du contexte familial opère comme un fondement traditionnel de répression pénale (1). Quand il existe, le lien familial forme à l'inverse un obstacle exceptionnel à la répression pénale (2).

1. Le recel de malfaiteurs comme fondement traditionnel de répression pénale

525. - Le recel de malfaiteurs s'entend du « fait de fournir à la personne auteur ou complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme puni d'au moins dix ans d'emprisonnement un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d'existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l'arrestation »¹⁷³⁶. En l'absence de contexte familial, ce comportement est respectivement puni de trois ou cinq ans d'emprisonnement et de quarante-cinq ou soixante-quinze mille euros d'amende, selon qu'il se commet de façon isolée ou de manière habituelle¹⁷³⁷. L'esprit de cette incrimination se comprend aisément dès lors qu'il s'agit d'empêcher que plusieurs personnes profitent plus ou moins directement du produit de l'acte criminel. La pénalisation du recel, qui comporte des origines très anciennes¹⁷³⁸, se rapporte en effet à un double objectif consistant à lutter à la fois contre la propre dangerosité du receleur et contre celle de celui qui commet l'infraction d'origine en connaissance de l'aide postérieure qui lui sera apportée. Alors qu'il était auparavant tantôt

¹⁷³⁵ Si cette infraction participe officiellement à la classification des entraves à la saisine de la justice, aux côtés de la non-révélation de crime, en tant que l'identité de l'auteur y est nécessaire, cette recherche propose de l'étudier en marge de l'omission de témoigner en faveur d'un innocent, en ce que ces deux comportements ont nécessairement lieu postérieurement à la connaissance du fait infractionnel.

¹⁷³⁶ C. pén., art. 434-6. Les recels de déserteurs et d'insoumis sont respectivement incriminés par les articles L. 321-19 du Code de justice militaire et L. 128 du Code du service national. Le premier consiste en la répression du « fait pour toute personne d'avoir sciemment soit recelé un déserteur, soit soustrait ou tenté de soustraire d'une manière quelconque un déserteur aux poursuites ordonnées par la loi » et le second incrimine le fait « d'avoir sciemment recelé ou pris à son service un assujetti recherché pour insoumission ou de l'avoir soustrait ou tenté de le soustraire aux poursuites ordonnées par la loi ».

¹⁷³⁷ L'habitude est classiquement constituée par la répétition du comportement incriminé, peu important que la pluralité d'actes concerne la même victime.

¹⁷³⁸ V. en ce sens les développements de Ph. SALVAGE, « Recel de malfaiteur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 434-6, Fasc. 20, 2008, n° 2 et n° 3. L'auteur remarque que le recel de malfaiteurs était classiquement expliqué par des mobiles généreux de charité ou de pitié et qu'il se confondait souvent avec le droit d'asile qui n'avait cependant pas pour objectif de soustraire les délinquants à la justice.

assimilé à un cas présumé de complicité de l'infraction commise par l'individu recelé¹⁷³⁹, tantôt considéré comme un délit autonome¹⁷⁴⁰, ce comportement est désormais l'objet d'une politique répressive spécifique et unitaire. Le receleur présente en effet une criminalité singulière et temporellement postérieure à l'acte commis par l'individu recelé.

526. - À l'instar du recel de choses, le recel de malfaiteurs constitue dorénavant un délit distinct de l'infraction qui en est la cause. Pour que le recel existe en tant qu'infraction de conséquence, l'acte originel doit en principe revêtir une dimension criminelle et avoir été commis en qualité d'auteur ou de complice. L'infraction à l'origine du recel s'étend cependant exceptionnellement aux actes de terrorisme¹⁷⁴¹ non criminels, à la condition qu'ils soient punis d'au moins dix ans d'emprisonnement. La dangerosité sociale du comportement et l'adéquation de la peine avec celle qui est encourue dans le cas d'un acte criminel justifient cette extension. Pareillement au constat dressé lors de l'étude de l'infraction de non-révélation, le crime doit être entendu en tant qu'il correspond à une catégorie spécifique d'infraction et ne se rapporte pas à ce terme dans son sens général. L'étroitesse de cette interprétation, qui restreint le domaine infractionnel de l'incrimination¹⁷⁴², peut cependant être compensée par le fait que la personne apportant son aide à l'auteur d'un comportement délictuel peut être poursuivie au titre de la complicité si elle lui apporte une aide active antérieure ou concomitante en toute connaissance de cause. Le crime correctionnalisé ou l'aide apportée postérieurement à un délit ne peuvent en revanche aboutir à qualifier le recel de malfaiteurs.

527. - La condition nécessaire et suffisante constituée par le caractère criminel de l'acte se comprend aisément quand il s'agit de réprimer l'aide apportée aux infractions qui portent atteinte aux valeurs sociales les plus fondamentales. Elle peut cependant avoir pour effet de laisser certains comportements moindres mais non moins dangereux hors de son champ d'application. La connaissance par le receleur de la commission matérielle du crime suffit à établir sa culpabilité, que celle de l'auteur de l'infraction originelle soit par la suite constatée

¹⁷³⁹ V. C. pén., art. 61, al. 1^{er} (ancien), qui disposait que « ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, seront punis comme leurs complices ».

¹⁷⁴⁰ V. C. pén., art. 61, al. 2 (ancien), concernant ceux qui, en dehors du cas précédent, « auront sciemment recelé une personne qu'ils savaient avoir commis un crime ou qu'ils savaient recherchée de ce fait par la justice, ou qui auront soustrait ou tenté de soustraire le criminel à l'arrestation ou aux recherches, ou l'auront aidé à se cacher ou à prendre la fuite ».

¹⁷⁴¹ V. C. pén., art. 421-1 et s. pour la définition de l'acte de terrorisme et C. pén., art. 421-5 pour les sanctions encourues.

¹⁷⁴² L'ancienne rédaction étendait en effet cette incrimination aux comportements délictuels. V. C. pén., art. 100, al. 2, 1^o.

ou non¹⁷⁴³. Les infractions sont complètement indépendantes l'une de l'autre et la criminalité de l'auteur du recel apparaît en ce sens totalement détachée de celle de l'auteur de l'infraction d'origine¹⁷⁴⁴. Portée à son paroxysme, cette indépendance pourrait laisser penser que le déclenchement des poursuites à l'encontre de l'auteur du crime n'est pas nécessaire à l'incrimination du recel. La lettre du texte exige que les actes du receleur aient pour but de soustraire la personne à la recherche de la justice ou à son arrestation. Cela peut laisser penser que cette exigence est implicite puisque les actes de recherche et d'arrestation supposent la connaissance préalable de l'infraction qui ne reste normalement pas ignorée. La référence à l'auteur ou au complice du crime peut au surplus révéler la volonté d'exclure les participants qui ne sont pas susceptibles d'être poursuivis du champ d'application de l'infraction de recel.

528. - L'acte de recel s'entend quant à lui très largement et correspond à toute action qui tend à soustraire le criminel aux recherches dont il fait l'objet ou à l'arrestation envisagée à son encontre. Le texte d'incrimination énumère les différents actes constitutifs de l'élément matériel du recel au sein d'une liste non exhaustive qui se réfère tant à l'apport spécifique d'un logement ou d'un lieu de retraite qu'à la fourniture plus générale de subsides, de moyens d'existence ou de tout autre moyen propre à la soustraction¹⁷⁴⁵. Le receleur peut finalement être incriminé dès lors qu'il a connaissance de la commission du crime et a fourni une aide matérielle quelconque à son auteur dans le but de faire échec à sa recherche ou à son arrestation. Partant, cette qualification contient un critère temporel et ne s'applique pas à l'aide apportée postérieurement à l'arrestation du criminel. Ce comportement ne serait cependant pas exempt de répression et pourrait être poursuivi sous une autre qualification¹⁷⁴⁶. Bien que la référence explicite ait désormais disparu du texte d'incrimination, l'acte de recel se rapporte enfin à une infraction intentionnelle qui doit être perpétrée en toute connaissance

¹⁷⁴³ V. en ce sens *Cass. crim.*, 15 octobre 1853, *Bull. crim.*, n° 515 et *Cass. crim.*, 27 juillet 1867, *Bull. crim.*, n° 172.

¹⁷⁴⁴ Certains auteurs se prononcent cependant en faveur d'une dépendance des culpabilités. Dans une acception objective, celle de l'auteur de l'infraction d'origine serait nécessaire à celle de l'auteur du recel qui ne serait punissable que lorsqu'il a apporté son aide à une personne effectivement coupable. Le défaut de culpabilité aurait alors pour effet de donner lieu à un « recel putatif » qui ne pourrait être réprimé. Cette vision érige la culpabilité effective de l'auteur du crime en élément constitutif de l'infraction de recel de malfaiteurs. V. en ce sens les développements de J. LARGUIER, Ph. CONTE et S. FOURNIER, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Mémentos », 15^e éd., 2013, p. 367.

¹⁷⁴⁵ Le point de départ de la prescription différera cependant en fonction de la spécificité de l'acte matériel. Le recel est en effet apprécié comme un délit continu quand le receleur fournit un logement ou un lieu de retraite au malfaiteur alors qu'il constitue une infraction instantanée quand il se matérialise par la fourniture de subsides ou de moyens divers.

¹⁷⁴⁶ V. not. les dispositions de C. pén., art. 434-4, qui incrimine le fait « de modifier l'état des lieux d'un crime ou d'un délit soit par l'altération, la falsification ou l'effacement des traces ou indices, soit par l'apport, le déplacement ou la suppression d'objets quelconques » ainsi que celui de « détruire, soustraire, receler ou altérer un document public ou privé ou un objet de nature à faciliter la découverte d'un crime ou d'un délit, la recherche des preuves ou la condamnation des coupables ».

de cause¹⁷⁴⁷. La connaissance de la commission antérieure du crime reste donc une condition nécessaire à la répression du recel.

529. - À l'instar de ce qui est exigé pour la répression de la non-dénonciation de crime, la connaissance du crime doit revêtir un certain degré de certitude. Cette connaissance peut cependant demeurer générale dans la mesure où l'auteur du recel reste parfois étranger à la nature et aux circonstances spécifiques du crime originel¹⁷⁴⁸. La contrainte exclut en outre classiquement la qualification pénale. La mauvaise foi de l'auteur, même postérieure à l'acte matériel de recel, entraîne à l'inverse son application. L'action civile, qui a longtemps été refusée à la victime car le recel de malfaiteurs entrait dans la classification des infractions d'intérêt général, se voit désormais admise dès lors que le comportement peut également porter atteinte à des intérêts privés¹⁷⁴⁹. L'auteur du recel et le malfaiteur d'origine peuvent aussi être solidairement condamnés à indemniser la victime même si leurs actions sont temporellement dissociées. L'individu qui apporte sciemment son concours matériel au criminel avec lequel il n'entretient pas de rapport familial sera par conséquent pénalement incriminé. L'infraction est cependant rarement réprimée en pratique¹⁷⁵⁰ puisqu'elle entre souvent en concours avec d'autres qualifications pénales¹⁷⁵¹. Le droit répressif est en outre freiné quand l'infraction se commet dans le contexte familial qui joue alors le rôle d'obstacle exceptionnel à son application.

¹⁷⁴⁷ L'ancienne rédaction exigeait en effet que l'auteur ait agi « sciemment », mais l'exigence de l'intention est désormais implicitement contenue dans tout crime ou délit au regard des dispositions de l'article 121-3 du Code pénal.

¹⁷⁴⁸ *Cass. crim.*, 25 janvier 1894, *Bull. crim.*, n° 24 : *D.*, 1898, n° 1, p. 287.

¹⁷⁴⁹ *Cass. crim.*, 17 septembre 2003, *Bull. crim.*, n° 165 : *RSC*, 2004, n° 1, p. 86, obs. Y. MAYAUD ; *D.*, 2004, n° 10, p. 666, obs. J. PRADEL.

¹⁷⁵⁰ V. les développements de J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Recel de malfaiteur (art. 434-6, c. pén.), délit poursuivi et étudié rarement mais généralement confondu avec l'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France (art. 21, ord. 2 novembre 1945) : "vrai" et "faux" recel de malfaiteurs », *RSC*, 2004, p. 645. L'auteur remarque que « les recueils de jurisprudence ne font état que rarement de décisions concernant le recel de malfaiteurs » et que « les statistiques officielles de la justice ne fournissent aucune indication concernant cette infraction ». Il insiste parallèlement sur le fait que cette immunité se retrouve presque à l'identique et de façon remarquable, en matière d'aide au séjour de l'étranger, mais que cette dernière infraction ne peut être confondue avec le recel de malfaiteurs en ce qu'elle revêt une histoire, une nature et un but différent.

¹⁷⁵¹ V. en ce sens les infractions listées par P. SALVAGE, « Recel de malfaiteur », *préc.*, n° 27. L'auteur fait notamment référence au faux qui est établi pour procurer l'impunité, à l'extorsion suivie de violences ou à la prise d'otage commise pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité d'un auteur ou d'un complice, ainsi qu'à l'aide au séjour irrégulier d'un étranger, et propose de réfléchir à la création d'une infraction spécifique « d'aide subséquente aux délinquants », à l'image de ce qui existe dans certaines législations étrangères.

2. Le lien familial comme obstacle exceptionnel à la répression pénale

530. - Le recel de malfaiteurs, dont la constitution entraîne en principe l'intervention du droit pénal, échappe à la répression lorsqu'il se produit dans un contexte familial particulier. Les dispositions répressives qui le concernent sont ainsi inopérantes à l'égard de personnes inscrites dans un lien de famille spécifique. En sont dès lors exceptés tant « les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime »¹⁷⁵² que « le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui »¹⁷⁵³. Quand il existe dans ces conditions particulières, le lien de famille est alors susceptible de jouer le rôle d'obstacle à l'application de la répression. Dans ce contexte, le recel de malfaiteurs ne peut être qualifié en vertu d'une immunité familiale qui bénéficie aux proches de l'auteur ou du complice des faits. Si cette entrave existe tant à l'égard du recel de malfaiteurs qu'à celui des insoumis, elle n'est cependant pas prévue pour le recel de déserteurs. Le caractère spécifique de la justice militaire et des infractions qui portent directement atteinte à l'ordre militaire justifie que le lien de famille ne puisse paralyser l'application de la répression en ce domaine. La valeur sociale protégée par ces infractions empêche en effet que le lien de famille intervienne dans leur gestion répressive. La clémence dont le droit pénal fait preuve quand le comportement du receleur est dicté par des raisons affectives ou sentimentales est de ce fait transcendée par le caractère particulier de ces infractions.

531. - La faveur accordée aux proches parents au sein de cette action délictueuse se fonde directement sur l'attachement qui caractérise le rapport familial. Lorsqu'il choisit délibérément d'entraver sa propre application à l'égard du recel de malfaiteurs, le droit pénal fait primer la cohésion familiale sur l'impératif d'identification de l'auteur de l'infraction. Ce constat peut sembler moins évident s'il est confronté au cas où le droit ferme les yeux sur la commission d'un acte positif et ne réprime pas une abstention. La clémence répressive se comprend davantage envers un acte d'abstention par lequel un individu apporte un concours négatif à un membre de sa famille que par rapport à un acte positif au travers duquel il lui apporte une aide matérielle concrète. Si l'individu se contente de ne pas dénoncer dans le premier cas, il agit activement pour aider à échapper à la justice dans le second. Cette divergence n'est cependant pas prise en compte par le jeu des immunités affectives qui ne sauraient distinguer à l'endroit où le sentiment familial est dans l'impossibilité de le faire. L'affection éprouvée pour l'auteur du crime empêche en effet la rationalisation du comportement du membre de la famille qui est entièrement tourné vers l'idée de secours. La

¹⁷⁵² C. pén., art. 434-6, al. 3.

¹⁷⁵³ C. pén., art. 434-6, al. 4.

préservation du lien de famille contribue dès lors à la préservation du lien social, que le soutien familial se manifeste à travers une abstention ou à travers une action. Le retrait du droit répressif repose en définitive « sur la prise en considération des sentiments naturels qui prescrivent le devoir d'hospitalité envers les personnes proches et dans le conflit de devoirs qui se pose au receleur, le législateur a admis la prédominance de la solidarité familiale et de l'affection légitime »¹⁷⁵⁴. L'objectif de cohésion familiale est finalement susceptible de justifier l'absence de caractère répressif de la non-dénonciation qui porte atteinte à la recherche de l'auteur réel du comportement infractionnel. Son action ne se limite cependant pas à cette phase de la procédure répressive, mais englobe dans le même temps la preuve de l'innocence de son auteur présumé.

B. L'entrave à la preuve de l'innocence des auteurs soupçonnés de l'infraction

532. - S'il peut faire directement obstacle à la recherche de l'auteur réel d'un fait infractionnel en apportant une aide concrète lors de la phase de l'enquête, l'individu est par ailleurs susceptible d'entraver la recherche de la vérité lors du déroulement du procès pénal ou suite au prononcé de la sanction en ne témoignant pas en la faveur d'une personne dont il connaît l'innocence. Celui qui omet sciemment d'apporter son concours à la preuve de l'innocence de l'auteur présumé d'une infraction participe en effet indirectement à la sauvegarde de son auteur réel. La recherche et l'appréciation de la preuve judiciaire incombent logiquement aux autorités étatiques. Ces dernières sont cependant légitimes à solliciter l'aide du justiciable qui dispose d'informations primordiales quant aux circonstances de la commission du fait infractionnel. Quand un individu a connaissance de l'innocence d'une personne inquiétée par une procédure répressive, il est tenu de révéler cette information aux autorités étatiques et de ne pas contribuer à la sanction d'une personne qui n'a pas commis de fait infractionnel.

533. - L'agent n'agissant pas dans ce sens entrave directement le bon exercice de la justice et peut être incriminé pour omission de témoigner en faveur d'un innocent. Dès lors, il ne doit pas bloquer ou fausser la recherche de la vérité judiciaire, et doit concourir à l'application négative de la répression au bénéfice d'une personne spécifique. L'application effective du droit répressif, qui oblige à témoigner dans le sens de l'innocence, peut cependant une dernière fois être paralysée par le jeu du lien de famille qui existe entre l'individu devant témoigner et l'auteur ou le complice de l'infraction qui motivait la poursuite. Puisque son absence engendre une nouvelle fois la répression que sa présence fait disparaître, le lien

¹⁷⁵⁴ P. SALVAGE, « Recel de malfaiteur », *préc.*, n° 25.

familial constitue encore en ce domaine la variable déterminante de l'application répressive. Partant, l'omission de témoigner en faveur d'un innocent qui se produit hors du contexte familial opère comme un fondement traditionnel de répression pénale (1). Quand il existe, le lien de famille joue à l'inverse le rôle d'obstacle exceptionnel à la répression pénale (2).

1. L'omission de témoigner en faveur d'un innocent comme fondement traditionnel de répression pénale

534. - L'omission de témoigner en faveur d'un innocent se définit comme « le fait, pour quiconque connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, de s'abstenir volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires ou administratives »¹⁷⁵⁵. Lorsqu'il se produit hors du contexte familial, ce comportement est puni de trois ans d'emprisonnement et de quarante-cinq mille euros d'amende, excepté dans le cas où le témoignage est apporté tardivement mais spontanément. La liberté et la sincérité caractérisant ce dernier comportement priment en effet sur le retard du témoignage du justiciable, qui sera exempté de peine. À l'exception de ce cas, les déclarations des témoins, qui restent considérés comme « les yeux et les oreilles de la justice »¹⁷⁵⁶, constituent une clef essentielle de la recherche de la vérité judiciaire. L'absence de témoignage en faveur d'un innocent est une infraction d'omission qui sanctionne le manquement à une obligation positive et réprime l'individu s'abstenant d'accomplir un devoir civique particulier. La révélation de l'innocence dont la personne a connaissance participe en outre de l'obligation plus générale de prêter serment et de ne pas réaliser de témoignage mensonger¹⁷⁵⁷. Cette incrimination s'inscrit dans une logique plurale et poursuit plusieurs desseins. Elle « vise donc à protéger la justice, mais elle a également pour objectif de prévenir et d'éviter les erreurs judiciaires, ou les détentions provisoires injustifiées »¹⁷⁵⁸.

¹⁷⁵⁵ C. pén., art. 434-11, al. 1^{er}.

¹⁷⁵⁶ J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses – Traité des preuves judiciaires*, T. 2, Société Belge de Librairie, 3^e éd., 1840, p. 356. Le philosophe insiste sur le fait que « plus cette vérité est évidente, moins on conçoit que le système d'exclusion par rapport à des classes nombreuses de témoins ait si généralement prévalu ». L'immunité familiale contredit en ce sens l'importance accordée à la preuve par témoignage.

¹⁷⁵⁷ L'irrespect de cette obligation peut faire l'objet d'une incrimination distincte et relever de l'infraction de faux témoignage. V. en ce sens C. pén., art. 434-13 qui punit « le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire » de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de soixante-quinze mille euros, excepté le cas dans lequel le faux témoin « a rétracté spontanément son témoignage avant la décision mettant fin à la procédure rendue par la juridiction d'instruction ou par la juridiction de jugement ».

¹⁷⁵⁸ Ph. BONFILS, « Omission de témoigner en faveur d'un innocent », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 434-11, Fasc. 20, 2008, n° 2. En ce que cette omission est susceptible d'aboutir à la commission d'une erreur judiciaire qui aurait pu être évitée dans le respect de l'obligation de témoigner, la victime injustement poursuivie ou condamnée est alors recevable à exercer son action civile à l'encontre de son auteur. À l'instar des comportements

535. - L'incrimination de l'omission suppose logiquement l'existence préalable d'une obligation positive de témoigner à l'encontre de l'individu qui s'abstient. Ce devoir est appréhendé dans une acception assez restreinte, ce qui réduit à première vue le champ d'application de l'incrimination. L'obligation de témoigner a classiquement vocation à s'appliquer à toute personne qui connaît l'innocence d'un individu provisoirement détenu ou d'ores et déjà jugé pour un crime ou un délit. Le domaine infractionnel de cette incrimination est en réalité plus large que celui que recouvrent la non-dénonciation de crime et le recel de malfaiteurs, qui se cantonne aux infractions criminelles. Les participants en qualité d'auteur ou de complice à l'infraction pour laquelle la personne innocente est inquiétée et les personnes tenues au secret professionnel bénéficient cependant d'une immunité affective qui les exonère du respect de cette obligation¹⁷⁵⁹. Les seconds bénéficient de la primauté de la solidarité morale ou professionnelle quand il semble juridiquement incohérent de commander aux premiers de contribuer à leur propre incrimination¹⁷⁶⁰. L'inclusion de l'auteur ou du complice de l'infraction au sein des destinataires de cette obligation aboutirait en effet à une aberration juridique. Afin d'éviter cette dernière, il est nécessaire de rendre l'omission de témoigner incompatible avec le délit ou le crime qui a donné lieu à la poursuite du point de vue de la qualification répressive. Le témoignage doit en outre être adressé à des destinataires spécifiques, puisque l'incrimination vise les autorités judiciaires ou administratives. Ces qualités devront être appréciées identiquement à celles visées dans l'incrimination du défaut de dénonciation de crime¹⁷⁶¹. L'inclusion de l'autorité administrative au sein des destinataires du témoignage peut néanmoins sembler incohérente dès lors qu'elles ne sont pas les « destinataires naturels du témoignage »¹⁷⁶².

536. - Pour ne pas entraîner la répression, l'acte de témoignage doit émaner de l'action libre et spontanée de l'agent. Par conséquent, les témoins ordinaires, qui sont juridiquement obligés de témoigner, ne sont pas concernés par cette incrimination. Puisque la personne innocente au

précédemment analysés, l'infraction est sortie de la catégorie des infractions d'intérêt général. L'atteinte à l'intérêt particulier est dès lors susceptible de se mêler à l'atteinte à la justice, à la condition qu'il existe un lien de causalité direct entre le préjudice subi et l'infraction. L'erreur judiciaire peut alors être considérée comme la cause d'un préjudice moral personnel mais peut aussi être la cause d'un préjudice matériel plus aisément évaluable.

¹⁷⁵⁹ V. *infra*, n° 538 et s.

¹⁷⁶⁰ Le domaine personnel recouvert par cette infraction peut alors sembler plus large que celui qui caractérise la non-dénonciation de crime en ce que cette dernière n'exclut pas directement de son champ les personnes ayant participé à l'infraction. La jurisprudence a cependant remédié à cette divergence en les y incluant.

¹⁷⁶¹ V. *supra*, n° 506 et s.

¹⁷⁶² Ph. BONFILS, « Omission de témoigner en faveur d'un innocent », *préc.*, n° 9. L'auteur remarque que l'ancien texte, qui visait uniquement les autorités de justice ou de police, « était peut-être plus clair, et plus adapté à la spécificité de cette incrimination ». L'inclusion de l'autorité administrative dans le champ des destinataires du témoignage a néanmoins le mérite de s'adapter aux situations dans lesquelles le justiciable a plus directement accès à ces services et a le mérite d'étendre les destinataires d'une incrimination au champ d'application personnel déjà très restreint.

bénéfice de laquelle il convient de témoigner peut être provisoirement détenue ou déjà jugée, le témoignage peut intervenir dès l'ouverture de l'information judiciaire et se poursuivre postérieurement au prononcé de la sanction. L'obligation de témoignage opère alors à des fins distinctes en ce qu'il permettrait d'éviter une condamnation dans le premier cas et aboutirait à la révision de la condamnation erronée dans le second. Si l'existence de l'infraction est claire dans le cas de l'erreur judiciaire que le témoignage aurait permis d'éviter, elle engendre davantage de polémiques quand les autorités judiciaires ont elles-mêmes conclu à l'innocence de l'individu à cause de l'omission. Puisque l'erreur a été évitée par le prononcé d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement, la répression à l'encontre de celui qui n'a pas témoigné peut potentiellement être exclue. Cette optique finaliste, qui apprécie uniquement l'infraction quant au résultat, revient à considérer que l'action des autorités étatiques couvre l'inaction du justiciable et que la détention ou la condamnation effective participe des critères constitutifs de l'incrimination. Cette vision élude cependant le processus de commission de l'infraction par lequel la personne qui ne témoigne pas a mis en œuvre des moyens négatifs. L'appréhension cohérente du comportement infractionnel, qui se fonde sur la dangerosité de son auteur, invite alors à penser que la condamnation de la personne innocente n'est pas nécessaire à la répression de celui qui omet sciemment de témoigner¹⁷⁶³. Partant, le critère opérant se situe en amont de la condamnation et est consacré à travers la mise en détention ou par l'intermédiaire de la saisine de la juridiction de jugement. La détention factuelle ou le risque de condamnation de l'innocent doit dès lors être connu de la part de celui qui ne témoigne pas. Ce dernier doit en outre détenir la preuve de l'innocence, sans quoi il est exonéré de l'obligation de témoignage. Ce devoir naît en effet avec la certitude¹⁷⁶⁴ qui caractérise l'innocence. La connaissance peut alors s'entendre positivement et consister en la dénonciation du véritable auteur des faits ou revêtir une dimension négative et simplement reposer sur l'exclusion de la culpabilité de leur auteur potentiel.

537. - L'acte d'omission volontaire de la part de celui à qui incombe l'obligation de témoigner consomme matériellement l'infraction qui s'accomplit instantanément au moment où le droit répressif commandait l'action. L'instant de la consommation est cependant délicat à déterminer puisque le témoignage reste requis tant que la personne est injustement détenue ou risque d'être faussement condamnée. Le témoignage peut toujours intervenir tant que la détention ou la saisine de la juridiction de jugement ne prend pas fin et le moment de la consommation de l'infraction peut par conséquent s'étendre sur une période temporelle plus ou moins longue. Cette période est susceptible de varier en fonction du temps de détention ou

¹⁷⁶³ V. en faveur de cette interprétation, J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 1197, p. 736.

¹⁷⁶⁴ De vagues indications ne peuvent par conséquent suffire à constituer la connaissance nécessaire à l'incrimination. V. en ce sens *Cass. crim.*, 22 novembre 2005, *Bull. crim.*, n° 30.

de la durée de l'audience. Le caractère intentionnel de l'abstention sera par ailleurs déduit en confrontant l'absence concrète de témoignage avec la connaissance certaine de la situation et de preuves de l'innocence. Puisque le silence ne peut en lui-même révéler l'intention, il est nécessaire de présumer cette dernière lorsque la connaissance préalable de l'innocence est avérée. L'infraction reste cependant rarement réprimée en pratique¹⁷⁶⁵. L'application répressive est au surplus freinée quand l'infraction se commet notamment dans le contexte familial qui joue le rôle d'un obstacle exceptionnel à la répression.

2. Le lien familial comme obstacle exceptionnel à la répression pénale

538. - L'omission de témoigner en faveur d'un innocent, dont la constitution entraîne normalement l'intervention du droit pénal, échappe à la répression quand elle se produit dans un contexte particulier. Les dispositions répressives qui la concernent sont notamment inopérantes à l'égard des personnes qui ont participé à l'infraction pour laquelle l'individu innocent est inquiété et de celles inscrites dans un lien de famille spécifique avec cet individu. En sont en effet exceptés tant « l'auteur ou le complice de l'infraction qui motivait la poursuite, ses parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que ses frères et sœurs et leurs conjoints »¹⁷⁶⁶ que « le conjoint de l'auteur ou du complice de l'infraction qui motivait la poursuite, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui »¹⁷⁶⁷. À l'instar du secret professionnel¹⁷⁶⁸, le lien de famille est ici susceptible de jouer le rôle d'obstacle à l'application de la répression. Dans ce contexte, l'auteur du défaut de témoignage bénéficie d'une immunité familiale en sa qualité de participant à l'infraction pour laquelle la personne innocente est inquiétée ou en sa qualité de membre de la famille de ce participant. S'il est logique que l'auteur ou le complice de l'infraction poursuivie ne soit pas obligé de témoigner contre sa propre personne, cette exemption est davantage critiquable quand elle concerne les membres de sa famille. Ces derniers sont en effet exemptés de cette obligation parce qu'ils entretiennent un lien familial avec l'auteur réel de l'infraction et non avec la personne poursuivie. Dès lors, leur omission affecte non seulement la recherche de la vérité judiciaire, mais se répercute aussi directement sur le sort d'un innocent qui sera injustement sanctionné.

¹⁷⁶⁵ V. Ph. BONFILS, « Omission de témoigner en faveur d'un innocent », *préc.*, n° 4, qui remarque « la rareté de la jurisprudence sur cette infraction » et impute cela à la rigueur des conditions qui entourent l'obligation positive de témoignage.

¹⁷⁶⁶ C. pén., art. 434-11, al. 3.

¹⁷⁶⁷ C. pén., art. 434-11, al. 4.

¹⁷⁶⁸ Les personnes astreintes au secret professionnel sont également exemptées du respect de l'obligation de témoigner puisque cela reviendrait à exiger la révélation du secret qui est par ailleurs prohibée de façon autonome. V. C. pén., art. 226-13 et C. pén., art. 434-11, al. 5.

539. - Le jeu de l'immunité atteignant corollairement la liberté du tiers, et exonérant dans le même temps ses destinataires de l'interdiction du faux témoignage¹⁷⁶⁹, suscite davantage de contestations que si elle se rapporte simplement à l'exercice de la justice. Les raisons affectives ou sentimentales, qui justifient le comportement de celui qui omet sciemment de témoigner en faveur de l'innocence de l'individu poursuivi à la place de leur proche, transcendent alors l'évitement de l'erreur judiciaire. Si cette exemption peut choquer à première vue, elle se comprend par le fait que, s'il advenait, le témoignage aboutirait la plupart du temps à la dénonciation de l'auteur réel¹⁷⁷⁰. L'obligation de témoigner serait en ce sens assimilée à une obligation de dénonciation à l'égard du proche, que l'attachement qui caractérise le rapport de famille ne soutient pas¹⁷⁷¹. Lorsqu'il choisit délibérément d'entraver sa propre application à l'égard de l'omission de témoigner en faveur d'un innocent, le législateur pénal fait primer la cohésion familiale sur l'impératif d'identification de l'auteur réel de l'infraction et ferme les yeux sur le fait de l'individu qui apporte son concours négatif à la mauvaise application de la justice. L'affection éprouvée pour l'auteur ou le complice du crime ou du délit empêche en effet la rationalisation du comportement du membre de la famille qui est entièrement tourné vers l'idée de ne pas lui porter préjudice. Par un processus d'assimilation, la faveur que le témoignage apporterait à l'innocent est alors directement liée au préjudice que la dénonciation causerait à l'auteur réel de l'infraction. Qu'elle fonde le retrait du droit répressif confronté à une action ou à une omission et qu'elle soit appréhendée face à la révélation de l'infraction ou au déroulement de la procédure répressive, l'affection familiale bénéficie d'une large prise en compte infractionnelle au sein de l'immunité attachée aux atteintes au fonctionnement de la justice répressive. Si le domaine infractionnel de l'immunité familiale semble en définitive assez cohérent et clairement appréhendé, le régime juridique qui l'entoure engendre à l'inverse bien des incertitudes.

SECTION 2. LE LIEN DE FAMILLE, SOURCE DE L'INCERTITUDE DE LA NATURE DE L'IMMUNITÉ FAMILIALE AFFECTIVE

540. - L'immunité familiale affective se rapporte à celle qui fait obstacle à l'existence même de l'infraction et qui se fonde sur le sentiment et la solidarité familiale. Sa reconnaissance paralyse la répression en amont en ce qu'elle supprime le caractère infractionnel des faits logiquement incriminés et s'oppose en ce sens à l'immunité patrimoniale qui se contente de

¹⁷⁶⁹ C. pén., art. 434-13.

¹⁷⁷⁰ La cohérence d'ensemble appelle en outre à ne pas reprocher son absence de dénonciation à celui qui est par ailleurs autorisé à receler le malfaiteur avec qui il entretient un lien familial. V. *supra*, n° 530 et s.

¹⁷⁷¹ Ce système est d'autant plus cohérent que ces mêmes personnes sont par ailleurs autorisées à receler un malfaiteur avec qui ils entretiennent un lien familial. V. *supra*, n° 524 et s.

paralyser la poursuite de l'infraction. L'immunité familiale affective n'est cependant pas appréhendée avec autant de clarté que celle qui entoure les infractions auxquelles elle se rapporte. Son étude révèle en effet beaucoup d'incertitudes qui émergent tant de l'étude du terrain juridique qu'elle occupe que de celle des caractéristiques qui lui sont inhérentes. Puisqu'elles se fondent presque exclusivement sur l'existence d'un lien familial, les immunités affectives reconnues par le droit répressif dépendent directement de la notion de famille. Dès lors, il semble logique que les contours de l'immunité ne soient pas figés et s'adaptent à l'évolution sociale de l'objet qu'elle appréhende. À l'image de la famille à l'intérieur de laquelle elle agit, l'immunité affective doit donc rester flexible dans le domaine qu'elle recouvre et évoluer à sa mesure. Si le droit pénal met le champ de l'immunité qui fonde son retrait en adéquation avec l'évolution des liens familiaux qu'il saisit, l'absence de répression révèle cependant une vision autonome et variable du lien de famille qui fonde l'immunité. Adaptée au lien familial pénal qui s'émancipe de la définition traditionnelle de la famille, l'immunité s'est peu à peu affranchie de cette dernière pour s'étendre à d'autres liens. Autrefois assimilée à la famille strictement entendue, sa nature suscite désormais de nombreux débats. L'immunité familiale affective s'ancre de ce fait dans un processus évolutif mouvementé qui ne cesse d'engendrer la controverse. L'analyse juridique globale de l'immunité familiale affective met au jour un domaine d'application renouvelé (§1), qui fonde l'émergence de controverses quant à la détermination de son régime juridique (§2).

§1. Le renouvellement du domaine d'application de l'immunité familiale affective

541. - Le domaine infractionnel recouvert par l'immunité familiale affective a fait preuve de quelques innovations, mais s'est toujours concentré sur les comportements d'action ou d'omission portant atteinte à l'autorité de l'État, par l'intermédiaire de la mise à mal de l'action de la justice. Dès lors, l'immunité morale est directement liée aux infractions qui touchent l'exercice du pouvoir judiciaire. Loin d'englober l'intégralité de cette catégorie, elle n'existe cependant pas en dehors de cette sphère. Si l'étude du domaine infractionnel de l'immunité affective manifeste une certaine stabilité catégorielle et temporelle, essentiellement imputable aux objectifs qu'elle poursuit, l'examen de son domaine personnel révèle une inconstance permanente. Cette versatilité n'est toutefois pas signe d'incohérence quand l'immunité morale a su fluctuer au gré de l'évolution sociale et adapter les frontières de son domaine personnel à la variation des réalités familiales qu'elle appréhende. L'évolution de l'immunité affective qui fait obstacle aux infractions portant atteinte à l'autorité de l'état révèle finalement une transformation partielle de son domaine d'application. Le domaine infractionnel qu'elle recouvre témoigne alors d'une certaine stabilité (*A*) quand son domaine personnel s'est fortement modifié au cours du temps et relève de l'inconstance (*B*).

A. La stabilité du domaine infractionnel de l'immunité familiale affective

542. - Toutes les infractions qui portent atteinte à l'action de justice ne sont pas concernées par le jeu de l'immunité familiale. Cette dernière touche cependant uniquement des comportements qui relèvent de cette catégorie. Le recel de malfaiteurs, le défaut de dénonciation d'un crime ou l'omission de témoigner en faveur d'un innocent déclenchent donc l'application de cette immunité quand ils sont commis par certains membres de la famille¹⁷⁷². L'infraction de non-dénonciation de crime a toujours été concernée par cette immunité, à l'instar des infractions qui ont trait à la poursuite de l'acte infractionnel et répriment l'omission de témoigner en faveur d'un innocent et le recel de malfaiteurs. La stabilité qui caractérise le domaine infractionnel recouvert par l'immunité familiale affective se comprend aisément, car le droit pénal a toujours refusé d'étendre son bénéfice aux infractions considérées comme les plus graves. L'immunité affective est en effet théoriquement exclue du domaine des infractions criminelles à l'encontre desquelles le lien de famille ne saurait constituer une cause de retrait du droit répressif. Le retrait du droit pénal paraît acceptable lorsqu'il aboutit à ne pas réprimer un comportement délictuel, mais devient inconcevable dès lors qu'il est question de fermer les yeux sur un comportement criminel. Partant, la primauté est toujours accordée à la valeur préservée par la répression d'un crime par rapport à la nécessité d'assurer le maintien du lien de famille. L'affection ne saurait en ce sens faire échec à la protection des valeurs sociales les plus fondamentales. La valeur protégée par les infractions criminelles est alors supérieure à celle sauvegardée par l'immunité. Ceci explique le fait que les comportements immunisés constituent uniquement des infractions délictuelles.

543. - La gravité du comportement qui fait obstacle à la possibilité de l'immunité sort parfois de la catégorie infractionnelle pour être appréhendée à travers la qualité des protagonistes de l'infraction. La particulière vulnérabilité qui caractérise la victime mineure de quinze ans fait ainsi obstacle à l'immunisation de l'infraction se commettant à son encontre. L'idée d'immunité est en ce lieu incompatible avec l'objectif de protection de l'intégrité physique et psychique des individus les plus vulnérables de la société, parmi lesquels les jeunes mineurs occupent une place prépondérante. Par ailleurs, le jeu de l'immunité anéantirait potentiellement la découverte de l'infraction dont la connaissance reste souvent gouvernée par le secret familial quand elle se commet sur un enfant mineur. Cette exception a en effet « pour finalité de briser la conspiration du silence qui entoure souvent les infractions dont sont victimes ces derniers »¹⁷⁷³. Partant, elle ne va pas à l'encontre de l'expression de la solidarité

¹⁷⁷² Les membres de la famille qui bénéficient de l'immunité en cas d'omission de témoigner en faveur d'un innocent sont dans le même temps soustraits aux sanctions pénales encourues pour témoignage mensonger.

¹⁷⁷³ V. en ce sens G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 51.

familiale puisque « c'est le droit de se taire et non l'obligation de parler qui porterait le plus atteinte à la paix des familles et à la solidarité familiale »¹⁷⁷⁴. Le parent reste en effet l'acteur primordial de la connaissance et de la dénonciation des atteintes portées à l'enfant dans sa famille. La vulnérabilité intrinsèque à la minorité et le contexte de la perpétration de l'infraction empêchent dès lors de retenir conceptuellement l'immunisation de certaines infractions. Cette impossibilité participe de la pure théorie quand le comportement n'est pas dépenalisé, mais peut aussi aboutir à faire disparaître une immunité normalement admise pour un comportement déterminé, à l'image de ce qui se produit au sein de la répression de la non-dénonciation de crime. Admise dans le cas des délits par l'intermédiaire desquels il s'agit d'aider à la recherche des crimes, l'immunité demeure finalement exclue quand la victime du crime est particulièrement vulnérable ou chaque fois qu'il s'agit de réprimer directement un crime. Puisque la vulnérabilité entraîne le refus de l'immunité, il ne serait pas incohérent d'étendre cette exclusion aux autres personnes vulnérables et de ne plus la réserver aux seuls individus mineurs. Si la persistance accordée au domaine infractionnel de l'immunité affective s'explique par la volonté de perpétuer une politique criminelle particulière, elle ne se retrouve pas à l'égard de son domaine personnel dont l'examen révèle une grande variabilité.

B. L'inconstance du domaine personnel de l'immunité familiale affective

544. - Dans son acception affective, l'obstacle répressif se traduit par des immunités d'ordre moral au bénéfice d'une famille considérée plus largement que celle envisagée par les immunités d'ordre patrimonial¹⁷⁷⁵. Envisagée sous le prisme de l'affect, « la situation est appréhendée de façon pragmatique, voire emphatique »¹⁷⁷⁶ et aboutit à une prise en considération élargie des destinataires de l'immunité, ce qui contribue à l'application de la solidarité familiale lorsque la paix familiale est en péril. Si les bornes du champ personnel qu'elle recouvre diffèrent en fonction de la nature affective ou patrimoniale de l'immunité, elles témoignent en outre d'une variabilité particulière au sein même de la première de ces catégories. La nécessaire adaptation du droit pénal à la sociologie contemporaine de la famille, qui cumule transformations des structures familiales et émergence des nouvelles formes de vie de couple, a mené à l'évolution du domaine personnel recouvert par l'immunité

¹⁷⁷⁴ Th. HASSLER, « La solidarité familiale confrontée aux obligations de collaborer à la justice pénale », *RSC*, 1983, p. 443. Si cette observation est généralisable, elle reste particulièrement vraie quand l'infraction se commet à l'encontre du mineur qui ne dispose pas de l'autonomie nécessaire à l'extériorisation de sa qualité de victime.

¹⁷⁷⁵ G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », *art. préc.* Les auteurs font état de la largesse du domaine personnel recouvert par l'immunité qui caractérise les infractions de non-dénonciation de crime, de recel de malfaiteurs, de défaut de témoignage en faveur d'un innocent et de terrorisme.

¹⁷⁷⁶ M. TINEL, « La famille en droit pénal », *Droits*, 2012, n° 56, p. 155, spéc. p. 171.

juridique affective qui entoure tant le moment de la révélation de l'infraction que celui de l'exercice de la répression. Le champ des individus concernés par l'immunité a en effet été ajusté aux nouvelles réalités sociales dans le contexte desquelles l'infraction se réalise. Le droit répressif adoptait à l'origine une vision assez uniforme du champ des individus concernés par l'immunité. Il visait en effet, au titre des excuses absolutoires, les parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement des auteurs ou complices du crime ou de la tentative pour l'infraction de non-dénonciation de crime, les parents et alliés du criminel jusqu'au quatrième degré inclusivement à l'égard du recel de malfaiteurs et le coupable du fait qui motivait la poursuite, ses coauteurs, ses complices et les parents ou alliés de ces personnes jusqu'au quatrième degré inclusivement à propos de l'omission de témoigner en faveur d'un innocent. La liste des destinataires de l'immunité familiale affective était adaptée aux particularités de chaque incrimination, mais s'étendait toujours jusqu'au quatrième degré de parenté¹⁷⁷⁷. Elle révélait dès lors une large appréhension du domaine personnel de l'immunité et correspondait à la conception étendue de la famille qui caractérisait alors la société.

545. - Depuis lors, les catégories de personnes anciennement visées par le droit répressif ont été remplacées par deux catégories qui distinguent en fonction de la qualité des individus concernés. Le droit positif fait en premier lieu référence aux parents en ligne directe ainsi qu'aux frères et sœurs de l'auteur ou du complice du crime, ou, le cas échéant, de l'infraction qui motivait la poursuite, en incluant les conjoints respectifs de chacun de ces protagonistes. La formule, moins extensive et plus précise, pose alors directement la question des ascendants plus éloignés qui ne sont plus expressément visés par le texte. Plus précisément, l'interrogation porte sur le terme de parents. Elle consiste à se demander si ce dernier doit être entendu au sens strict et inclure uniquement les ascendants au premier degré ou dans son acception plus large et inclure la lignée ascendante dans son intégralité. La référence globale aux parents en ligne directe incite à plaider en la faveur de cette seconde possibilité. En effet, la restriction aux parents au premier degré aurait exclu la notion de ligne directe qui y est implicitement comprise. L'ajout de ce qualificatif implique alors nécessairement d'autres protagonistes, sans quoi elle serait tout simplement redondante. Si l'immunité s'étend à l'ensemble des degrés de parenté concernés par la ligne directe, la référence à l'ascendance aurait alors le mérite d'éclaircir le débat. La conservation de la terminologie parentale reste peut-être une survivance de l'esprit d'un réformateur désireux de maintenir une certaine symétrie entre les rédactions ancienne et contemporaine de l'incrimination.

¹⁷⁷⁷ L'immunité pouvait dès lors s'appliquer entre ascendants et descendants ou entre frères et sœurs mais visait aussi les relations entre cousins germains ou entre un grand-oncle et sa petite-nièce.

546. - La nouvelle rédaction de l'incrimination sort en second lieu du strict cadre de la famille linéaire représentée par le lien familial vertical pour s'étendre au lien horizontal de couple appréhendé dans ses dimensions directe et indirecte. Les nouvelles rédactions font en effet explicitement référence au conjoint de l'auteur ou du complice du crime ou, le cas échéant, de l'infraction qui motivait la poursuite, ainsi qu'à la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui. Le lien de couple visé semble conforme à l'évolution de la société contemporaine en ce qu'il ne se restreint pas au lien conjugal et s'étend à la vie maritale notoire lorsque le lien de couple est apprécié par rapport à l'auteur ou au complice de l'infraction. À l'inverse, le lien de couple dans lequel est inscrit un membre de la famille de l'auteur de l'infraction ou de celle de son complice, et non directement l'auteur ou son complice, reste uniquement appréhendé à travers la conjugalité. Cela s'explique par le fait que les partenaires ou les concubins des membres de la famille de l'auteur ou du complice de l'infraction ne sont pas considérés comme évoluant dans un degré de proximité justifiant l'application de la solidarité familiale qui caractérise la relation entre ces derniers et leur propre partenaire ou concubin. Elle est néanmoins critiquable puisque ces personnes peuvent être inscrites dans un lien de proximité factuel qui nécessiterait l'extension de l'immunité à leur égard. L'immunité est dès lors nouvellement susceptible d'exister en faveur du partenariat ou du concubinage¹⁷⁷⁸, mais uniquement quand le lien de couple de l'auteur ou du complice du crime est concerné.

547. - Si les partenaires et les concubins ne sont pas directement visés par les textes, le statut juridique ou factuel dont ils bénéficient peut sans conteste leur permettre de remplir la condition de notoriété de la situation maritale¹⁷⁷⁹. La référence à la personne vivant notoirement en situation maritale avec l'auteur ou le complice du criminel englobe potentiellement ces deux situations dans la mesure où la situation maritale est manifeste et relève de l'évidence. En effet, il est logique que la situation maritale s'écarte du lien conjugal, sans quoi cette modification n'aurait aucune valeur ajoutée et serait surabondante. L'état de vie maritale notoire s'entend de la vie de couple en commun qui présente la stabilité et la continuité propre à la rendre similaire à la vie conjugale. La consécration juridique du mariage entre deux personnes de même sexe¹⁷⁸⁰ met fin aux difficultés que suscitait la possibilité de l'assimilation du partenariat ou du concubinat homosexuel à la vie maritale notoire.

¹⁷⁷⁸ Si le partenaire était parfois inclus dans le régime personnel de l'immunité par la jurisprudence et son oubli considéré comme une inadvertance, le concubin était en effet unanimement exclu de son bénéfice. V., pour une illustration de cette éviction, *Cass. crim.*, 15 décembre 1992, inédit : *RSC*, 1994, p. 332, obs. G. LEVASSEUR et *Dr. pén.*, 1993, comm. 77, note M. VÉRON.

¹⁷⁷⁹ V. en ce sens les développements de Fr. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G*, 2000, I, n° 48, p. 275 ; J. AMAR, « PACS et immunités familiales », *Dr. pén.*, 2000, chron. 32.

¹⁷⁸⁰ L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

Antérieurement à cette extension, la condition de forme de l'union conjugale relative à la différence de sexe faisait défaut au sein du lien de partenariat homosexuel qui ne pouvait être assimilé à la vie maritale notoire. L'apparence du mariage inclut en ce sens la potentialité de sa réalisation. La disparition de la condition fondée sur la différence de sexe a dès lors eu pour effet d'étendre considérablement le domaine d'application de l'immunité familiale affective, qui inclut désormais toutes les formes de vie de couple. La vie maritale notoire se rapporte en définitive à la vie de couple assimilable aux nouvelles formes de conjugalité.

548. - Afin de tenir compte de l'évolution des structures de la famille, les nouveaux textes ont finalement réduit le domaine des immunités qui ne s'appliquent qu'aux membres de la proche famille en ce qui concerne le lien familial de parenté. Ils ont parallèlement étendu leur action à toutes les formes modernes que peut revêtir le lien familial de couple. La restriction verticale se voit en ce sens compensée par l'extension horizontale. D'aucuns avaient pu constater que « l'immunité ne constitue qu'une cause d'exonération de la peine fondée sur de pures convenances familiales »¹⁷⁸¹ et prédire le fait que « l'on assistera, dans l'avenir, à une lente réduction de son champ d'application et de la liste de ses bénéficiaires »¹⁷⁸². La conjecture était néanmoins faussée à l'heure où le lien familial reste largement appréhendé par le droit répressif. Si le lien de parenté est considéré sans limites en ligne directe, il est cependant resserré en ce qui concerne la ligne collatérale au sein de laquelle il ne concerne plus que les privilégiés. Le lien de parenté englobe cependant toutes les manifestations du lien de couple existant entre l'auteur ou le complice de l'infraction et le bénéficiaire de l'immunité. L'immunité affective fondée sur le lien de famille emprunte dorénavant toutes les colorations du spectre familial. Elle en dépasse même les limites quand elle touche directement l'auteur ou le complice de l'infraction. Cette conception « compréhensive des bénéficiaires de la mansuétude du droit pénal atteste que c'est le lien affectif, et non un devoir familial, qui explique cette mise à l'écart de la répression »¹⁷⁸³, même si « ce lien affectif n'explique qu'imparfaitement les solutions de faveur posées par le droit pénal à l'égard de certains membres de la famille »¹⁷⁸⁴.

549. - L'immunité familiale qui entoure l'aide apportée à un étranger en situation irrégulière révèle une liste plus étroite de ses bénéficiaires puisque l'immunité ne joue pas au profit des conjoints des parents de l'étranger qui ne partagent plus une communauté de vie et est écartée lorsque « l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le

¹⁷⁸¹ G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 65.

¹⁷⁸² *Ibid.*

¹⁷⁸³ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 75, p. 98.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*

premier conjoint »¹⁷⁸⁵. Cette exclusion semble alors contestable « dans la mesure où le retrait du droit pénal ne procède pas de considérations institutionnelles (il ne s'agit pas de protéger tel groupe uni par tel lien juridique) mais de justifications individuelles (elle est fondée sur l'inhumanité d'un droit qui méconnaîtrait le lien affectif entre les membres de la famille), et ne peut ainsi justifier de priver de l'immunité, non seulement l'étranger bigame, mais aussi le conjoint du bigame (qui est souvent lui aussi victime de la bigamie), ainsi que les parents et collatéraux (et leurs conjoints) de l'étranger bigame (alors qu'ils sont eux-mêmes étrangers à la bigamie) »¹⁷⁸⁶. Si l'immunité était fondée sur des causes institutionnelles, elle toucherait en effet dans le même temps la bigamie de la personne qui n'est pas étrangère. Cette exclusion témoigne une nouvelle fois de l'utilitarisme du droit répressif qui met l'une de ses institutions au service de la politique de lutte contre l'immigration clandestine¹⁷⁸⁷. L'affect doit donc primer quand la famille de l'étranger bigame ne peut rationnellement supporter la conséquence d'une situation qui lui est totalement étrangère. La solution actuelle est éminemment critiquable quand elle fait rejaillir le caractère infractionnel de l'acte d'un individu sur les autres membres de sa famille en leur refusant le bénéfice de l'immunité. Cette dernière est alors utilisée comme sanction issue du comportement d'autrui, et son exclusion témoigne d'un droit pénal à deux vitesses travestissant la nature de l'immunité selon qu'elle s'applique ou non à un étranger. Cette immunité agit en outre comme une cause d'irrecevabilité et ne fait pas disparaître le caractère infractionnel de l'acte, ce qui s'oppose à la nature de l'immunité qui se rapporte au recel de criminels. Cette discordance témoigne une nouvelle fois de l'influence de considérations sécuritaires sur la cohérence du régime des immunités familiales. Ce constat invite à plaider pour la suppression de cette exclusion et en faveur d'un alignement des régimes. L'immunité juridique affective est finalement susceptible d'arborer une teinte familiale, mais peut tout aussi bien jouer hors de ce contexte. Partant, il n'est plus certain que le qualificatif familial demeure le plus approprié pour désigner ces obstacles à l'application de la répression qui présentent désormais un régime juridique controversé.

¹⁷⁸⁵ CESEDA, art. L. 622-4.

¹⁷⁸⁶ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 76, p. 99. Les auteurs réalisent à ce titre un parallèle avec les textes relatifs à l'aide apportée à un étranger en situation irrégulière qui ne peut donner lieu à répression si elle est le fait d'un proche de l'étranger et regrettent l'existence de cette immunité qui concerne des situations très proches de celles qui sont visées en cas d'entraves à la justice. Ces redondances, qui peuvent aboutir à un conflit de qualification, s'expliquent cependant par le fait que les deux incriminations ne revêtent pas la même nature. V. en ce sens les développements de J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Recel de malfaiteur (...) », *art. préc.*

¹⁷⁸⁷ Sur la poursuite de cet objectif, v. aussi *supra*, n° 69 et n° 230 et s.

§2. Le régime juridique controversé de l'immunité familiale affective

550. - Dans son acception affective, l'immunité se distingue de son versant patrimonial. La nature intrinsèque de la première induit l'absence de caractère infractionnel quand la seconde a uniquement pour effet de neutraliser les poursuites à l'égard d'un acte qui conserve cette propriété¹⁷⁸⁸. Le caractère affectif de l'immunité a pour effet d'annihiler l'illicéité du comportement et joue comme une réelle source d'impunité pour son bénéficiaire qu'elle rend totalement irresponsable pénalement. Cet obstacle dépasse alors la simple application pratique du droit répressif pour entraver la possibilité même de son existence. Le droit répressif existe en ce sens comme acteur exclusif de son absence. Ceci est particulièrement intéressant quand le défaut exceptionnel de caractère infractionnel du comportement de certains auteurs se conçoit uniquement en parallèle avec le principe d'application de la répression envers le même acte commis par un auteur différent. Partant, l'impunité engendrée par le jeu de l'immunité affective ne doit pas être liée au comportement qu'elle encadre comme objet, mais se rattacher directement au sujet qui en est auteur. En ce sens, il est possible de considérer que « rien ne permet de dire que cette institution a changé de nature même si le législateur a jugé utile d'utiliser à son propos le néologisme dénué de sens de personnes exceptées »¹⁷⁸⁹. Puisqu'elle encadre désormais une famille largement entendue et concerne des protagonistes qui lui sont extérieurs, le changement de régime de l'immunité affective est cependant le sujet de nombreuses discussions. Si l'immunité morale qui caractérise originellement le lien de famille se fonde sur l'affection familiale (A), cette dernière ne semble désormais plus en constituer le seul fondement et son évolution appelle à la remise en cause de l'exclusivisme de son caractère familial (B).

A. L'affection familiale comme fondement originel de l'immunité morale

551. - L'immunité affective peut à première vue revêtir une dimension personnelle et agir identiquement à une immunité patrimoniale¹⁷⁹⁰. Dès lors que la dispense accordée par le droit répressif tient compte de la qualité des sujets à l'encontre desquels l'obligation positive ou négative relèverait de l'immoral ou de l'irréaliste, « la doctrine s'accorde pour voir là, moins une règle de fond qu'une règle de forme : l'immunité ainsi conférée présente donc un caractère personnel »¹⁷⁹¹. La lettre du texte qui la fonde invite cependant dans le même temps

¹⁷⁸⁸ V. *infra*, n° 565.

¹⁷⁸⁹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, *op. cit.*, n° 986, p. 1087.

¹⁷⁹⁰ V., pour cette opinion minoritaire, É.-A. GARÇON, *Code pénal annoté*, T. 2, *op. cit.*, pp. 446 et s. L'auteur analyse cette immunité comme une excuse péremptoire qui revêt une dimension personnelle et laisse subsister le caractère illicite de l'acte.

¹⁷⁹¹ É. DREYER, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 1512, p. 649.

à s'opposer à cette analyse. Le fait que les acteurs concernés soient exceptés des dispositions répressives qui concernent normalement leur comportement prend le visage d'une abstraction. Cette dernière consiste à considérer fictivement l'absence du caractère infractionnel de l'acte et induit par conséquent l'impossibilité de déclencher sa poursuite. Elle diffère donc de l'immunité patrimoniale qui ne peut donner lieu à des poursuites pénales, mais n'affecte pas la nature répressive du comportement impuni. Si la finalité est identique, il est alors possible de considérer que les immunités se distinguent fondamentalement dans leur nature quand « selon les cas, l'immunité présente des traits communs avec le fait justificatif dans la mesure où l'acte couvert par l'immunité perd son caractère illicite, ou avec l'excuse absolutoire en ce sens que l'auteur d'un acte illicite se trouve simplement dispensé de la peine sans que l'élément légal de l'infraction disparaisse »¹⁷⁹². L'acte matériel qui aurait normalement constitué une infraction perd donc son caractère illicite dans le premier cas alors que le droit répressif accorde simplement une dispense de peine dans le second. Quel que soit l'effet concerné, le législateur protège la famille contre la compromission de son unité morale et patrimoniale. Dès lors, « en soustrayant certaines personnes à la répression, [le législateur] a voulu conférer une certaine efficacité, même au regard de la loi pénale, aux liens qui existent au sein de la famille »¹⁷⁹³. En provoquant son propre retrait, la répression n'entend pas exacerber l'attachement familial, mais simplement préserver la famille contre la perte de ce lien. Il protège par conséquent négativement la fonction familiale en empêchant qu'elle se désagrège mais ne manifeste pas de velléités d'amélioration.

552. - Poursuivant chacune un motif d'opportunité sociale, les immunités affectives sont issues d'une exception à l'existence de l'infraction qui se situe à l'endroit même de sa définition textuelle. Les immunités patrimoniales font quant à elles l'objet d'une disposition procédurale autonome qui instaure l'impossibilité de poursuivre. Dès lors, il est possible de constater que « ces deux séries d'immunités ne sont pas identiques quant à leurs effets »¹⁷⁹⁴. Par conséquent, « en cas d'immunité d'ordre moral, c'est l'infraction même qui disparaît, en sorte que toute action civile est exclue aussi bien que l'action publique »¹⁷⁹⁵. Au contraire, « en cas d'immunité d'ordre patrimonial, c'est seulement l'action publique qui est paralysée, non l'action civile »¹⁷⁹⁶. La première, d'ordre affectif, qui est générale et conduit à

¹⁷⁹² C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.*, spéc. p. 36. L'auteur fait état du parallèle existant entre l'immunité qui a pour effet la « suppression de l'élément légal de l'infraction » et celle qui constitue une « simple cause d'exonération de la peine ». La première exonère de répression en conséquence de l'exclusion de l'élément légal quand la seconde empêche simplement la punition d'un acte qui ne perd pas pour autant son caractère délictueux.

¹⁷⁹³ *Ibid.*, p. 54.

¹⁷⁹⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 16^e éd., 2011, n° 228, p. 199.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*

l'irresponsabilité de l'auteur d'un comportement perdant son caractère infractionnel, peut alors être qualifiée d'« immunité-irresponsabilité »¹⁷⁹⁷. La seconde, d'ordre patrimonial, fixant son action sur l'irrecevabilité de l'action publique qui tend à poursuivre un comportement infractionnel peut prendre le nom d'« immunité-irrecevabilité »¹⁷⁹⁸. Dès lors, l'immunité s'oppose à l'obstacle qui porte atteinte à l'existence de l'infraction dans cette seconde acception quand elle s'y assimile dans la première. L'immunité qui engendre l'irresponsabilité est en outre « très proche des faits justificatifs puisque le fait se trouve exceptionnellement permis au motif que l'auteur et la victime se trouvent placés dans un rapport de famille »¹⁷⁹⁹ et annihile aussi en amont le caractère infractionnel de l'acte¹⁸⁰⁰. Puisque l'objectif se tourne vers la dispense de l'obligation positive ou négative imposée par le droit pénal et ne se contente pas d'exempter l'agent de poursuites, l'immunité opère *in rem* et non *in personam*, et constitue bien une exception à l'incrimination qui supprime l'élément légal de l'infraction¹⁸⁰¹.

553. - Lorsqu'il fait obstacle à l'existence même de l'infraction et fait disparaître le caractère répressif du comportement incriminé, le lien familial peut en définitive être appréhendé à travers différentes perspectives. L'entrave qu'il constitue présente une double nature et prend une dimension théorique quand elle inquiète l'existence même de l'infraction, alors qu'elle revêt une dimension pratique quand elle a trait à la poursuite de l'acte infractionnel. Au sein de cette disparité, le lien familial peut devenir une immunité affective appréhendée en tant que condition préalable négative à l'existence théorique de l'infraction si cette dernière suppose par essence sa réalisation hors du champ familial. Le lien familial peut donc devenir une cause exceptionnelle de légitimation originelle du comportement infractionnel quand l'infraction a lieu en sa présence alors qu'il est tout autant susceptible de constituer une modalité neutralisatrice de répression lorsqu'il prend le caractère d'une immunité d'ordre patrimonial. En tout état de cause, il semble que le versant moral de l'immunité est directement lié à l'affection inhérente au lien de famille. Dès lors qu'elle agit uniquement au sein de la famille et ne peut exister hors de son sein, l'immunité affective se fonde

¹⁷⁹⁷ Les dénominations qui fondent cette classification sont empruntées à P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *RSC*, 1998, p. 291, spéc. p. 297.

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹⁹ J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 199.

¹⁸⁰⁰ Les travaux parlementaires confirment en outre cette interprétation. V. en ce sens le rapport de J.-J. HYEST, présenté le 12 décembre 1991 au nom de la Commission des lois sur le projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens, p. 131.

¹⁸⁰¹ V., en faveur de cette argumentation, P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.* ; Fr. DESPORTES et Fr. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Éd. Economica, 16^e éd., 2009, n^o 706, p. 680. Ces auteurs classent l'immunité affective parmi les causes d'irresponsabilité tenant à la permission de la loi ou du règlement. Le mécanisme de neutralisation engendré par l'immunité est en effet similaire à celui qui est issu du fait justificatif.

exclusivement sur l'attachement qui caractérise la relation familiale et revêt un fondement exclusivement familial. L'histoire de l'immunité affective a cependant abouti à étendre son action à des bénéficiaires qui ne font pas strictement partie du cercle familial. Cet élargissement mène à questionner le caractère exclusif du fondement familial de l'immunité affective.

B. La remise en cause de l'exclusivisme du caractère familial de l'immunité affective

554. - Dans sa dimension affective, l'immunité participe à la protection étatique devant être accordée à la famille¹⁸⁰². L'obstacle sentimental par lequel le droit pénal considère fictivement l'acte comme licite existe comme une source d'impunité originelle en ce que le sujet qui en bénéficie est considéré comme n'ayant jamais adopté un comportement répréhensible. Dès lors, « on pourrait donc admettre que l'immunité constitue simplement une cause d'exonération de la peine par opposition à l'impunité, qui traduit la conséquence, le résultat, c'est-à-dire l'exonération elle-même »¹⁸⁰³. La terminologie ne convainc cependant pas en ce que l'immunité affective ne peut constituer une cause d'exonération de l'infraction à partir du moment où il est impossible d'exonérer de quelque chose qui n'existe précisément pas. À l'inverse, « on pourrait également se borner à considérer l'immunité du strict point de vue de la procédure et observer qu'elle est un refus de l'action en justice, à l'occasion de certaines infractions ou contre certaines personnes »¹⁸⁰⁴. La doctrine oscille depuis longtemps entre la reconnaissance d'une excuse absolutoire¹⁸⁰⁵ et celle de l'absence de culpabilité qui va au-delà de l'obstacle au prononcé de la peine et fait échapper à toute poursuite¹⁸⁰⁶. Ces analyses restent cependant assez superficielles et ne résolvent pas réellement le problème de la nature de l'immunité. Le vocable de cause objective d'irresponsabilité doit alors lui être préféré en ce qu'elle a classiquement pour effet de faire disparaître le caractère infractionnel de l'acte : « pareillement aux faits justificatifs, l'immunité familiale d'ordre moral ne détruit pas directement la responsabilité de l'auteur, mais neutralise tout d'abord le préalable de l'infraction »¹⁸⁰⁷. Elle sort en ce sens de la catégorie des immunités procédurales et constitue

¹⁸⁰² Cette protection est notamment inscrite dans l'article 16-3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose que « la famille a droit à la protection de la société et de l'État ».

¹⁸⁰³ C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.*, spéc. p. 36.

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*

¹⁸⁰⁵ V. en ce sens C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.* ; P. GIOANNI, *Le particularisme du droit pénal de la famille*, Thèse, Nice, 1992, p. 115 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 507, p. 385.

¹⁸⁰⁶ R. VOUI, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 363.

¹⁸⁰⁷ G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 54. L'immunité est présentée comme un obstacle à la qualification retirant à l'acte « le caractère délictueux qu'il ne pouvait *a priori* présenter ».

une « cause innommée d'irresponsabilité pénale dont la genèse est la qualité objective de l'auteur des faits »¹⁸⁰⁸, qui intègre la catégorie des immunités de fond¹⁸⁰⁹. Elle se rapproche de la cause objective d'irresponsabilité pénale tirée de la justification de la loi en ce que l'auteur sert un intérêt qui prime celui que protège le droit qu'il transgresse. L'immunité familiale affective ne se confond pas pour autant avec cette justification¹⁸¹⁰ puisqu'elle retranscrit au texte, mais ne répond pas aux conditions de proportionnalité et de nécessité propres aux faits justificatifs. L'immunité affective ne s'assimile en définitive à aucune catégorie juridique préexistante et constitue une cause objective inédite d'absence d'application du droit répressif.

555. - Initialement réservée aux seuls membres de la famille, l'immunité affective a longtemps été considérée comme une immunité traduisant une nature juridique exclusivement familiale. L'évolution de son domaine personnel restreint cependant ce monopole. L'appartenance familiale ne joue plus comme critère déterminant de l'application de l'immunité juridique affective qui étend désormais son bénéfice à des individus extérieurs au cercle familial. La version contemporaine de la liste des acteurs concernés par son champ d'action révèle la modification du rôle accordé au lien de famille. De condition exclusive de sa mise en œuvre révélant l'unicité du régime de cette immunité, le lien de famille est en effet devenu un facteur potentiel de son application et s'inscrit désormais dans la duplicité de ses fondements. La variabilité caractérisant l'immunité affective ne saurait finalement surprendre « s'agissant de la confrontation entre le concept souple d'immunité et la vie familiale, terrain de prédilection du non-droit »¹⁸¹¹. Cette immunité a longtemps eu pour ambition paradoxale la protection du membre de la famille contre les potentielles représailles familiales physiques ou morales quand le comportement était contraint et le respect des sentiments d'affection imposant le choix de la commission de l'infraction. La justification de cette institution découle en effet prioritairement de l'affection liant les membres de la famille au sein de laquelle le sentiment est facteur d'unité. Cette cohésion se traduit par l'existence d'une solidarité familiale qui s'exprime à l'égard du délinquant. L'affect éprouvé pour ce dernier prime alors sur le devoir moral de collaboration à la justice étatique. Parce qu'il aboutit à l'impunité de l'auteur du comportement fictivement exempt de caractère infractionnel, le caractère privé des relations intrafamiliales semble faire primer le devoir de famille sur le

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 55.

¹⁸⁰⁹ V. en ce sens P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.* ; D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », T. 45, n° 98, p. 76.

¹⁸¹⁰ Certains auteurs considèrent à l'inverse que l'utilisation du terme « excepté » révèle le fait que l'immunité affective joue comme une application de la notion de fait justificatif. V. en ce sens J.-A. ROUX, *Cours de droit criminel français*, T. 1, « Droit pénal », Sirey, 2^e éd., 1927, p. 204. *Contra*, v. C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.*

¹⁸¹¹ P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 297.

caractère d'ordre public de l'application de la justice. Cette assertion peut manifester une considération authentique du droit pénal envers le lien familial et l'affection qui en émane quand ce dernier est érigé en cause principale de son exclusion. L'immunité affective s'écarte cependant dans le même temps de l'espace occupé par la famille pour s'étendre à des sphères extrafamiliales. Partant, l'affirmation de la prévalence de la protection du sentiment familial sur la répression des atteintes à la bonne administration de la justice ne semble plus aussi péremptoire.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

556. - L'examen de l'entrave consentie à la répression que constitue l'immunité familiale affective révèle en définitive un tableau contrasté. L'affection familiale constitue un fondement clair et cohérent de l'immunisation des atteintes au fonctionnement de la justice répressive, entendue comme le processus par lequel leur répression est neutralisée. Le lien de famille rejaillit sur l'intégralité du processus judiciaire puisqu'il existe à la fois comme entrave affective à la connaissance de l'infraction et à l'exercice effectif de la justice. La violation de l'obligation positive ou négative juridiquement imposée à l'individu entraîne alors classiquement l'application du droit répressif. Le comportement perd cependant son caractère infractionnel quand il se commet dans un contexte familial particulier. Si la solidarité familiale qui fonde l'immunité affective résulte d'une politique criminelle claire et cohérente, le lien de famille spécifiquement appréhendé se situe à la source de nombreuses incertitudes relatives à son régime juridique. L'étude du domaine qu'elle recouvre manifeste une adaptabilité qui aboutit à des effets contradictoires. L'inconstance du domaine personnel de l'immunité affective répond inversement à la stabilité qui caractérise son domaine infractionnel. La recherche de sa nature juridique est en outre une entreprise délicate qui suscite de nombreuses controverses. Si l'affection familiale reste le fondement originel de l'immunité morale, elle ne semble plus constituer son unique source d'application. Le lien de famille n'est plus la cause exclusive de l'immunité affective, qui peut désormais exister hors du contexte familial. L'immunité s'étend à la famille élargie et affecte celle du complice de l'auteur de l'infraction. Elle s'émancipe par ailleurs de toute considération familiale quand elle prend en considération le secret professionnel.

557. - Cause objective d'irresponsabilité supprimant la potentialité même du caractère infractionnel pour les uns, fondement subjectif d'impunité laissant subsister l'illicéité de l'acte pour les autres, l'immunité affective se fonde dans tous les cas sur l'entraide familiale. D'une certaine manière, l'affection qui entoure le devoir de famille se mêle à la conscience qui caractérise le devoir civique positif ou négatif que le droit impose. L'immunité affective résout ainsi le conflit interne à la conscience de l'individu, qui répond à cette difficulté par le choix d'une action négative ou par celui de la commission d'un acte positif. La prise en compte répressive de la solidarité familiale aboutit au retrait du droit pénal. Elle s'oppose ainsi à ce qu'un individu soit tenu de dénoncer les infractions commises par ses proches¹⁸¹², de témoigner en faveur d'une personne innocente lorsque son proche est l'auteur réel ou le

¹⁸¹² V. en ce sens les développements de M. TINEL, « La famille en droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 156, qui affirme que « la solidarité familiale s'oppose à ce qu'un justiciable soit obligé de dénoncer les infractions commises par ses proches parents ou à ce qu'il soit tenu responsable d'un recel de malfaiteurs lorsque ce dernier est un proche parent ».

complice de l'infraction, ou de ne pas apporter son concours actif à ces derniers. La solidarité familiale immunise en ce sens l'abstention ou l'action normalement délictueuse. Lorsqu'elle est prise en compte en tant qu'obstacle à l'application du droit répressif, la famille est en outre « préservée des tensions qu'exacerberait en son sein un procès pénal ou un conflit de devoirs insoluble »¹⁸¹³. Si le domaine infractionnel recouvert par l'immunité affective qui pose le lien de famille en entrave à la découverte de l'infraction semble cohérent, son domaine personnel mérite cependant d'être unifié quand sa nature juridique nécessite d'être clarifiée. Le lien affectif semble en effet avoir remplacé le lien familial originellement concerné et la famille devient un fondement potentiel, voire incertain, de cette immunité. La notion de vie maritale notoire, qui se rapporte directement à l'individu lié à l'auteur ou au complice de l'infraction, pourrait en outre être étendue au lien de couple dans lequel sont inscrits les proches de ces derniers. Cette unification aurait le mérite d'inclure le partenaire et le concubin du proche de l'auteur ou du complice de l'infraction dans le domaine personnel de l'immunité et d'unifier l'appréhension répressive du lien de couple concerné par l'immunité juridique affective. Elle correspondrait de plus à la vision réaliste et spécifique que le droit répressif met en œuvre quand le lien de famille fonde la répression.

558. - Ce constat participe à l'observation générale de l'effacement de la force du caractère privé de la famille en droit répressif. Si la famille reste susceptible d'influencer son retrait, elle n'en est plus un fondement exclusif. En outre, le lien familial ne constitue pas un obstacle absolu à l'application de la répression puisque sa prise en compte se cantonne aux infractions les moins graves. Plus la valeur sociale protégée par l'infraction est importante, moins le lien familial est érigé en obstacle à l'application du droit répressif. Le processus est par ailleurs révélateur quand il se mute en cause d'aggravation ou de constitution de la répression lorsque la valeur sociale protégée par l'infraction atteint une gravité particulière. La nature criminelle de cette dernière empêche la conceptualisation de l'immunité quand sa nature délictuelle permet parfois sa réalisation. Dans le même sens, l'immunité se conçoit aisément en ce qui concerne la protection contre les atteintes aux biens ou à la justice, mais devient impossible pour la répression des atteintes aux personnes, et tombe chaque fois que le jeune mineur est concerné.

559. - En définitive, l'ordre public semble toujours primer l'affection familiale, qui reste néanmoins prise en compte pour écarter la répression de façon exceptionnelle et secondaire dès que la valeur sociale protégée le permet. L'impératif de sauvegarde du lien de famille ne présente pas de caractère absolu et existe uniquement quand l'impératif répressif disparaît. La subsidiarité inhérente au lien familial qui fonde l'action répressive se retrouve à l'encontre de

¹⁸¹³ P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.*

celui qui y fait obstacle. Cela semble cependant légitime puisque l'impératif répressif ne saurait tomber automatiquement devant un intérêt privé. La solution qui consiste à écarter la répression chaque fois que la sauvegarde du lien de famille paraît supérieure à celle de la société constitue finalement un compromis idéal. Si cette dynamique se réalise en partie à travers l'application de l'immunité affective, elle se matérialise totalement par l'intermédiaire de l'immunité patrimoniale. La nature et les effets dissemblables des immunités familiales restent finalement consubstantiels à la dualité de leurs fondements. Le retrait du droit pénal se concrétise en réalité par des processus divergents qui révèlent le double visage de l'immunité familiale. D'un obstacle moral à l'existence de l'infraction, l'immunité familiale existe parallèlement comme un obstacle matériel à sa poursuite.

CHAPITRE 2 - LE LIEN FAMILIAL, OBSTACLE PATRIMONIAL À LA POURSUITE DE L'INFRACTION

560. - Alors que l'obstacle affectif à l'existence de l'infraction se manifeste exclusivement par l'existence d'immunités, l'obstacle matériel à la poursuite de l'infraction recouvre deux manifestations. Le lien familial qui fait obstacle à la poursuite de l'infraction peut en effet également prendre le visage d'une immunité, mais peut aussi se matérialiser à travers la nécessité de la plainte préalable de la victime pour le déclenchement de l'action répressive. Dans les deux cas, le lien familial fait obstacle à l'effectivité du droit pénal en ce qu'il s'oppose, à des degrés divers, à la poursuite de l'infraction.

561. - Les immunités matérielles et les immunités morales tendent toutes les deux à l'absence d'application du droit répressif. Elles diffèrent néanmoins par leur nature et par leurs effets juridiques. D'une part, l'immunité familiale matérielle résulte de la volonté de sauvegarde de la cohésion patrimoniale de la famille plus que de la nécessité de préserver l'affect familial. En matière matérielle comme en matière morale, l'immunité emprunte son caractère à l'infraction qu'elle concerne. De cette façon, l'immunité est affective quand l'infraction porte atteinte à l'affection réciproque qui doit exister entre les membres de la famille et elle devient patrimoniale quand l'infraction touche au patrimoine de ces derniers. D'autre part, ces deux types d'immunités familiales diffèrent par les conséquences juridiques qu'elles entraînent. Si l'immunité familiale affective tend à ignorer le caractère infractionnel de l'acte, l'immunité familiale matérielle entraîne seulement l'absence de mise en œuvre de la répression.

562. - En matière d'immunités matérielles, le retrait du droit répressif ne résulte pas de l'inexistence théorique de l'infraction, mais de l'absence de mise en pratique de la répression. L'obstacle existe en aval de la conceptualisation de l'infraction et matérialise une volonté d'inaction au contact du lien de famille. L'auteur de l'infraction ne peut être poursuivi quand il est inscrit dans un lien de famille particulier avec sa victime. En principe, la répression des atteintes à la propriété s'effectue dès lors qu'elle ne se commet pas en famille : l'inexistence du lien de famille conditionne l'application de la répression. Le lien familial émerge ici comme une modalité négative de poursuite de l'infraction.

563. - Confronté à l'immunité familiale patrimoniale, le lien de famille joue le rôle d'une modalité particulière de la répression qu'il n'annihile pas dans son essence mais neutralise dans sa présence. Elles se concentrent exclusivement sur la mise à l'écart de la protection du droit de propriété qui se matérialise par le renoncement à la répression des atteintes aux biens. Lorsque la répression se retire volontairement, elle feint en réalité d'ignorer le caractère

infractionnel de l'acte qui n'est pas poursuivi¹⁸¹⁴. Les immunités familiales patrimoniales s'imposent comme l'entrave essentielle à la poursuite de l'acte infractionnel qui se commet dans la famille, et il est instinctivement possible de penser qu'elles représentent la cause exclusive de l'absence de matérialisation de l'action répressive. Elles sont en réalité les seules à constituer un obstacle absolu à l'application du droit répressif lié à la discrétion de l'autorité étatique. Il existe cependant des circonstances dans lesquelles la matérialité de l'action répressive est paralysée par l'intervention d'un autre acteur.

564. - La victime peut parfois être à l'initiative de l'absence de la poursuite de l'infraction qui a été commise à son encontre lorsqu'elle est liée à son auteur par un lien de famille. Le contexte familial justifie dans ce cas le fait que la répression soit conditionnée par la plainte préalable de la victime et par le maintien de la volonté de poursuivre. Partant, la victime de l'infraction familiale fait le choix du déclenchement et du prolongement de la répression et ôte à l'autorité étatique l'intégralité de son pouvoir décisionnel. L'obstacle à la concrétisation de la poursuite de l'infraction provient donc parfois de l'expression d'une préférence législative à laquelle toute dérogation est impossible, mais, dans d'autres cas, il ressort d'un choix circonstancié par la volonté personnelle de la victime. Au défaut de poursuite imputable à l'autorité étatique correspond alors une paralysie de l'action répressive résultant de l'expression de la volonté individuelle. Au sein de cette dichotomie, le lien familial est finalement susceptible de constituer un obstacle absolu à la poursuite de l'infraction (*Section 1*) ou de se poser en obstacle facultatif au déclenchement de l'action répressive (*Section 2*).

SECTION 1. LE LIEN FAMILIAL COMME OBSTACLE ABSOLU À LA POURSUITE DE L'INFRACTION

565. - La primauté accordée à la gestion privée des conflits familiaux a longtemps mené à une ignorance publique globale des agissements qui se commettaient au sein de la famille. L'institution juridique de l'immunité familiale existe actuellement comme la résurgence légale de ce détachement en ce qu'elle caractérise le refus volontaire de l'ingérence de la sphère publique dans la sphère intime de l'individu. Loin de se conformer réellement à l'indifférence, cet obstacle opère au contraire en faveur du maintien de la cohésion familiale.

¹⁸¹⁴ À l'instar de ce qui se produit quand le droit pénal met en place une réelle ignorance du caractère infractionnel de l'acte par le biais des immunités d'ordre moral, la feinte d'ignorance est cependant confrontée aux méandres de l'intimité familiale qui conserve le secret de l'infraction et empêche sa révélation. Cette criminalité inconnue s'impose au droit répressif qui ne peut librement faire le choix de poursuivre ou non le comportement infractionnel. Cette ignorance réelle s'oppose au jeu de l'immunité familiale patrimoniale quand elle est la cause d'un retrait involontaire de la répression.

Appréhendée sous le prisme de l'immunité matérielle, cette dernière est prise en compte dans son acception patrimoniale. Les comportements qui concernent certaines atteintes aux biens ne peuvent à ce titre donner lieu à des poursuites pénales quand ils se produisent dans un contexte familial particulier. Le lien de famille qui entrave l'application pratique de la répression prend alors le visage d'un obstacle matériel obligatoire à la poursuite de l'infraction. Dès lors que le comportement normalement infractionnel se produit dans des circonstances familiales spécifiques, les poursuites ne peuvent jamais être déclenchées. Assimilée à une « immunité-irrecevabilité »¹⁸¹⁵, l'immunité patrimoniale tend traditionnellement à faire déclarer irrecevable l'action répressive de la victime du comportement classiquement considéré comme une infraction devant être poursuivie¹⁸¹⁶.

566. - L'immunité familiale d'ordre matériel affecte uniquement les poursuites pénales et ne retranche pas à l'acte son caractère illicite. Si sa substance s'ancre dans un processus évolutif, l'immunité familiale patrimoniale témoigne d'une permanence historique remarquable. Initiée par le droit romain, elle a depuis lors été reprise dans son principe par les droits répressifs qui se sont historiquement succédé¹⁸¹⁷. Dans son versant matériel, l'immunité familiale participe à la survivance de la préservation répressive de la solidarité patrimoniale de la famille¹⁸¹⁸. Elle agit à l'endroit où le législateur pénal dresse le constat du caractère pathogène de l'intervention répressive pour la survie de la famille, qui reste « l'une des valeurs essentielles sur lesquelles se fonde la société »¹⁸¹⁹. La préservation de la paix familiale rend en effet souvent inopportune la gestion publique des questions de propriété qui sont susceptibles de se régler au sein même de la famille. L'immunité familiale patrimoniale se donne pour objectif originel la protection de l'institution familiale, considérée comme une structure sociale fondamentale à travers le maintien de la cohésion du groupe familial dans le cas des atteintes au droit de propriété qui se commettent dans son contexte.

¹⁸¹⁵ La terminologie est empruntée à P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *RSC*, 1998, p. 291.

¹⁸¹⁶ V. en ce sens C. proc. civ., art. 122, qui dispose que « constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

¹⁸¹⁷ V. en ce sens les développements de É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », T. 37, 2002, n° 366, p. 210, qui affirme le caractère traditionnel de cette immunité dont l'origine remonte au droit romain et qui « fut reprise dans l'Ancien droit, puis dans les dispositions du Code pénal tant anciennes que nouvelles ».

¹⁸¹⁸ Si elle tend à la même finalité que celle qui est recherchée par l'immunité familiale affective, l'immunité familiale patrimoniale se détache de cette dernière en ce qu'elle révèle une nature juridique différente et produit des effets procéduraires opposés.

¹⁸¹⁹ G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », in *Les immunités pénales, Actualités d'une question ancienne*, PUF, CEPRISCA, coll. « Colloques », 2011, p. 49. Les auteurs remarquent corollairement que « son harmonie est préservée par l'immunité familiale d'ordre patrimonial ».

567. - Les appropriations frauduleuses qui concernent le bien d'autrui constituent un fondement traditionnel de répression pénale dès lors qu'elles se commettent hors d'un contexte familial particulier. L'existence de ce contexte forme cependant un obstacle exceptionnel à leur répression. Le lien de famille joue alors le rôle de facteur négatif de l'application du droit répressif. L'immunité familiale patrimoniale opère finalement à l'inverse de celle qui se fonde sur l'affection familiale puisque « tout en laissant subsister l'infraction, [elle] met à l'abri de la répression l'auteur de certaines infractions contre les biens commises contre un membre de son groupe familial »¹⁸²⁰. Si, malgré son évolution, le domaine d'action recouvert par cette institution reste empreint d'une certaine stabilité, son régime juridique occasionne à l'inverse de multiples controverses. Le premier a en effet su s'adapter à l'évolution sociale et à la mutation des structures familiales, et présente en ce sens une certaine stabilité pratique quand le second, qui se rapporte davantage à sa nature théorique, se caractérise par la versatilité qui entoure la polémique qu'il suscite. À la stabilité pratique qui entoure le domaine d'application évolutif de l'immunité familiale patrimoniale (§1) répond paradoxalement la permanence de sa versatilité théorique qui se manifeste à travers une nature incertaine (§2).

§1. Le domaine d'application évolutif de l'immunité familiale patrimoniale

568. - L'immunité familiale patrimoniale se caractérise par sa permanence historique. Son application pratique manifeste une grande stabilité temporelle au sein de laquelle son domaine d'action a paradoxalement fortement évolué. Si elle s'inscrit dans la durée et transcende les frontières du temps, l'immunité familiale d'ordre matériel a dû s'adapter à l'objet qu'elle appréhende. Puisqu'elle se fonde exclusivement sur l'existence du lien familial à l'occasion duquel se produisent les infractions qu'elle concerne, les immunités patrimoniales reconnues par le droit répressif dépendent directement de la notion de famille. À partir du moment où cette dernière est par essence évolutive et adaptable au contexte social dans lequel elle évolue, il est logique que les contours de l'immunité qui en découle ne soient pas fixes et expriment une mobilité identique à celle de l'objet qu'elle saisit. Contrairement à ce qui est à l'œuvre au sujet de l'adaptabilité de l'immunité familiale affective¹⁸²¹, le droit pénal ne semble cependant pas prendre toute la mesure de cette mutation quand il se retire face à un obstacle matériel. L'immunité familiale patrimoniale reste en effet cantonnée au strict cadre de la famille et ne bénéficie jamais à des protagonistes qui lui sont extérieurs. Elle a en outre uniquement vocation à s'appliquer au préjudice exclusivement familial et ne peut exister dès que l'intérêt

¹⁸²⁰ *Ibid.*

¹⁸²¹ V. *supra*, n° 541 et s.

d'un tiers est lésé dans le même temps que celui du membre de la famille victime de l'infraction¹⁸²². L'étude de son domaine d'application révèle en outre une conception beaucoup plus rigoureuse et moins autonome du lien de famille qui fonde l'absence de poursuite des infractions considérées.

569. - À l'origine uniquement reconnue pour l'infraction de vol et au bénéfice de personnes déterminées¹⁸²³, l'immunité familiale patrimoniale a été conservée par le droit positif. Son domaine d'application a cependant subi quelques modifications qui se retrouvent tant du côté de la liste des infractions qu'elle appréhende que de celui des personnes qu'elle concerne. Si le mécanisme est ancien, sa rédaction actuelle résulte de nombreux changements. Le domaine infractionnel textuellement appréhendé par l'ancienne rédaction de l'immunisation était entendu très strictement. Toutefois, la jurisprudence avait factuellement étendu son application aux autres infractions relatives aux atteintes aux biens qui lésaient uniquement les intérêts de la famille. Le législateur a depuis lors consacré ces extensions prétoriennes. Le domaine infractionnel recouvert par les textes est néanmoins plus restreint que celui qui était appréhendé par la jurisprudence. Si l'analyse sémantique prêche à conclure à l'extension du domaine infractionnel théoriquement recouvert par l'immunité familiale patrimoniale, il semble réduit par rapport à celui qui résultait de la pratique jurisprudentielle.

570. - La liste des destinataires concernés par le bénéfice de cette immunité s'est en outre adaptée au resserrement de l'institution familiale, mais s'émancipe dans le même temps de l'éclatement de ses structures. Partant, le législateur qui perçoit l'immunité familiale d'ordre matériel démontre « une conception restreinte du groupe familial ainsi que des délits concernés par cette immunité »¹⁸²⁴. Il est en définitive possible d'affirmer qu'« en ce domaine, il ne prend donc en compte que partiellement l'évolution de la structure familiale »¹⁸²⁵. Le principe de l'immunisation de l'auteur de l'atteinte à la propriété qui se

¹⁸²² *Cass. crim.*, 4 décembre 1974, *Bull. crim.*, n° 361. V. dans le même sens les développements de G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », *art. préc.*, qui considèrent que le fondement familial de l'immunité induit le principe d'un préjudice exclusivement personnel à la victime et qu'il ne suffit pas que l'objet soustrait appartienne à la victime, qui doit en outre en posséder la propriété exclusive sans qu'aucun droit ne bénéficie à un tiers.

¹⁸²³ *V. C. pén.*, art. 380 (ancien) qui disposait que ne pouvaient « donner lieu qu'à des réparations civiles les soustractions commises », notamment « par des maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé », « par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères ou mères ou autres ascendants, par des pères ou mères ou autres ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants », ainsi que « par des alliés aux mêmes degrés, à condition que les soustractions soient commises pendant la durée du mariage et en dehors d'une période pendant laquelle les époux sont autorisés à vivre séparément ». Ces dispositions prévoyaient enfin que « tous autres individus qui auraient recelé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés » étaient punis comme coupables de recel.

¹⁸²⁴ G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », *art. préc.*

¹⁸²⁵ *Ibid.*

commet dans le cadre familial persiste au cours du temps. L'application de cette institution évolue néanmoins en demi-teinte et s'apparente à un resserrement général puisqu'elle affiche désormais un domaine infractionnel étendu (A), mais révèle dans le même temps un domaine personnel restreint (B).

A. Un domaine infractionnel étendu

571. - L'immunité familiale patrimoniale est actuellement conçue comme celle qui ne peut donner lieu à des poursuites pénales et concerne par principe le vol commis par une personne au préjudice de son ascendant, de son descendant ou de son conjoint, sauf pour ce dernier cas lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément¹⁸²⁶. Puisque dans sa rédaction antérieure, le texte faisait directement référence aux objets volés quand il était question de la répression du recel¹⁸²⁷, le principe de l'interprétation stricte de la règle répressive conduisait à conclure que l'immunité s'appliquait uniquement à l'infraction de vol¹⁸²⁸. La référence plus globale aux soustractions¹⁸²⁹ avait cependant mené la jurisprudence à étendre dans les faits l'application de cette immunité à toutes les infractions qui s'analysaient comme des atteintes à la propriété, au titre desquelles figuraient l'escroquerie¹⁸³⁰, l'abus de confiance¹⁸³¹, le chantage¹⁸³² et l'extorsion¹⁸³³, et à assimiler le

¹⁸²⁶ V. C. pén., art. 311-12.

¹⁸²⁷ C. pén., art. 380, al. 5 (ancien).

¹⁸²⁸ L'immunité appréhendait à la fois le vol simple et le vol aggravé. V. *Cass. crim.*, 8 octobre 1853, *Bull. crim.*, n° 492. Si le vol était accompagné d'une circonstance aggravante qui constituait une infraction autonome distincte non couverte par l'immunité, cette infraction pouvait être poursuivie séparément alors qu'il pouvait lui-même constituer la circonstance aggravant une autre infraction. V. *Cass. crim.*, 17 juillet 1976, *Bull. crim.*, n° 257 à propos du vol immunisé qui aggrave un homicide volontaire. Le nouveau mode de fonctionnement de l'immunisation qui s'étend sur tous les textes répressifs classés dans la section correspondant à l'infraction considérée a en outre pour effet d'inclure dans son champ le vol et l'extorsion aggravés alors que l'immunité ne joue traditionnellement à l'égard d'une circonstance aggravante que si elle ne constitue pas une infraction distincte, ce qui peut ou non être le cas en l'espèce. V. en ce sens *Cass. crim.*, 3 août 1901, *Bull. crim.*, n° 226. Il est par conséquent intéressant de remarquer que cette modification étend paradoxalement le champ d'application d'une immunité que le législateur cherche à amoindrir. Le rapport entre l'immunité familiale et la circonstance qui aggrave l'infraction immunisée n'est pas toujours évident à saisir puisqu'il peut en outre dépendre de la vision unitaire ou séparatiste de l'ensemble que l'infraction forme avec la circonstance aggravante. V. not. à ce propos les écrits de C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 55, 2006, n° 538, p. 374. La première de ces visions appelle à sceller le sort de la cause d'aggravation sur celui de l'infraction alors que la seconde permet la dissociation. V. enfin les développements de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 74, p. 97, note 238, qui critiquent l'incertitude entourant le domaine matériel de l'immunité patrimoniale quand elle est susceptible de s'appliquer « à des infractions contre les bien réalisées – pour l'extorsion – ou aggravées – pour le vol – par la violence » et remarquent que « si les dégradations n'ont ainsi logiquement jamais été concernées par les immunités familiales, l'extension explicite de ces immunités aux infractions d'extorsion ou de chantage est très critiquable ». V. dans le même sens M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2014, n° 304, p. 342.

¹⁸²⁹ C. pén., art. 380, al. 1 (ancien).

¹⁸³⁰ *Trib. corr. Seine*, 11^e ch., 27 décembre 1946, *Gaz. Pal.*, 1947, 1, p. 72.

régime du recel de choses à celui des infractions qui en étaient à l'origine. L'extension du domaine infractionnel, d'abord réalisée par la jurisprudence au profit des infractions qui protégeaient une valeur sociale identique à celle atteinte par le vol, a par la suite été corroborée par le législateur répressif, qui est venu entériner légalement ces décisions. L'évolution du domaine infractionnel recouvert par l'immunité familiale patrimoniale n'est cependant pas linéaire et s'insère dans une dynamique de flux et de reflux. Le champ infractionnel de cette immunité s'inscrit dans une tendance décroissante globale puisque l'extension originelle (1) a laissé place à un amoindrissement significatif (2).

1. L'extension originelle du domaine infractionnel de l'immunité familiale patrimoniale

572. - Chaque délit concerné par l'immunité familiale patrimoniale est désormais couvert par cette dernière au sein d'une disposition qui renvoie spécifiquement à l'article concernant l'immunité applicable au vol. Les infractions d'extorsion¹⁸³⁴, de chantage¹⁸³⁵, d'escroquerie¹⁸³⁶ et d'abus de confiance¹⁸³⁷ sont toutes constitutives d'appropriations frauduleuses qui se commettent matériellement, juridiquement ou par l'intermédiaire d'un détournement. Le recel de choses, qui était parfois considéré comme une infraction susceptible d'immunisation par la jurisprudence, a cependant été exclu de la liste des infractions concernées par le jeu de l'immunité patrimoniale, semblablement à ce qui était précisé par la rédaction antérieure¹⁸³⁸. Le mutisme dont le nouveau texte fait preuve à l'égard du cas spécifique du tiers receleur se comprend par le fait que l'immunité est désormais prévue dans chaque infraction. Or, elle n'est nullement évoquée sous les dispositions relatives au recel. La solution est tout à fait rationnelle puisque le tiers receleur n'est inscrit avec la victime dans aucun des liens de famille évoqués à l'égard des bénéficiaires de l'immunité.

573. - L'exclusion du recel du domaine recouvert par l'immunité familiale d'ordre matériel peut provenir de la dangerosité particulière que présente cette infraction par rapport aux autres appropriations frauduleuses. Le recel prend le visage d'une infraction de conséquence ne pouvant exister en l'absence d'une appropriation frauduleuse originelle et se fonde

¹⁸³¹ *Cass. crim.*, 4 janvier 1930, *Bull. crim.*, n° 5.

¹⁸³² CA Chambéry, 16 octobre 1958, *RSC*, 1959, p. 379, obs. P. BOUZAT.

¹⁸³³ *Cass. crim.*, 8 février 1840, *Bull. crim.*, n° 51.

¹⁸³⁴ C. pén., art. 312-9.

¹⁸³⁵ C. pén., art. 312-12, al. 2.

¹⁸³⁶ C. pén., art. 313-3, al. 2.

¹⁸³⁷ C. pén., art. 314-4.

¹⁸³⁸ V. en ce sens C. pén., art. 380, al. 5 (ancien). V. aussi *Cass. crim.*, 16 juillet 1857, *Bull. crim.*, n° 269 ; *Cass. crim.*, 9 mars 1917, *Bull. crim.*, n° 73 et *Cass. crim.*, 21 février 1952, *Bull. crim.*, n° 55.

nécessairement sur cette dernière qui en constitue une condition préalable. En ce qu'il reste commis dans le but de retirer un profit particulier de la détention ou de la transmission de la chose obtenue frauduleusement, le recel transcende la stricte atteinte à la propriété d'autrui. S'il se commet sur un bien appartenant originellement à un membre de sa famille, le recel a en outre pour effet de faire sortir la chose de la sphère familiale et profite souvent simultanément à un tiers au cercle familial. Il arrive cependant parfois que l'auteur de l'infraction d'origine soit à la fois le voleur et le receleur de la chose soustraite. Puisque le cumul de ces deux qualifications est juridiquement impossible, l'auteur de l'infraction bénéficie alors de l'immunité en tant que voleur même s'il a retiré un profit supplémentaire grâce au recel. Cette situation aboutit à contredire les dispositions légales puisqu'elle fait indirectement entrer le recel dans le domaine de l'immunité. Elle se rencontre cependant dans des cas très résiduels et la cohérence juridique ne peut mener à la traiter autrement. Dans le cas où le receleur diffère de l'auteur de l'infraction d'origine, le comportement ne peut plus légitimement bénéficier de la solidarité familiale qui justifie l'absence de poursuites à son encontre lorsqu'il inclut uniquement l'auteur et sa victime unis par un lien de famille. Le recel présente en outre une dangerosité sociale particulière lorsque les infractions qui en sont à l'origine sont souvent commises dans la perspective de son existence¹⁸³⁹.

574. - En vertu de toutes ces considérations, le recel et les infractions voisines des appropriations frauduleuses sont légitimement exclus de la sphère des infractions concernées par l'immunité familiale patrimoniale en ce qu'elles n'ont pas pour objet direct, principal ou exclusif une atteinte au droit de propriété. En effet, la cohérence appelle le fait que « l'esprit de la loi ne doit pas s'étendre au-delà des appropriations frauduleuses »¹⁸⁴⁰. La proximité du recel de choses avec les infractions concernées par l'immunité familiale d'ordre matériel pourrait toutefois mener la jurisprudence à renouer avec la solution antérieure si l'assimilation de cette infraction au comportement dont elle est la conséquence prime la nécessité de la répression, ce qui peut être le cas en présence d'un recel qui se commet par un membre de la famille sur une chose frauduleusement soustraite par un autre membre de la famille. Ce cas reste cependant trop spécifique pour pouvoir fonder une solution générale. L'exclusion du recel de choses est néanmoins étonnante dans la mesure où il était unanimement inclus dans le domaine de l'immunité par la jurisprudence qui était bien plus réticente à la prise en compte des infractions de chantage et d'extorsion, pourtant directement entérinées par le législateur. Le mouvement apparent de flux au sein duquel s'est intégré le domaine infractionnel de l'immunité familiale patrimoniale a récemment subi un reflux significatif qui est venu corroborer une application d'ores et déjà amoindrie en réalité.

¹⁸³⁹ V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, op. cit., n° 230, p. 266 qui rappelle l'adage selon lequel « c'est le receleur qui fait le voleur ».

¹⁸⁴⁰ G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », art. préc.

2. L'amointrissement significatif du domaine infractionnel de l'immunité familiale patrimoniale

575. - En ce qu'elle s'étend désormais textuellement à l'ensemble des appropriations frauduleuses strictement entendues par l'intermédiaire d'une référence spécifique au texte de principe, l'immunité comprend donc un plus grand nombre de comportements que ceux qui étaient exclusivement visés auparavant. En ce sens, il est possible de considérer que son domaine infractionnel est théoriquement supérieur et de conclure à une large extension de la liste des infractions dont la poursuite peut être empêchée par une immunité familiale¹⁸⁴¹. Ces dernières étaient cependant d'ores et déjà appréhendées par l'immunité en pratique et la nouvelle version exclut le recel de son champ d'application. Il est alors plus juste de remarquer que l'immunité familiale d'ordre patrimonial s'étend factuellement sur un nombre de comportements plus faible que ceux qu'elle encadrerait auparavant et d'affirmer que son domaine infractionnel est en réalité faussement étendu par rapport à la pratique antérieure. Le domaine des comportements recouverts par l'immunité familiale patrimoniale a en outre subi une restriction récente issue de la réforme renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs¹⁸⁴². Cette dernière a en effet eu pour objet de limiter fortement le domaine de l'immunité en insérant dans la définition de l'immunité qui concerne le vol un nouvel alinéa selon lequel « les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque le vol porte sur des objets ou documents indispensables à la vie quotidienne de la victime, tels que des documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement »¹⁸⁴³.

576. - Non seulement cantonnée à certains types d'infractions, l'immunité familiale patrimoniale se trouve en outre limitée par les objets sur lesquels portent ces dernières. La liste des choses concernées par l'appropriation frauduleuse qui ne peut être poursuivie quand elle se commet dans un contexte familial particulier est longtemps restée illimitée. Par conséquent, « tout objet susceptible d'être soustrait était concerné »¹⁸⁴⁴. L'exclusion du domaine de l'immunité familiale patrimoniale des objets indispensables à la vie quotidienne a pour conséquence de réduire drastiquement le domaine recouvert par le comportement susceptible d'être immunisé et accentue réellement la tendance à l'amenuisement de cette catégorie d'obstacles aux poursuites répressives. Loin d'être exhaustive, la liste des objets énumérés est par nature inachevée. Le vocable utilisé démontre en effet la volonté de désigner

¹⁸⁴¹ V. en ce sens M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, op. cit., n° 304, p. 342, qui remarque que cette liste a été étendue par le Code pénal actuel.

¹⁸⁴² L. n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* n° 81 du 5 avril 2006, p. 5097.

¹⁸⁴³ C. pén., art. 311-12, al. 4.

¹⁸⁴⁴ W. JEANDIDIER, « Vol », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 311-1 à 311-16, Fasc. 20, 2014, n° 151.

ce qui est semblable à, et la référence aux « documents d'identité, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger », ou aux « moyens de paiement » relève nécessairement de l'exemple. Intrinsèquement incomplète, cette liste a donc vocation à être étendue et adaptée. Elle peut concerner tout objet dès lors qu'il est considéré comme indispensable à la vie courante de la victime.

577. - Le principe de la stricte interprétation de la règle répressive empêche désormais toute extension jurisprudentielle de l'immunité familiale patrimoniale à d'autres infractions. Les dispositions qui exceptent l'application de l'immunité sont à l'inverse susceptibles d'être étendues à tout objet essentiel à la vie courante de la victime. Il est en définitive possible d'affirmer que le domaine infractionnel qu'elle recouvre évolue conformément à une diminution de son application. Dès lors qu'elle a lieu dans le cadre d'un lien familial particulier dont l'existence doit être appréciée au moment de la commission des faits¹⁸⁴⁵, l'infraction qui entre dans le domaine d'application resserré par le législateur ne peut être pénalement poursuivie. Le domaine infractionnel qu'elle recouvre est incontestablement restreint dans son acception contemporaine. Toutefois, le principe même de la consécration juridique des solutions jurisprudentielles peut être mis en cause dans la mesure où le milieu familial est très propice aux influences et aux pressions notamment nécessaires à l'escroquerie, au chantage et à l'extorsion. L'inclusion de comportements dont la constitution nécessite par essence la réunion de telles circonstances peut dès lors être critiquée dans la mesure où l'affection qui caractérise le contexte familial exacerbe naturellement ces emprises et rend leur constatation authentique très délicate.

578. - Le phénomène d'amoindrissement qui entoure actuellement le domaine infractionnel de l'immunité peut finalement amorcer un changement dans l'orientation de la politique criminelle. À force de multiplier les exceptions à l'immunisation, cette dernière peut inverser son action et remettre en cause les fondements de l'immunité patrimoniale. Les atteintes aux biens qui se commettent dans le contexte familial sont en effet susceptibles de manifester une dangerosité particulière quand elles se produisent de façon occulte et peuvent dans le même temps constituer un intermédiaire à l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne. La protection de la vulnérabilité du membre de la famille pourrait donc mener le

¹⁸⁴⁵ Si la règle répressive veut classiquement que les éléments constitutifs de l'infraction s'apprécient au moment de la commission des faits, cette solution n'a pas toujours été appliquée au sujet de l'immunité familiale patrimoniale, qui a parfois pu être reconnue dans le cas d'un lien de famille établi postérieurement à l'infraction. V. en ce sens CA Lyon, 8 décembre 1885, *DP*, 1886, n° 2, p. 97, note R. GARRAUD. Le jour du jugement n'est désormais plus pris en compte par la jurisprudence, qui apprécie l'application de l'immunité au jour de la commission des faits. V. toutefois les développements de W. JEANDIDIER, « Vol », *préc.*, n° 153 qui remarque que « l'établissement *post delictum* d'un lien de filiation, légitime ou naturelle, relativise cette solution de principe en raison de son effet rétroactif, sous réserve bien entendu de la chose jugée au pénal avant cet établissement ».

droit à restaurer la répression. Ce phénomène serait particulièrement intéressant quand ce qui constitue actuellement un obstacle à son application est susceptible d'en devenir un fondement. L'extension légale du domaine infractionnel recouvert par l'immunité familiale patrimoniale s'assimile en tout état de cause à une diminution des cas appréhendés par la pratique. Cette restriction factuelle s'ancre finalement dans un processus limitatif global puisqu'elle fait écho à celle qui caractérise effectivement son domaine personnel.

B. Un domaine personnel restreint

579. - L'ancien régime de l'immunité prévoyait que les soustractions qui ne pouvaient donner lieu à des réparations civiles étaient celles commises « par des maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux décédé », « par des enfants ou autres descendants au préjudice de leurs pères ou mères ou autres ascendants, par des pères ou mères ou autres ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants » ainsi que « par des alliés aux mêmes degrés, à condition que les soustractions soient commises pendant la durée du mariage et en dehors d'une période pendant laquelle les époux sont autorisés à vivre séparément ». La nouvelle rédaction de l'immunité prévoit que ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol – et par extension toutes les atteintes à la propriété précédemment évoquées qui renvoient à cette incrimination – commis par une personne « au préjudice de son ascendant ou de son descendant » ou « au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément ». L'institution familiale auparavant concernée par le régime personnel de l'immunité patrimoniale englobait beaucoup de protagonistes et correspondait à la vision linéaire de la famille élargie qui gouvernait alors majoritairement la société. Elle bénéficie désormais d'un encadrement plus strict puisque le domaine personnel qu'elle recouvre est plus limité. L'immunité familiale patrimoniale souffre d'une portée personnelle bien plus étroite que celle qu'elle a pu recouvrir auparavant. La liste de ses bénéficiaires et des personnes concernées par le lien de famille qui joue comme un obstacle matériel à la poursuite de l'acte infractionnel est en effet amoindrie.

580. - La limitation du domaine personnel de l'immunité familiale patrimoniale se manifeste en premier lieu par le fait que, si les époux sont toujours concernés, il n'est plus question de faire jouer le bénéfice de l'immunité postérieurement au décès de l'un d'eux. Dans son ancienne rédaction, l'immunité couvrait les soustractions commises par une personne veuve à l'égard des choses ayant appartenu à l'époux décédé. L'immunité survivait dès lors à la mort du conjoint malgré la rupture factuelle et juridique du lien conjugal. Puisque « les

convenances par-delà la mort n'ont plus la force d'antan »¹⁸⁴⁶, seules les personnes vivantes sont maintenant impliquées dans le jeu de l'immunité familiale d'ordre matériel. Le décès de l'un des époux qui a pour effet la dissolution du mariage¹⁸⁴⁷ entraîne dans le même temps l'absence d'application de l'immunité. Le bénéfice de cette dernière se trouve alors cantonné aux époux en vie.

581. - Le champ personnel de cet obstacle aux poursuites a par ailleurs dû s'adapter à l'évolution des structures familiales et à l'augmentation du nombre de divorces et de situations conflictuelles au sein du couple. Partant, l'immunité ne s'applique plus lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément alors qu'elle pouvait originellement jouer dans ces circonstances uniquement quand le divorce lui faisait échec. Le droit du divorce est pris en compte par le droit répressif qui appréhende le lien familial en tant qu'obstacle aux poursuites de l'infraction portant atteinte à la propriété. L'immunité s'émancipe en ce sens du lien matrimonial pour se fonder davantage sur l'effectivité de la communauté de vie qui existe entre les époux. Dès lors que ces derniers sont judiciairement exonérés du respect de cette obligation, ils ne peuvent plus bénéficier de l'immunité familiale patrimoniale¹⁸⁴⁸. Si la notion de séparation de corps n'est pas sujette à interprétations, il en va différemment pour la référence à la résidence séparée. Des hésitations peuvent émerger pour savoir s'il y a lieu d'opérer une distinction entre l'autorisation donnée aux deux époux simultanément, à l'image de celle qui émane des mesures accessoires de l'ordonnance de non-conciliation, et celle octroyée à un seul d'entre eux, comme dans le cadre d'une mesure provisoire d'urgence¹⁸⁴⁹. Si la question a eu le mérite d'être posée, la réponse paraît cependant évidente quand « l'immunité familiale ne peut trouver application entre époux lorsque ceux-ci ont été autorisés à résider séparément, sans qu'il y ait lieu d'opérer, entre les décisions qui prévoient cette autorisation, une distinction que l'article 311-12 du Code pénal ne permet pas »¹⁸⁵⁰. L'inverse aurait en effet mené à distinguer à l'endroit où le texte ne le fait pas, ce qui n'est guère souhaitable quand le principe de l'interprétation stricte interdit notamment au juge d'ajouter aux dispositions de la norme pénale. L'exclusion des époux qui ne cohabitent plus du régime de l'immunité se comprend finalement logiquement quand l'absence de communauté de vie entraîne normalement celle de la gestion commune juridique ou factuelle des biens communs ou personnels à chaque époux.

¹⁸⁴⁶ W. JEANDIDIER, « Vol », *préc.*, n° 149.

¹⁸⁴⁷ V. C. civ., art. 227 qui dispose notamment que le mariage se dissout par la mort de l'un des époux.

¹⁸⁴⁸ L'immunité est aussi exclue dans le cas où l'autorisation résulte d'une mesure d'urgence et est dépourvue de tout caractère contradictoire ou définitif. V. *Cass. crim.*, 14 décembre 1999, *Bull. crim.*, n° 303.

¹⁸⁴⁹ V. C. civ., art. 257.

¹⁸⁵⁰ J. BUISSON, « L'immunité familiale ne peut s'appliquer quand les époux sont autorisés à résider séparément », *Procédures*, 2000, n° 4, p. 18, comm. sous *Cass. crim.*, 14 décembre 1999, *Bull. crim.*, n° 303. V. aussi *RTD Civ.*, 2000, n° 2, p. 289, note J. HAUSER.

582. - L'émancipation est cependant loin d'être totale puisque le droit répressif reste cantonné au lien de couple conjugal et restreint en ce lieu la notion de couple au lien matrimonial en excluant expressément les liens de partenariat et de concubinat¹⁸⁵¹. Le principe de l'interprétation stricte de la norme pénale interdit d'inclure les partenaires et les concubins dans le terme de conjoint, qui se rapporte uniquement aux époux. Cette proscription peut sembler paradoxale quand l'immunité familiale affective s'étend au partenaire ou au concubin à travers la notion de vie maritale notoire et quand le législateur manifeste une vision élargie et autonome du lien de couple dès qu'il s'agit d'en protéger les protagonistes. Cette disparité de régimes peut en partie s'expliquer par la différence de fondement des immunités familiales. En effet, le lien matrimonial est le seul qui inclut un rapprochement juridique entre les patrimoines des membres du couple. Cette conséquence peut dès lors expliquer le fait que les partenaires et les concubins soient exclus du champ d'application de l'immunité familiale d'ordre patrimonial¹⁸⁵². Si cette analyse est pertinente, elle a cependant le défaut de laisser de côté la réalité que constituent les rapprochements factuels entre les patrimoines des partenaires et des concubins. L'absence de régime matrimonial entre les partenaires et les concubins ne peut en outre constituer le fondement principal de l'exclusion de l'immunité puisque cette dernière s'applique aussi entre ascendants et descendants qui ne disposent pas d'un tel régime entre eux¹⁸⁵³. Le choix répressif, qui refuse d'intégrer les liens de couple extramatrimoniaux dans le domaine de l'immunité familiale patrimoniale, laisse finalement perplexe par rapport à l'évolution sociale et semble surprenant quand l'immunité subsiste en cas de séparation de fait. La répression qui refuse notamment d'intégrer le lien de partenariat dans le domaine personnel de l'immunité familiale patrimoniale ne se comprend guère à l'heure où elle considère classiquement les extensions modernes de la famille¹⁸⁵⁴. La divergence qui existe à ce propos entre les deux catégories d'immunités peut cependant s'expliquer par leur différence de fondement. L'affection existe en effet comme un dénominateur commun à tous les liens de couple. Contrairement au régime patrimonial, elle n'a pas besoin d'être légalement instituée pour caractériser l'union de deux personnes. Dès lors, le couple appelle nécessairement l'affection

¹⁸⁵¹ V. CA Paris, 27 juin 2001, n° 2001-159063.

¹⁸⁵² V. en ce sens les développements de D. DECHENAUD, *L'égalité en matière pénale*, op. cit., n° 193, pp. 131 et s. : « puisque le particularisme de la situation réside dans la confusion des patrimoines au sein d'une famille, il n'y a rien d'inégalitaire à en réserver le bénéfice aux seuls individus ayant un lien de parenté très étroit avec la victime de l'infraction ». L'auteur considère que l'exclusion du partenaire et du concubin s'explique de la même manière et que leur intégration « constituerait un privilège injustifié, car leur situation n'a rien de particulier ».

¹⁸⁵³ Dans le sens de cette argumentation, v. Fr. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G*, 2000, I, n° 48, p. 275 ; J. AMAR, « PACS et immunités familiales », *Dr. pén.*, 2000, chron. 32 et A. BOURRAT-GUEGUEN, « Les incidences du PACS en droit pénal », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé, Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI*, 2002, p. 213.

¹⁸⁵⁴ Pour le constat et la critique de cette absence de prise en compte, v. Fr. ALT-MAES, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *art. préc.* ; J. AMAR, « PACS et immunités familiales », *art. préc.* et A. BOURRAT-GUEGUEN, « Les incidences du PACS en droit pénal », *art. préc.*

quand il n'inclut pas automatiquement une institutionnalisation de la gestion des biens communs et individuels.

583. - Si l'exclusion des concubins se comprend en ce qu'ils ne bénéficient d'aucun régime patrimonial, ce qui rend leur union trop instable pour être reconnue au titre de la sauvegarde du patrimoine familial, celle des partenaires est en revanche bien plus contestable quand ils sont légalement tenus à une solidarité matérielle assimilable à celle qui incombe aux époux. Le rejet du lien de concubinat est cependant discutable si l'immunité familiale patrimoniale se fonde davantage sur la communauté de vie que sur le lien de droit qui existe entre les membres du lien de couple. Dès lors, « ce fondement plus factuel justifierait sans doute une extension de l'immunité aux partenaires du PACS, qui suppose également une vie commune »¹⁸⁵⁵. Ce critère serait en effet bien plus propice à encadrer les appropriations frauduleuses, qui se commettent dans le cadre du couple au sein duquel la solidarité patrimoniale est souvent factuellement présente, quelle que soit la forme de l'union. L'interprétation analogique favorable traditionnellement acceptée par la jurisprudence pourrait en outre inciter le législateur à étendre le bénéfice de l'immunité d'ordre matériel, en incluant tout au moins le lien de partenariat dans le domaine personnel de l'immunité familiale patrimoniale. Cette extension aurait en outre pour effet d'harmoniser l'étendue recouverte par le lien familial qui fonde, même accessoirement, la répression pénale avec celle de celui qui fait obstacle à son application. Cela aurait le mérite d'uniformiser l'appréhension répressive du lien de famille à l'endroit où il est illogique que l'extension fondatrice réponde à la restriction annihilatrice. Ce constat peut cependant être relativisé quand la gravité intrinsèque aux infractions pour lesquelles le lien familial agit comme un fondement ou une cause d'aggravation justifie la largesse du lien de famille considéré. Dans le cas du retrait de la répression, l'amoindrissement de la valeur sociale atteinte par l'infraction immunisée justifierait alors celui du lien de famille concerné.

584. - La réduction du domaine personnel de l'immunité familiale patrimoniale s'exprime par ailleurs à travers le rejet de la prise en compte des alliés au même degré, qui étaient impliqués à la condition que les soustractions soient commises pendant la durée du mariage et en dehors d'une période pendant laquelle les époux étaient autorisés à vivre séparément. Il peut être intéressant de remarquer que la condition de communauté de vie qui existait à l'égard des alliés au même degré a été reprise à propos des époux, alors que les alliés ont dans le même temps été exclus de ce domaine. Ce refoulement manifeste l'accord d'une place de choix à la parenté en ligne directe, qui est en outre considérée de façon illimitée au niveau des

¹⁸⁵⁵ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », in *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Actes du XX^e colloque de l'Association Française de Droit Pénal, Cujas, 2012, n° 73, p. 97. V. dans le même sens J. AMAR, « PACS et immunités familiales », *art. préc.*

degrés concernés. Si les ascendants et descendants sont toujours concernés¹⁸⁵⁶, cette double restriction tient compte du resserrement de l'institution familiale et considère les alliés comme trop éloignés pour être inclus dans l'idée de solidarité patrimoniale¹⁸⁵⁷. Les coauteurs et les complices sont également exclus du bénéfice de l'immunité¹⁸⁵⁸, à la condition qu'ils ne soient pas également inclus dans la liste de ses bénéficiaires. La faveur accordée à l'un des participants à l'infraction est en effet indifférente à la situation répressive des autres sur lesquels cette protection ne rejaillit pas. Même si le « législateur contemporain a pris en considération l'évolution de la structure familiale qui s'est traduite par un resserrement du cercle familial »¹⁸⁵⁹, l'analyse de la composition contemporaine du domaine personnel de l'immunité familiale patrimoniale révèle le fait que le droit ne s'adapte pas complètement à l'évolution de la famille et adopte une conception plus étroite que celle qu'il retient pour l'application de l'immunité familiale affective. Dans son versant patrimonial, l'immunité familiale s'exerce en définitive au sein d'un cercle familial restreint uniquement réduit à l'ascendant, au descendant et au conjoint avec qui l'auteur partage une vie commune. Le phénomène de rétrécissement du cercle familial est particulièrement pris en compte par le droit répressif au sujet de cet obstacle à son application quand il relègue au second plan la famille fondée sur l'alliance¹⁸⁶⁰. Cette mise à l'écart peut étonner quand les « rapports fraternels font partie intégrante des relations familiales »¹⁸⁶¹. L'absence d'obligation alimentaire ou de réserve héréditaire entre alliés induit cependant une certaine indépendance. L'égalité émanant de cette autonomie peut dès lors expliquer l'absence d'immunité d'ordre patrimonial. Un parallèle intéressant peut être dressé quand le rapport égalitaire qui justifie

¹⁸⁵⁶ La généralité de la formule appelle à intégrer tous les types de filiations dans le lien de parenté concerné par l'immunité familiale patrimoniale. Dans le cas de l'adoption plénière, l'immunité ne joue plus entre l'adopté et sa famille d'origine avec qui il n'entretient plus de lien juridique. Le cas de l'adoption simple est plus polémique. V. en ce sens les développements de W. JEANDIDIER, « Vol », *préc.*, n° 148. L'auteur remarque que « en cas d'adoption simple, on peut soutenir que l'immunité se limite aux rapports entre adopté et adoptant, car il n'y a pas de lien de parenté entre l'adopté et la famille de l'adoptant » mais que « la thèse inverse est également possible car l'adoption simple entraîne certaines conséquences dans les rapports adopté-famille de l'adoptant, telle une vocation successorale ».

¹⁸⁵⁷ En ce qu'elle restreint le nombre de bénéficiaires de l'immunité, cette disposition se veut plus sévère que la précédente et ne peut dès lors être appliquée aux faits commis antérieurement à son entrée en vigueur. V. *Cass. crim.*, 14 novembre 2007, *Bull. crim.*, n° 281. V. pour l'analyse de cette décision, qui s'oriente vers le caractère procédural de l'immunité, les développements de W. JEANDIDIER, « Vol », *préc.*, n° 150 et n° 156, qui remarque qu'elle « tranche – implicitement – une question débattue, qui est celle de savoir si l'immunité familiale est une règle de fond ou de forme ». Son application uniquement postérieure aux faits qu'elle concerne appelle en effet à trancher en faveur d'une disposition de fond, puisque son caractère purement procédural aurait dû conduire à une application immédiate. *Contra*, v. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. « Thémis », 2015, n° 674, p. 473. V. aussi sur ces interrogations Y. MAYAUD, « Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ? », in *Mélanges G. WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, p. 541.

¹⁸⁵⁸ V. en ce sens *Cass. ch. réunies*, 25 mars 1845, *Bull. crim.*, n° 110 : *D.*, 1845, I, p. 178 à propos de l'exclusion du coauteur.

¹⁸⁵⁹ G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 57.

¹⁸⁶⁰ V. en ce sens Chr. COURTIN, *L'immunité en droit criminel français*, Thèse, Nice, 1999, n° 206.

¹⁸⁶¹ M. TINEL, « La famille en droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 170. V. pour le même constat Chr. COURTIN, *L'immunité en droit criminel français*, *op. cit.*, n° 196.

l'exclusion des collatéraux du bénéfice de l'immunité répond à celui qui engendre leur exclusion du préjudice des circonstances aggravantes¹⁸⁶².

585. - Le choix du législateur pénal qui exclut délibérément les partenaires et les alliés du périmètre familial recouvert par l'immunité d'ordre matériel reste cependant assez contestable et révèle pour certains auteurs une rupture d'égalité devant la loi pénale¹⁸⁶³. Le droit pénal exprime ici encore l'autonomie qui caractérise son action à travers la variabilité du lien familial qui fait obstacle à l'application de la répression. Cette fluctuation se caractérise par le fait que la conception de la famille retenue en matière d'appropriation frauduleuse est plus étroite que celle réservée aux atteintes à l'autorité publique. Cette divergence s'explique peut-être de façon pragmatique quand cette dernière, qui œuvre pour la bonne application de la justice, est considérée comme une valeur sociale fondamentale digne d'une protection supérieure à celle qui doit être accordée aux atteintes au droit de propriété de l'individu. L'étendue du lien familial se mesurerait en ce sens à travers l'importance de la valeur atteinte par l'infraction susceptible d'être immunisée et la conception du lien de famille varierait en fonction du fondement de l'immunité familiale concernée. Ces indécisions appellent à conclure qu'« il n'en reste pas moins que les incohérences du législateur quant à la détermination de son domaine d'application révèlent à quel point ce législateur pénal a du mal à concevoir une politique pénale claire en rapport avec une institution familiale toujours plus difficile à cerner »¹⁸⁶⁴. Le caractère évolutif de l'immunité familiale patrimoniale en révèle finalement « le domaine mouvant et le régime différencié »¹⁸⁶⁵. Les incertitudes qui émanent de l'analyse du domaine d'application infractionnel et personnel de l'immunité familiale patrimoniale se répercutent par conséquent sur sa nature dont la détermination reste incertaine.

§2. La nature incertaine de l'immunité familiale patrimoniale

586. - À l'instar de l'effet engendré par son pendant moral, l'immunité familiale d'ordre matériel fait obstacle à l'effectivité du droit pénal. L'immunité patrimoniale se distingue cependant de son versant affectif au niveau de sa nature juridique. Elle est fondée sur des causes différentes et engendre des conséquences opposées. Si l'immunité familiale d'ordre moral fait disparaître le caractère infractionnel de l'acte, son pendant matériel a pour unique

¹⁸⁶² V. *supra*, n° 310 et s.

¹⁸⁶³ V. en faveur de cette critique M. DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », T. 6, 1987, pp. 163-164.

¹⁸⁶⁴ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 74, p. 97.

¹⁸⁶⁵ V. en ce sens P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 297.

effet de faire entrave à la possibilité de déclencher les poursuites à l'égard d'un acte qui conserve son illicéité. L'agent qui en bénéficie est toujours considéré comme l'auteur d'une infraction, mais ne peut être factuellement réprimé pour son action dès lors qu'elle se commet dans un contexte familial particulier. L'entrave constituée par le lien de famille se contente de bloquer l'application pratique du droit répressif, mais ne fait pas obstacle à l'existence même du fait infractionnel. Puisqu'il encadre désormais une famille entendue de façon restreinte, le régime juridique de l'immunité familiale patrimoniale révèle d'une part l'amenuisement de la gestion privée des conflits familiaux et manifeste d'autre part une tendance à l'amoindrissement du retrait volontaire du droit répressif. Si la peine domestique a définitivement disparu, la tranquillité familiale semble de moins en moins propice à faire céder la mise en pratique du droit répressif. La primauté est désormais accordée à la gestion publique des atteintes au droit de propriété, à travers laquelle le droit pénal affirme de plus en plus son caractère d'ordre public. Le domaine de son retrait est en effet bien plus restreint que par le passé et son régime juridique reflète encore plus vigoureusement l'instabilité qui entoure son domaine d'application. L'analyse du domaine de l'immunité familiale d'ordre matériel révèle un régime juridique controversé (A). L'indétermination qui émane de ce dernier mène alors logiquement à contester son opportunité et à remettre en cause sa légitimité (B).

A. Le régime juridique controversé de l'immunité familiale patrimoniale

587. - L'immunité familiale d'ordre matériel qui s'oriente vers la sauvegarde de la cohésion patrimoniale de la famille a exclusivement vocation à s'appliquer aux infractions qui portent atteinte au droit de propriété. Puisqu'elle s'exerce uniquement dans le domaine des appropriations frauduleuses qui se commettent en famille, les immunités familiales patrimoniales ont souvent été assimilées à l'idée de copropriété familiale. Cette dernière se présente cependant comme une fiction qui justifie faussement leur existence (1) à l'endroit où ces immunités résultent en réalité de pures considérations sociales (2) et engendrent des effets juridictionnels consensuels (3).

1. Une immunité faussement justifiée par la fiction de copropriété familiale

588. - L'idée de copropriété familiale a longtemps été avancée pour justifier leur fondement¹⁸⁶⁶. Il peut en effet être très délicat de déterminer avec certitude l'appartenance d'un bien au sein de l'espace familial qui a par essence vocation à la mise en commun juridique ou factuelle des possessions de chacun. Dès que l'infraction touche au droit de propriété de l'un des membres du cercle familial concerné, le droit répressif refuse alors d'intervenir. Quand il se retire, le droit pénal attribue un caractère illégitime au règlement de conflits qui ont trait à la gestion interne du patrimoine volontairement communautarisé par les membres de la famille. La communauté de vie familiale, qui existe non seulement entre les ascendants et les descendants, mais aussi entre les membres du couple, fait parfois peser une sorte d'incertitude dans l'esprit des individus quant à la détermination spécifique de la propriété des biens. Dans ce contexte, l'auteur de l'appropriation n'a pas conscience de son caractère frauduleux puisqu'il croit exercer son propre droit de propriété à l'égard de la chose soustraite¹⁸⁶⁷. Quand il ne s'applique pas à l'endroit où l'individu a légitimement cru exercer un droit dont il dispose, le droit pénal pardonne son inattention à l'auteur peu diligent. Ce dernier sera d'ailleurs la plupart du temps à l'origine directe de la restauration de la cohésion patrimoniale qui a été imprudemment rompue par son fait.

589. - La situation est différente lorsque le législateur répressif choisit de ne pas intervenir alors que l'auteur de l'appropriation a tout à fait conscience du caractère frauduleux de son action qui est facilitée par le contexte familial dans lequel elle se produit. Le droit répressif délaisse ici l'atteinte à la propriété pour préserver la cohésion familiale alors que l'auteur de l'infraction va délibérément à son encontre et se place à son tour en acteur direct du maintien de la solidarité familiale patrimoniale. Si ce constat peut étonner à l'endroit où l'ordre public devrait conduire à la répression, la gravité relative de la valeur atteinte justifie cependant la priorité accordée à la survivance du lien de famille, qui participe indirectement à celle de la paix sociale. Le repli dont le droit répressif fait preuve à l'égard de la protection des atteintes à la propriété qui se commettent en famille est en outre compensé par le maintien de son application lorsque la soustraction porte sur des objets ou documents indispensables à la vie quotidienne de la victime. En marge de l'utilité démontrée de cette disposition dans le processus de lutte contre l'exploitation de la dignité de la personne, notamment étrangère, l'exception se conçoit aisément quand il devient impossible de se méprendre sur l'appartenance de telles choses et quand leur soustraction témoigne d'une gravité intrinsèque

¹⁸⁶⁶ V. les développements de W. JEANDIDIER, « Vol », *préc.*, n° 146. L'auteur remarque que « sous l'Ancien régime on expliquait cette immunité par une sorte de copropriété familiale, portant sur les objets dérobés qui appartiendraient à la famille toute entière ». V. *Cass. ch. réunies*, 25 mars 1845, *Bull. crim.*, n° 110.

¹⁸⁶⁷ V. en ce sens M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, *op. cit.*, n° 257, p. 300.

supplémentaire à celle qui n'entrave pas la vie quotidienne de la victime. À travers cette dérogation, le droit répressif semble finalement avoir trouvé le bon compromis entre retrait automatique et répression absolue.

590. - Le renoncement de la répression à la poursuite des atteintes à la propriété qui se commettent en famille lorsque l'auteur a pleinement conscience du caractère frauduleux de son acte empêche cependant d'adhérer à l'idée de copropriété familiale. Loin de se fonder sur cette dernière, l'effacement du droit répressif a au contraire pour but la sauvegarde de la cohésion de la famille à l'endroit où l'appartenance commune des biens familiaux n'existe pas juridiquement. En effet, l'idée de copropriété familiale est « incorrecte juridiquement dans la mesure où la famille, faute de se voir reconnaître une personnalité propre, n'a pas de patrimoine »¹⁸⁶⁸. La soustraction devrait être logiquement poursuivie même si elle était le fait d'un copropriétaire au sujet d'un bien appartenant à chacun de manière identique. La « fiction de copropriété familiale selon laquelle il existerait une sorte de propriété collective appartenant à la famille et qui empêcherait de considérer comme la soustraction de la chose d'autrui le vol commis au détriment de certains membres du groupe familial »¹⁸⁶⁹ est en réalité inapte à justifier l'immunité familiale patrimoniale dès lors que la famille ne dispose pas d'une personnalité juridique propre¹⁸⁷⁰. Le rejet du concept de propriété commune à la famille a alors mené une partie de la doctrine à considérer que « cette exclusion de poursuites, que l'on a parfois fondé sur l'idée de copropriété familiale, s'explique en réalité par l'idée de décence »¹⁸⁷¹ et amène à penser qu'« en vérité seules des raisons sociales expliquent cet obstacle au jeu normal de la répression »¹⁸⁷².

2. Une immunité réellement justifiée par des raisons sociales

591. - Le législateur qui opte volontairement pour l'absence d'application du droit répressif face aux atteintes à la propriété commises dans le contexte familial agit en réalité en fonction d'un balancement qui existe entre la nécessité de sauvegarder l'institution sociale au sein de laquelle se commet l'atteinte et la valeur sociale touchée par le comportement normalement incriminé. Le retrait du droit répressif résulte d'un véritable choix de politique pénale, orienté

¹⁸⁶⁸ P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.*

¹⁸⁶⁹ G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 55.

¹⁸⁷⁰ Sur la controverse suscitée par la personnalité juridique de la famille, v. *supra*, n° 1.

¹⁸⁷¹ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 845, p. 526. V. dans le même sens Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 5^e éd., 2015, n° 385, pp. 449 et s. ; R. VOUIN, *Droit pénal spécial. Les infractions contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique*, T. 1, Dalloz, 3^e éd., 1971, p. 43.

¹⁸⁷² W. JEANDIDIER, « Vol », *préc.*, n° 146.

vers la primauté de la sauvegarde de la cohésion familiale chaque fois que la valeur sociale sacrifiée présente un seuil de gravité qui le permet. Le comportement délictuel est tout à fait propice à justifier le repli répressif à l'endroit où la cohésion familiale participe de la cohésion sociale qui peut elle-même s'ériger en facteur de lutte contre certains comportements qui présentent une dangerosité sociale supplémentaire. Partant, il est possible d'affirmer que « prenant en considération la réalité sociologique constituée par la solidarité du groupe familial, le législateur a sacrifié le principe de l'application générale de la loi pénale à la nécessité d'assurer la sauvegarde de l'unité morale et patrimoniale de la famille ». Le fondement social de l'immunité patrimoniale fait écho à celui qui caractérise son versant affectif. Si elle vise incontestablement à préserver la paix des familles – à supposer que cette notion ait encore un sens – l'immunité familiale d'ordre matériel présente des fondements incertains. En effet, la paix familiale « peut, soit procéder d'une logique institutionnelle et viser alors à la fois à protéger la famille contre le scandale du procès et à éviter que le procès pénal, en portant atteinte à l'harmonie du groupe familial, cause un trouble social aussi important que la commission de l'infraction, soit procéder d'une logique individuelle et poursuivre moins la protection de la famille et de la société que celle de l'individu et de son droit à une vie familiale paisible »¹⁸⁷³. Entre fondement institutionnel et justification personnelle, l'immunité familiale patrimoniale oscille au sein d'une dichotomie qui ne cesse de susciter la controverse. La logique institutionnelle de l'immunité familiale matérielle fait appel à une raison absolue d'ordre moral qui « repose sur la volonté de ne pas envenimer encore davantage, par une poursuite pénale, une situation familiale à l'évidence déjà perturbée »¹⁸⁷⁴. L'institution de l'immunité patrimoniale révèle en ce sens la volonté d'éviter le scandale que déclencherait les poursuites entre proches, qui attiseraient encore davantage le conflit et la division familiale, et qui ne satisferaient pas pour autant à la vindicte publique¹⁸⁷⁵. L'immunité qui s'applique dans cette optique s'émancipe par conséquent de la notion de privilège pour assurer la protection de la famille dont l'unité et la cohésion doivent être prioritairement préservées¹⁸⁷⁶.

592. - La logique personnelle de l'immunité familiale matérielle appelle, à l'inverse, à la considérer comme une exception péremptoire accordée à une personne en raison d'une qualité particulière et joue à son bénéfice comme une « fin de non-recevoir à l'action publique »¹⁸⁷⁷ à

¹⁸⁷³ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 73, p. 96.

¹⁸⁷⁴ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, *op. cit.*, n° 257, p. 300.

¹⁸⁷⁵ V. en ce sens les développements de M. HERBERT, *L'immunité de l'article 380 du code pénal relative aux soustractions commises entre proches parents*, Thèse, Rennes, 1933, p. 29.

¹⁸⁷⁶ V., en faveur de ce raisonnement, P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.* ; P. COUVRAT, « Le droit pénal et la famille », *RSC*, 1969, p. 807 et É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », T. 37, 2002, n° 368.

¹⁸⁷⁷ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, T. 2, Sirey, 3^e éd., 1913, n° 816, p. 726.

caractère personnel¹⁸⁷⁸. Elle est en ce sens appréhendée au même titre que l'amnistie et la prescription qui repoussent définitivement la possibilité du déclenchement de l'action publique en constatant l'incompétence de la juridiction criminelle. Dans une autre acception, l'immunité peut cependant se détacher de ces dernières institutions. En effet, il est possible de considérer qu'elle ne met pas fin à l'action publique puisqu'elle l'empêche au contraire de naître¹⁸⁷⁹. Elle jouerait à l'égard de l'action publique un rôle identique à celui occupé par l'immunité familiale d'ordre moral envers le caractère illicite de l'acte¹⁸⁸⁰. En ce qu'elle annihile la possibilité même de l'existence de l'action publique et ne met pas fin à son déclenchement préexistant, l'immunité familiale patrimoniale s'émancipe de la fin de non-recevoir pour recouvrir le visage d'un critère négatif de création de l'action publique. Si cette immunité recouvre une dimension personnelle, l'exclusion des poursuites pénales face à un acte qui conserve son caractère illicite serait par conséquent directement liée à la personne de l'auteur et s'écarterait de toute considération pour l'institution familiale au sein de laquelle il évolue. Le débat doctrinal qui entoure la justification de l'immunité patrimoniale emporte en outre de lourdes conséquences pratiques en ce que « le choix d'un fondement, institutionnel ou personnel, ne peut qu'avoir des répercussions sur le domaine de l'immunité, la logique de défense des droits de l'individu justifiant notamment une application assez large de l'immunité, en lien avec la situation familiale de l'individu concerné »¹⁸⁸¹. Le constat de la restriction du domaine d'application personnel de cette immunité familiale¹⁸⁸² œuvre directement en faveur de son fondement institutionnel à l'endroit où le choix du fondement individuel aurait nécessairement conduit à une extension de l'immunité patrimoniale aux partenaires et aux concubins. La limitation conjugale de l'immunité amène à conclure au privilège de son origine institutionnelle.

¹⁸⁷⁸ V., pour la défense de cette conception opposée à la précédente, C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.*

¹⁸⁷⁹ V. en ce sens les développements de W. JEANDIDIER, « Vol », *préc.*, n° 154. L'auteur se fonde sur l'analyse cumulée de l'ancienne règle de l'article 575 du Code de procédure pénale qui affirmait notamment que le pourvoi de la partie civile n'est recevable que si l'arrêt de la chambre d'accusation « a admis une exception mettant fin à l'action publique », à l'instar de ce qui est le cas pour la prescription ou l'amnistie, et de la jurisprudence qui déclarait dans le même temps irrecevable le pourvoi de la partie civile contre l'arrêt de la chambre d'accusation ayant retenu l'immunité familiale. V. *Cass. crim.*, 13 mai 1976, *Bull. crim.*, n° 156. La déduction appelle donc à conclure que l'immunité familiale ne met pas fin à l'action publique.

¹⁸⁸⁰ V. *supra*, n° 504 et s.

¹⁸⁸¹ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 73, p. 96.

¹⁸⁸² V. *supra*, 579 et s.

3. Les effets juridictionnels consensuels de l'immunité familiale patrimoniale

593. - Quel que soit son fondement, l'immunité familiale patrimoniale ne neutralise pas l'infraction et laisse persister le caractère illicite de l'acte¹⁸⁸³. Si ses fondements sont controversés, ses effets juridictionnels font l'objet d'un consensus. La formule antérieure, qui consistait à affirmer que l'application de l'immunité ne pouvait donner lieu qu'à des réparations civiles et qui signifiait pour la jurisprudence que l'agent devait échapper à toute poursuite¹⁸⁸⁴, a été remplacée par une tournure qui affirme que les infractions à l'égard desquelles elle s'applique ne peuvent donner lieu à des poursuites pénales. Le changement reste cependant purement sémantique puisque, si la terminologie est différente, les conséquences sont identiques. L'absence de poursuites répressives entraîne en effet automatiquement l'exclusivité des réparations civiles. En modifiant le vocabulaire employé, le législateur a simplement changé de perspective puisque les deux dispositions agissent comme des corollaires inversés. L'exclusivité des réparations civiles suppose nécessairement l'inexistence de la poursuite pénale quand l'affirmation de l'impossibilité des poursuites entraîne nécessairement le monopole des réparations civiles. La préservation du caractère illicite de l'acte qui ne peut être pénalement poursuivi implique uniquement la possibilité d'obtenir une réparation civile pour le préjudice matériel ou moral qui découle de l'atteinte au droit de propriété. Dès lors que le lien familial opère comme une entrave à la poursuite de l'infraction, l'action civile ne peut être recevable que devant les juridictions civiles. L'infraction peut en outre jouer comme une cause potentielle de divorce pour faute si elle est assimilée à un fait constitutif « d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage »¹⁸⁸⁵. L'ordre public qui caractérise l'immunité emporte enfin l'obligation de la soulever d'office dès sa constatation et l'impossibilité de renoncer à son bénéfice, étant précisé qu'elle peut être invoquée à tous les stades de la procédure et qu'elle s'impose à toutes les juridictions¹⁸⁸⁶. Celui qui invoque le bénéfice de l'immunité doit en dernier lieu rapporter la preuve de son bien-fondé dans le but de « faire échec aux poursuites »¹⁸⁸⁷.

594. - Dès lors qu'elle laisse subsister l'infraction et la culpabilité de l'auteur, l'immunité familiale patrimoniale ne peut être considérée comme une cause légale d'exemption de peine,

¹⁸⁸³ V. *Cass. crim.*, 11 mars 1880, *Bull. crim.* n° 59 ; *Cass. crim.*, 17 février 1945, *Bull. crim.*, n° 50 et *Cass. crim.*, 17 juillet 1976, *Bull. crim.*, n° 257.

¹⁸⁸⁴ *Cass. ch. réunies*, 25 mars 1845, *Bull. crim.*, n° 110 et *Cass. crim.*, 18 avril 1857, *Bull. crim.*, n° 158.

¹⁸⁸⁵ C. civ., art. 242.

¹⁸⁸⁶ Si l'immunité est classiquement soulevée devant les juridictions d'instruction, elle s'impose par ailleurs aux juridictions de jugement qui doivent déclarer l'action publique irrecevable dès le commencement du procès, avant toute défense au fond, et refuser de connaître de l'affaire comme si l'action publique était éteinte. V. *Cass. crim.*, 4 janvier 1930, *Bull. crim.*, n° 5.

¹⁸⁸⁷ *Cass. crim.*, 21 mars 1984, *Bull. crim.*, n° 124.

auparavant qualifiée par le vocable d'excuse absolutoire¹⁸⁸⁸. L'exemption de peine, qui n'empêche classiquement pas d'aller devant les juridictions, s'inscrit en outre dans la poursuite d'une politique criminelle dans laquelle l'« impunité est le salaire d'un acte socialement utile »¹⁸⁸⁹, ce qui n'est pas toujours le cas au sujet de l'immunité qui « cherche simplement à sauvegarder l'unité morale et patrimoniale de la famille et obéit à des préoccupations de convenance et d'humanité »¹⁸⁹⁰. L'assertion peut cependant être contrariée quand la préservation de la cohésion familiale participe directement au bon fonctionnement de la société, au sein de laquelle le droit pénal a pour mission de réprimer les atteintes portées aux valeurs sociales qu'il considère comme fondamentales. Le retrait dont il fait preuve en réaction aux atteintes à la propriété se commettant en famille témoigne du caractère relatif accordé au droit de propriété, à l'égard duquel l'atteinte interne à la famille peut par conséquent servir non seulement la solidarité familiale, mais aussi la cohésion sociale. L'immunité n'emprunte pas non plus la coloration d'une cause objective ou subjective d'irresponsabilité pénale puisqu'elle n'est pas liée à une cause personnelle à l'auteur et n'emporte pas la disparition de l'infraction. L'immunité familiale patrimoniale se conçoit finalement comme un obstacle aux poursuites unique en son genre¹⁸⁹¹ qui mêle la nature procédurale¹⁸⁹² de l'appréciation objective en fonction des règles de fond qui permettent à certaines personnes de commettre une infraction¹⁸⁹³ et la cause personnelle d'irrecevabilité de l'action publique qui repose sur une qualité précise de la personne et se détache de sa fonction¹⁸⁹⁴. Le constat de son application mène en effet traditionnellement au prononcé d'un non-lieu, qui se distingue d'une absolution. L'agent peut se prévaloir du bénéfice de l'immunité au cours de l'information et jusqu'au moment de sa clôture si l'instruction a été ouverte¹⁸⁹⁵. Le terme d'immunité semble à ce titre moins adapté juridiquement que lorsqu'il

¹⁸⁸⁸ V. J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^e éd., Cujas, 2014, n° 732, p. 608.

¹⁸⁸⁹ C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.*, spéc. p. 58.

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*

¹⁸⁹¹ V. en ce sens M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, *op. cit.*, n° 264, pp. 306-307.

¹⁸⁹² Certains auteurs considèrent à ce titre que toutes les immunités sont de nature procédurale. V. en ce sens C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.* et Ph. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^e éd., 2002, n° 304, p. 224.

¹⁸⁹³ V., pour la défense de cette thèse, W. JEANDIDIER, « Des immunités entre époux ou parents », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 380, 1989, n° 64 et Fr. DESPORTES et Fr. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Éd. Economica, 16^e éd., 2009, n° 706, p. 680.

¹⁸⁹⁴ V., en faveur de ce point de vue, V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Hypercours », 6^e éd., 2013, n° 741, p. 374 ; P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 298 et H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 443.

¹⁸⁹⁵ V. pour les problématiques suscitées par ces questions, les développements de W. JEANDIDIER, « Vol », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 311-1 à 311-16, Fasc. 20, 2014, n° 154, qui précise qu'« il a été jugé que si la question de l'immunité a été posée devant le juge d'instruction et si ce dernier a rendu une ordonnance de non-lieu fondée sur l'insuffisance des charges, l'inculpé a un intérêt suffisant pour attaquer l'ordonnance afin de faire prévaloir l'application de la loi ». V. *Cass. crim.*, 30 décembre 1932, *Bull. crim.*, n° 268 : *DP*, 1933, 1, p. 127 et *S.* 1933, 1, p. 272.

désigne son pendant affectif. Partant, il serait plus approprié de les évoquer comme une cause de refus d'informer. Le magistrat instructeur doit en effet obligatoirement refuser d'instruire si l'immunité est invoquée au stade de l'instruction. L'immunité familiale d'ordre matériel joue en ce sens comme une cause d'irrecevabilité de l'action pénale qui s'impose à la juridiction d'instruction¹⁸⁹⁶.

595. - La conservation du caractère illicite de l'acte appelle en outre à s'interroger sur la situation du complice et du coauteur. Contrairement à l'immunité familiale affective, qui agit dans le sens de la disparition totale de l'infraction, l'immunité familiale patrimoniale laisse subsister l'acte principal punissable. Le complice, qui emprunte la criminalité de l'auteur et non plus sa pénalité, peut alors théoriquement être réprimé pour avoir participé à une atteinte à la propriété par ailleurs immunisée pour son auteur principal. Cela s'applique avec encore plus de vigueur à l'encontre du coauteur¹⁸⁹⁷, qui caractérise en sa personne tous les éléments constitutifs de l'infraction, mais qui n'est pas inscrit dans un lien de famille avec la victime¹⁸⁹⁸. L'immunité est avant tout personnelle¹⁸⁹⁹ et le complice reste punissable malgré la solution qui a pu être admise auparavant par la jurisprudence¹⁹⁰⁰. Le receleur pouvait cependant se voir appliquer une peine, ce qui prouve bien que la soustraction conserve son caractère délictueux. La répression effective de l'auteur principal importe donc peu du moment que le fait principal reste objectivement punissable¹⁹⁰¹. Traditionnellement, les circonstances aggravantes qui sont propres à l'auteur principal ne s'étendent cependant pas à son complice, peu importe la nature qu'elles recouvrent¹⁹⁰². Leur caractère objectif devrait toutefois conduire à leur extension conformément à ce qui est classiquement le cas pour les circonstances aggravantes réelles qui ont trait à la matérialité de l'acte infractionnel et se détachent en ce sens de la personne de l'auteur. L'atteinte à la propriété peut en outre elle-même constituer une circonstance aggravante d'autres infractions¹⁹⁰³. L'analyse des effets

¹⁸⁹⁶ *Cass. crim.*, 4 janvier 1930, *Bull. crim.*, n° 5.

¹⁸⁹⁷ *V. Cass. crim.*, 2 janvier 1869, *Bull. crim.*, n° 1 : *S.* 1870, 1, p. 367 et *CA Aix-en-Provence*, 15 décembre 1999, n° 1999-116821.

¹⁸⁹⁸ Certaines juridictions n'hésitent pas en ce sens à étendre la théorie de la complicité co-respective, qui revient à traiter le complice comme le coauteur, pour pouvoir plus aisément appliquer la répression et exclure de façon certaine le bénéfice de l'immunité.

¹⁸⁹⁹ *V. en ce sens X. PIN, Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours », 6^e éd., 2014, n° 221, p. 199.

¹⁹⁰⁰ S'opposant à la logique juridique, la jurisprudence a longtemps fait bénéficier le complice de l'immunité accordée à l'auteur principal de l'infraction. *V. Cass. crim.*, 1^{er} octobre 1840, *Bull. crim.*, n° 292 et *Cass. crim.*, 8 janvier 1921, *Bull. crim.*, n° 12 : *DP*, 1921, 1, p. 169. *V. aussi Cass. crim.*, 15 avril 1825, *Bull. crim.*, n° 73, qui refuse de punir le complice d'un vol commis au préjudice d'un membre de la famille proche. Ces controverses ont de fait été réglées puisque cette extension est désormais impossible depuis l'abandon de l'emprunt de pénalité. Le complice doit dès lors être réprimé comme s'il avait lui-même commis le fait infractionnel et emprunte simplement la criminalité de l'auteur principal.

¹⁹⁰¹ *Cass. crim.*, 28 mai 1990, *Bull. crim.*, n° 214.

¹⁹⁰² *Cass. crim.*, 7 septembre 2005, *Bull. crim.*, n° 219 : *D.*, 2006, n° 12, p. 835, note É. DREYER.

¹⁹⁰³ *V. not. Cass. crim.*, 17 février 1944, *Bull. crim.*, n° 50, à propos d'un vol qui aggrave un meurtre.

juridictionnels accordés à l'immunité familiale patrimoniale manifeste le maintien de l'illicéité de l'acte. Les incertitudes qui enserrant la nature personnelle ou institutionnelle de l'immunité sont alors atténuées par la certitude qui caractérise la survie du caractère infractionnel du comportement immunisé. L'immunité familiale d'ordre matériel laisse finalement subsister « l'antijuridicité »¹⁹⁰⁴ de l'acte. Son domaine peut cependant être contesté quand il ne prend pas acte de l'évolution sociale des structures familiales et les justifications apportées à son existence sont souvent hasardeuses. Les incertitudes qui cernent la nature de cette immunité participent à la controverse générale qui entoure son régime juridique. Décrites dans leur existence et contestées dans leurs fondements, les immunités familiales d'ordre matériel restent loin d'emporter l'adhésion. La constance de ces polémiques invite alors à questionner leur légitimité et à s'interroger sur l'opportunité de leur maintien.

B. Le maintien discuté de l'immunité familiale patrimoniale

596. - Le mécanisme juridique de l'immunité familiale d'ordre patrimonial qui agit sur l'existence de l'action publique et fait obstacle au déclenchement des poursuites pénales ne peut être assimilé aux causes qui engendrent classiquement l'impunité de l'auteur d'un comportement infractionnel. Le mécanisme qu'elle révèle est donc totalement original et s'émancipe tant des exemptions de peine que des causes objectives et subjectives d'irresponsabilité pénale. Dès lors, l'immunité familiale patrimoniale ne justifie pas davantage la commission de l'infraction qu'elle ne joue sur son imputabilité ou occupe le rôle d'une absolution. Elle s'émancipe en outre des fins de non-recevoir à l'action publique dont l'existence même est neutralisée par le jeu de l'immunité qui s'oppose à son déclenchement originel. Le raisonnement par analogie aboutit alors à un échec et empêche son intégration dans une catégorie préexistante. L'immunité familiale d'ordre matériel ne ressemble finalement à aucune autre institution utilisée par le droit répressif et prend le visage d'une « cause d'impunité *sui generis* »¹⁹⁰⁵. Puisque l'immunité couvre uniquement la personne de son bénéficiaire, l'acte conserve son caractère illicite. La singularité qui entoure l'immunité familiale d'ordre matériel suscite cependant de nombreuses interrogations et aboutit logiquement à sa remise en cause. Son domaine d'application personnel s'avère en effet trop restreint quand ses fondements demeurent très incertains. Dès lors, cette institution se révèle peut-être à la fois trop spécifique et trop confuse pour trouver une place cohérente au sein du

¹⁹⁰⁴ C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.*, spéc. p. 58.

¹⁹⁰⁵ W. JEANDIDIER, « Vol », *préc.*, n° 155.

droit répressif. La confusion qui caractérise sa nature enserre dans le même temps ses fondements.

597. - L'idée de patrimoine familial fondant un droit de copropriété est désormais très difficile à concevoir parmi les nouvelles configurations familiales. L'individualisme contemporain qui les caractérise agit en effet dans le sens d'une conception cloisonnée de la propriété dans la famille, qui ne possède au surplus aucune existence juridique propre. La montée de l'immixtion du droit pénal dans la sphère privée a corollairement mené à la restriction des cadres d'application de l'immunité. Par conséquent, le lien de famille est de moins en moins susceptible de constituer un obstacle à la mise en œuvre pratique de la répression, à tel point que l'immunité patrimoniale émerge finalement comme une simple survivance d'une tradition juridique dépassée. À partir du moment où le régime d'appartenance des biens est clairement établi au sein du couple et de la parenté, l'immunité perd l'utilité qui pouvait être la sienne quand elle avait pour objet de résoudre les difficultés probatoires qui entouraient le droit de propriété.

598. - L'idée de décence et de maintien de la solidarité patrimoniale est finalement mise à mal face à l'accroissement de la gestion publique de la sphère familiale. La gestion publique des atteintes à la propriété internes à la famille peut en outre être remise en question quand elle intervient souvent dans le contexte d'une situation familiale conflictuelle déjà trop perturbée pour pouvoir être restaurée. L'idée de cohésion familiale serait alors paradoxalement antinomique avec le contexte dans lequel joue l'immunité qui affiche cette entraide comme son ambition. Au-delà des incohérences qu'elle engendre, la gestion publique des atteintes à la propriété qui se commettent en famille reste en outre insusceptible de renonciation individuelle et s'applique de façon absolue à l'auteur de l'infraction qui en bénéficie. Loin de constituer une option pour la victime, l'impossibilité du déclenchement de l'action publique s'impose au contraire à cette dernière à travers l'optique de reconstruction familiale choisie par le législateur. La victime de l'infraction reste alors le protagoniste passif d'une unité imposée et évolue à distance d'un rôle actif au sein de l'impératif de cohésion familiale. L'autorité étatique choisit en ce sens de postuler le souhait du rapport familial pacifique et agit à cette fin chaque fois que la gravité de la valeur sociale à laquelle il est porté atteinte le permet.

599. - Si l'impératif de cohésion familiale, notamment patrimoniale, se comprend aisément quand il sert dans le même temps l'unité sociale, il n'est cependant pas exempt d'artifice quand la cellule familiale, désormais gouvernée par l'individualisme, présente une cohésion amoindrie par rapport à celle qui la déterminait auparavant. À partir du moment où la cohésion ne caractérise plus la famille qui évolue pacifiquement, il peut alors paraître

inopportun de la considérer comme une finalité du retrait répressif à l'endroit du conflit familial. L'immunité, qui « devrait rester une cause exceptionnelle d'exonération de la peine »¹⁹⁰⁶, demeure en réalité détachée du maintien de la paix familiale quand cette dernière est d'ores et déjà rompue. Quand elles manifestent une pleine connaissance de leur caractère illicite, les appropriations frauduleuses qui se commettent en famille révèlent en effet un contexte familial antérieurement désuni. L'infraction immunisée ne fait en ce sens que révéler la division familiale préexistante et peut difficilement jouer en pratique le rôle préventif qui lui est théoriquement attribué. La légitimité même du maintien de cette institution semble mise en cause à l'heure où elle n'aurait d'intérêt que dans le cas de l'impossible résolution des conflits probatoires que peut engendrer le droit de propriété¹⁹⁰⁷. Cette vision semble cependant bien pessimiste quand les tensions familiales sont parfois susceptibles d'être désamorçées. Dans la mesure où la restauration de l'unité familiale est parfois possible, le droit répressif ne doit pas abandonner cet objectif. Si les fins restent inchangées, les moyens peuvent être repensés. L'immunité élude en effet certaines des vulnérabilités qui existent au sein de la famille et peut se retourner contre les individus au bénéfice de qui elle est censée s'appliquer. L'objectif de restauration du lien familial est susceptible de desservir certaines personnes et ne peut être mis en œuvre de façon absolue¹⁹⁰⁸. L'immunité familiale patrimoniale pourrait par conséquent devenir un choix laissé à la discrétion de la personne vulnérable.

600. - À l'heure où il s'applique à l'intérieur d'une famille souvent déjà désunie et s'impose de façon péremptoire à l'individu parfois peu désireux de restaurer la paix familiale, le bénéfice de l'immunité familiale patrimoniale semble de plus en plus contestable. La cohérence pourrait alors consister à exclure les périodes conflictuelles du domaine recouvert par cette immunité. Lorsqu'il concerne la parenté horizontale, le régime actuel peut en effet paraître injuste quand il ne considère pas la situation factuelle des destinataires qui appartiennent juridiquement à la même famille, mais qui ne vivent pas factuellement en communauté. Sur le terrain conjugal, la solution pourrait par exemple revenir à assimiler la séparation de fait des époux à leur séparation juridiquement autorisée. Cette éviction reviendrait cependant à retrancher de son champ toutes les périodes qui précèdent la séparation d'un couple. Or, quand il concerne une soustraction qui se commet entre conjoints, le comportement immunisé a presque exclusivement tendance à se perpétrer avant la séparation effective. Cette exclusion reviendrait alors factuellement à vider l'immunité d'une partie de sa substance et ne servirait pas la cohérence globale de son régime. Si son existence

¹⁹⁰⁶ *Ibid*, n° 147.

¹⁹⁰⁷ *Ibid*.

¹⁹⁰⁸ La restriction du domaine infractionnel de cette immunité fait au surplus douter de la pertinence de son maintien. V. *supra*, n° 575 et s.

n'a jamais réellement été remise en question, l'immunité ressort actuellement comme le témoin de la persistance imposée d'une cohésion envers des familles de plus en plus divisées. La suppression de cette institution n'est guère envisageable, tant il existe encore des familles dont la velléité de cohésion nécessite le soutien du droit répressif. Toutefois, il est certainement temps de repenser ses modalités d'application. Le droit répressif ne peut désormais plus se permettre d'imposer la cohésion à l'endroit où la solidarité familiale se désire, mais ne s'enjoint pas.

601. - La réorganisation des modalités d'application de l'immunité familiale d'ordre matériel pourrait en premier lieu passer par un élargissement de son domaine d'application personnel qui se manifesterait par la reconnaissance de l'intégralité des liens de couple caractérisant les structures familiales contemporaines. Le changement de nature de cette immunité aurait dans le même temps pour mérite de lever la controverse qui entoure ses fondements. Dès lors que le conflit familial empêche souvent l'application cohérente de l'immunité patrimoniale, il peut être pertinent de prendre la mesure de l'individualisme qui le caractérise pour transformer le système au sein duquel elle s'applique. Si l'ignorance totale de l'immunité familiale patrimoniale semble en contradiction avec notre tradition juridique alors qu'elle est méconnue par certaines législations étrangères¹⁹⁰⁹, le remodelage des conditions d'application de cette institution peut consister à conditionner sa mise en œuvre à l'assentiment de la victime. La personnalisation de son exercice peut en effet constituer le juste compromis à l'endroit où la suppression totale de l'esprit qu'elle recouvre semble trop drastique.

602. - L'individualisation de l'immunité consisterait à supprimer son caractère obligatoire pour soumettre sa mise en œuvre à la discrétion de la victime de l'infraction. Cette transformation pourrait se concrétiser par l'exigence d'une plainte préalable de cette dernière, sans laquelle l'infraction ne pourrait jamais être poursuivie. La possibilité de la poursuite existerait à l'endroit où son déclenchement effectif dépendrait uniquement de la volonté personnelle. L'esprit de l'immunité subsisterait en ce sens chaque fois que la victime décide de pardonner à son auteur. Il se matérialiserait par l'absence de plainte qui jouerait le rôle d'obstacle exceptionnel à l'effectivité du droit pénal. Cette solution aurait en outre le mérite de permettre de ne pas toujours faire échapper à la répression des actes parfois moralement et socialement graves et de particulariser l'application du droit répressif. Dans cette perspective, l'exigence de la plainte de la victime pourrait exister en marge ou à la place de l'immunité familiale patrimoniale. Le conditionnement de la poursuite des atteintes à la propriété commises en famille à l'accord de la victime aurait alors le mérite d'envisager la famille avec

¹⁹⁰⁹ W. JEANDIDIER, « Vol », *préc.*, n° 146.

pragmatisme¹⁹¹⁰. Cette possibilité, au sein de laquelle la faculté remplace l'obligation quand le principe devient l'exception, fait plus généralement émerger le lien de famille comme un obstacle matériel facultatif à la poursuite de l'infraction.

SECTION 2. LE LIEN FAMILIAL COMME OBSTACLE FACULTATIF À LA POURSUITE DE L'INFRACTION

603. - L'intervention publique dans la sphère familiale occupe actuellement une place globalement incohérente au sein de la gestion des atteintes à la propriété qui se commettent en famille. L'institution de l'immunité témoigne de l'humilité du droit pénal, qui sait faire primer le maintien du lien de famille sur les nécessités de la répression à l'endroit où la valeur sociale en cause le permet et révèle une certaine considération pour la solidarité familiale. Malgré la restriction de son domaine, l'immunité patrimoniale occupe désormais une place trop imposante en s'érigeant en obligation à l'encontre d'une famille souvent désunie qui ne souhaite pas toujours œuvrer dans le sens de la cohésion. L'intimité familiale, dont la préservation justifie l'existence de l'immunité devient alors paradoxalement un lieu d'expression de volontés individuelles, qui fondent le conflit quand elles sont en contradiction et qui souhaitent dans le même temps gouverner le principe de sa résolution. L'absence de déclenchement des poursuites à l'encontre de l'auteur d'une appropriation frauduleuse se commettant dans le contexte familial existe actuellement comme une impossibilité absolue qui s'impose aux protagonistes de l'immunité. Le lien familial qui fait obstacle à l'application pratique de la répression arbore en ce sens les traits d'un obstacle matériel obligatoire à la poursuite de l'infraction. Dès lors que le comportement normalement infractionnel se produit dans des circonstances familiales spécifiques, les poursuites ne peuvent en effet jamais être déclenchées, quand bien même la victime souhaiterait que son auteur soit réprimé. L'existence d'un lien de famille ôte finalement en ce domaine tout libre arbitre à la victime de l'infraction au sujet de la possibilité de déclencher l'action publique.

604. - La préservation répressive de la solidarité patrimoniale de la famille fait l'objet d'une permanence historique qui peut être délicate à remettre en cause. L'esprit de l'immunité peut cependant se manifester par l'intermédiaire de plusieurs procédés. L'unité des fins peut postuler la multiplicité des moyens quand il s'agit de préserver la cohésion patrimoniale de la famille. Le caractère pathogène de l'intervention du droit pénal qui justifie son exclusion peut se répercuter sur la famille qu'il se donne pour ambition de protéger. Le retrait du droit répressif manifeste une appréhension partielle de la famille en même temps qu'il ne donne pas

¹⁹¹⁰ V. en ce sens les développements de É. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », T. 37, 2002, n° 369.

aux individus qui la composent l'autonomie nécessaire à leur épanouissement. La gestion publique n'est souvent pas la plus appropriée au règlement des différends familiaux qui ont trait au droit de propriété. Les acteurs des dissensions familiales sont en effet souvent les plus à même d'apaiser les tensions, qui naissent et se neutralisent à la fois au sein de l'intimité. Si l'assertion n'est pas absolue et s'applique rarement au règlement des conflits les plus graves, les membres de la famille conservent tout de même un rôle indéniable dans l'apaisement de leurs propres litiges. Par conséquent, les solutions qui éludent l'une ou l'autre des composantes publiques ou individuelles ne se conforment pas à la réalité des désaccords familiaux. L'obstacle matériel optionnel à la poursuite de l'infraction que constitue la plainte de la victime peut en ce sens exister comme le compromis idéal à la conduite des discordes familiales. Cette solution intermédiaire, qui a le mérite de rendre le déclenchement de l'action publique optionnel et de ne pas imposer l'absence d'application du droit répressif, ne se cantonne pas aux appropriations frauduleuses, mais s'inspire des systèmes au sein desquels la victime de l'infraction est la seule susceptible à pouvoir déclencher les poursuites suite à la commission de l'infraction dans le cercle familial.

605. - Quand elle occupe le rôle principal dans l'application de la répression, la victime de l'infraction familiale est la seule à disposer de la propension à déclencher l'action publique et à maintenir l'application de la répression. Actrice exclusive du déclenchement de la répression, elle retire de ce fait à l'autorité de poursuites la totalité du pouvoir décisionnel dont elle dispose classiquement¹⁹¹¹. La nécessité de la plainte préalable de la victime existe donc comme une exception à la marche traditionnelle de la justice répressive, qui est gouvernée par le principe selon lequel « l'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi »¹⁹¹². Cette action peut cependant exceptionnellement être déclenchée par la partie lésée qui dispose désormais du pouvoir de déclencher l'action publique par l'intermédiaire de son action civile. Néanmoins, l'intervention de la victime n'est généralement pas exclusive de l'action étatique qui conserve toute liberté en ce sens. L'entrave à l'application effective de la répression constituée par le lien familial consistant à lier exclusivement la mise en mouvement de l'action publique à la plainte de la victime est dès lors obligatoirement liée à un choix circonstancié par la volonté individuelle. L'expression personnelle facultative prend alors le pas sur la manifestation obligatoire d'une préférence étatique. Cette dérogation spécifique est cependant loin du rayonnement qui la caractérisait. Auparavant exprimé à travers le conditionnement de la procédure répressive à son existence en ce qui concernait plusieurs infractions familiales, le rôle particulier de la

¹⁹¹¹ V. en ce sens C. proc. pén., art. 40 et C. proc. pén., art. 40-1 qui établissent respectivement le principe de l'opportunité des poursuites et les suites que le ministère public est susceptible de leur attribuer.

¹⁹¹² C. proc. pén., art. 1^{er}, al. 1.

plainte de la victime dans la répression familiale n'a cessé de décliner au cours du temps. Ce mouvement général se manifeste particulièrement au sujet des infractions familiales. Condition nécessaire et suffisante à la mise en mouvement de l'action publique, la plainte de la victime connaît désormais une désaffection certaine qui résulte notamment de l'immixtion croissante du droit pénal dans le traitement de la criminalité familiale. Si, à l'égard des infractions familiales, la plainte de la victime a jadis constitué une condition originelle de la mise en mouvement de l'action publique (§1), elle occupe désormais le rôle d'une condition exceptionnelle au déclenchement de cette dernière (§2).

§1. La plainte de la victime comme condition originelle de la mise en mouvement de l'action publique

606. - Le lien familial peut jouer le rôle d'obstacle matériel optionnel à la poursuite de l'infraction quand son contexte mène à poser la plainte préalable de la victime comme condition indispensable au déclenchement de l'action publique. Si cette exigence se révèle actuellement obsolète, la plainte a longtemps constitué le fondement initial de la mise en mouvement de l'action publique de nombreuses infractions familiales. Cette modalité spécifique d'application de l'action répressive œuvrait originellement dans le but de privilégier les chances de résolution interne du conflit familial, au temps où l'immixtion répressive dans les affaires privées n'était pas aussi prégnante que celle qui existe actuellement. Elle conférait à la victime la faculté de pardonner¹⁹¹³, mais ne lui imposait pas un pardon automatique. La poursuite de l'infraction qui se commettait dans un contexte familial particulier était alors caractérisée par la potentialité de sa réalisation et uniquement conditionnée par l'expression de la volonté de la victime. Cette dernière était titulaire d'un droit d'option pouvant s'assimiler à un droit d'accusation privée. Le caractère potentiel de cette immunisation personnelle répondait en ce sens à la certitude qui entoure l'immunité juridique.

607. - Les infractions commises en famille étaient originellement caractérisées par un statut procédural particulier qui les excluait de la sphère publique. La préservation de la cohésion familiale primait presque toujours sur les nécessités sociales de la répression¹⁹¹⁴ quand le droit pénal confiait l'initiative du déclenchement des poursuites au membre de la famille directement touché par l'infraction et allait même jusqu'à lui octroyer la faculté d'arrêter les poursuites enclenchées par l'intermédiaire du retrait de la plainte qui les avait primitivement

¹⁹¹³ Si le pardon se rapporte aussi à l'absolution morale qui peut être accordée par la victime à son auteur, celui qui se manifeste à travers l'absence d'utilisation de la plainte s'assimile avant tout à un pardon juridique.

¹⁹¹⁴ P. COUVRAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*

déclenchées. L'action publique relative à ces infractions était finalement entièrement soumise à l'initiative individuelle et l'ordre privé qui gouverne l'infraction familiale supplantait l'ordre public qui émane de la répression. La famille occupait à cette fin un rôle prépondérant dans les infractions qui lui portaient atteinte de l'intérieur quand la préservation de la paix des familles passait prioritairement par les membres qui les composent. La plainte jouait en ce sens un rôle primordial dans la poursuite des infractions familiales puisque la victime était à la fois maîtresse de son commencement et de sa continuité. La plainte de la victime de certaines infractions familiales était donc considérée comme une modalité nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique (A), quand son retrait aboutissait obligatoirement à l'extinction de cette dernière et engendrait l'arrêt des poursuites (B).

A. La plainte comme modalité nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique

608. - Sous l'empire de la législation antérieure, la plainte de la victime était souvent une modalité nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique relative à certaines infractions familiales. La poursuite de ces dernières était conditionnée à l'expression de la volonté individuelle tournée vers l'application de la répression. Les comportements d'abandon de foyer ou de femme enceinte¹⁹¹⁵, d'enlèvement de jeune fille mineure qui épouse par la suite son ravisseur¹⁹¹⁶, d'adultère¹⁹¹⁷ et de concubinage notoire avec l'épouse de celui qui est retenu loin de son pays par circonstances de guerre¹⁹¹⁸, comptaient parmi les infractions familiales concernées par cette spécificité. Le déclenchement de la poursuite était réservé au mari ou à la femme selon la spécificité de l'infraction. Partant il était possible d'affirmer que « seule la femme abandonnée avait le droit d'exercer la mise en mouvement des poursuites »¹⁹¹⁹ alors que « pendant le mariage, la poursuite ne peut avoir lieu que sur plainte de l'époux resté au foyer »¹⁹²⁰. En ce qui concerne l'abandon de femme enceinte, « ce n'est qu'après l'interpellation du mari et la plainte de la femme enceinte abandonnée que les poursuites pourront être engagées »¹⁹²¹. La situation est plus complexe au sujet de l'adultère dont la définition a beaucoup évolué au cours du temps. Si la dénonciation privée préalable a

¹⁹¹⁵ C. pén., art. 357-1 (ancien).

¹⁹¹⁶ C. pén., art. 356, al. 2 (ancien).

¹⁹¹⁷ C. pén., art. 336 (ancien).

¹⁹¹⁸ Art. 1^{er} de la loi du 23 décembre 1942 tendant à protéger la dignité du foyer loin duquel l'époux est retenu par suite de circonstances de guerre, *JORF* du 26 décembre 1942, p. 4209. Cette infraction est en quelque sorte une infraction dérivée de l'adultère.

¹⁹¹⁹ É. DE LAGRANGE, « La femme mariée abandonnée », *D.*, 1957, chron. p. 215.

¹⁹²⁰ P. ESMEIN, « L'abandon de famille (...) », *art. préc.*

¹⁹²¹ P. RABEYRIN-PUECH, *Parents désunis et protection pénale de l'enfant*, Thèse, Lyon III, 1992, n° 113 bis.

toujours été une condition exigée pour sa poursuite¹⁹²², les destinataires de ce droit se sont en effet étendus à la mesure de l'accroissement du domaine personnel de cette infraction. La plainte considérée était donc uniquement celle du mari à l'époque où seule la femme pouvait commettre ce délit, puis elle est alternativement devenue celle du mari ou de la femme selon les circonstances de sa commission. La nécessité de la plainte de la victime de ce comportement faisait en outre polémique par rapport à celle qui émanait des autres infractions déterminées par cette particularité procédurale. La nature exclusivement privée de cette infraction était en effet controversée. Si elle portait atteinte à l'harmonie familiale par le biais de la violation des obligations matrimoniales, elle touchait dans le même temps directement l'institution familiale et préjudiciait à la cohésion sociale.

609. - L'ensemble des infractions dont la poursuite était conditionnée par la plainte préalable de la victime avait pour dénominateur commun de porter atteinte au lien de couple conjugal par l'intermédiaire de la violation des obligations matrimoniales. Partant, le lien familial qui constituait un obstacle matériel optionnel à l'application de la répression se rapportait uniquement au lien de couple conjugal. Le lien de famille qui était pris en compte en ce lieu correspond alors exactement à celui actuellement appréhendé par les immunités familiales d'ordre matériel. L'exclusion des unions extramatrimoniales et des unions matrimoniales défaites du domaine anciennement recouvert par la plainte préalable se justifie par le fait que « tant que le lien matrimonial persiste, le législateur a pensé imprudent ou inopportun de mêler la justice pénale aux drames sentimentaux, aux disputes ou aux questions d'intérêt patrimonial qui peuvent séparer des conjoints ou les membres d'une même famille »¹⁹²³. Le mariage accordait alors sa gravité sociale à l'infraction qui se commettait en son sein, mais justifiait dans le même temps la gestion privée des conflits qui naissaient dans son intimité. Les incriminations dont la poursuite nécessitait la plainte préalable de la victime découlaient presque intégralement de la violation d'une obligation matrimoniale et ne pouvaient logiquement exister qu'entre époux, à l'exception du rapt d'une mineure par son ravisseur à l'égard duquel toute personne ayant qualité pour demander l'annulation du mariage pouvait agir.

610. - Quand le législateur soumet l'applicabilité de la répression à la discrétion des volontés individuelles, il ne fait pas directement le choix de son retrait, mais laisse cette possibilité à la victime qui devient la seule initiatrice du déclenchement des poursuites. Ce procédé est

¹⁹²² Le droit romain réservait ainsi le droit d'accusation privée au mari pendant deux mois, délai à l'issue duquel l'action devenait publique pendant une durée de quatre mois, avant d'être prescrite. L'action était en outre uniquement réservée au mari pendant toute la durée du lien conjugal puisque les proches ne pouvaient dénoncer les faits que lorsque le lien conjugal était dissous. V. en ce sens J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e éd., 2014, n° 93, pp. 188-189.

¹⁹²³ A. VITU, note sous *Cass. crim.*, 29 avril 1976, *Bull. crim.*, n° 132 : *JCP G*, 1976, II, 18505.

particulièrement intéressant quand il opère une inversion des rôles classiquement attribués à l'autorité étatique et à l'individu dans la mise en œuvre de la répression. Jusqu'à l'extériorisation de la volonté de la victime quant à l'existence de la poursuite, l'application du droit pénal s'inscrit dans une potentialité qui peut se solder par son déclenchement ou rester inexploitée. La victime a entre ses mains le sort de l'auteur qu'elle peut librement décider d'immuniser en restant muette ou de potentiellement réprimer en exprimant sa volonté de poursuivre. Cette faculté modifie toute la hiérarchie que le législateur pénal opère entre les valeurs sociales puisque chaque victime décide pour son cas isolé si la préservation du lien de famille est supérieure à la valeur atteinte par l'infraction. Ce système a par conséquent pour effet de rendre la répression d'une même infraction totalement équivoque et circonstanciée et ne participe pas à l'application d'un droit pénal uniforme. La spécification des poursuites va à l'encontre de l'harmonie de la politique pénale et peut donc engendrer des effets néfastes. Le sacrifice est cependant bénéfique quand il sert la restauration du lien de famille et participe indirectement à celle du lien social. La personnalisation de la poursuite revêt donc des vertus et engendre parfois des bénéfices non négligeables pour la cohésion sociale.

611. - La technique de politique pénale qui fait de la plainte une modalité nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique est particulièrement intéressante quand elle accorde une place prépondérante à l'expression des volontés individuelles dans la mise en œuvre de la répression et n'impose pas l'objectif de sauvegarde du lien de famille aux victimes. Si elle a le mérite de laisser la restauration du lien familial à la pleine discrétion de ces dernières, elle a cependant l'inconvénient de pouvoir leur laisser un pouvoir trop important quand leur situation ne leur permet pas de décider clairement des suites les plus opportunes à accorder à l'infraction. La crise familiale qui entoure la commission de cette dernière oblige en effet la victime à agir dans un contexte gouverné par des sentiments contradictoires mêlant souvent l'affection et le ressentiment. La situation psychique dans lequel se trouve la victime de l'infraction familiale l'empêche parfois de pouvoir clairement envisager la potentialité objective de restauration du lien de famille ainsi que de pouvoir se prononcer sur sa volonté y afférant. Le conditionnement des poursuites à la plainte présente à la fois un danger pour l'application de la répression et pour l'authenticité de la volonté répressive de la victime. Ce défaut explique que cette exigence procédurale soit uniquement réservée à certains types d'infractions.

612. - Lorsqu'il caractérisait le mode de poursuite de certaines infractions familiales, le caractère facultatif de la plainte s'opposait finalement au caractère obligatoire des immunités familiales. L'exigence de la plainte de la victime ne peut cependant pas être réellement considérée comme une alternative aux immunités familiales dans le sens où ces dernières sont

uniquement susceptibles de se rapporter à une infraction qui peut aussi se produire hors de la sphère familiale. En effet, il est impossible d'accorder une immunité familiale à une infraction exclusivement familiale, puisque cela reviendrait à dépénaliser le comportement dans son entièreté. L'immunité familiale se conçoit donc uniquement à l'égard d'une infraction de droit commun, qui revêt un caractère partiellement familial et peut alternativement se produire hors ou au sein de la famille. À l'inverse, le cantonnement des poursuites à la plainte de la victime peut avoir vocation à se rapporter à une infraction exclusivement familiale et se conçoit comme une solution répressive qui n'entre pas en concurrence avec l'immunité. La liberté qui entoure la plainte présente cependant un certain écueil pour l'autorité étatique puisque la suite donnée par la victime à la commission de l'infraction peut ou non correspondre à celle qui aurait été classiquement décidée. La question du cantonnement ou de l'extension de cette spécification répressive est alors particulièrement intéressante. Si la restriction semble plus propice à limiter les effets négatifs que cette particularisation peut engendrer, il s'agit d'identifier le critère qui permet de faire entrer une infraction dans cette exception procédurale. Puisque les poursuites ne s'appliquent jamais dans le premier cas et sont susceptibles d'intervenir dans le second, il est possible de penser que les infractions pour lesquelles l'immunité est obligatoire sont moins dignes de protection sociale que celles à l'égard desquelles la poursuite est soumise à la volonté individuelle de la victime. Toutefois, ce raisonnement se rapporte uniquement aux infractions de droit commun puisque l'immunité est inconcevable au sujet de l'infraction exclusivement familiale. Cette affirmation peut cependant être relativisée en ce que la plainte qui conditionne le déclenchement des poursuites constitue l'exception à l'endroit où l'absence de répression reste le principe. Tant que la victime ne s'exprime pas, la situation est donc identique à celle dans laquelle l'immunité s'applique. L'individu a toutefois la possibilité de faire obstacle à l'absence d'application du droit pénal. La place qui lui est accordée appelle alors à penser que l'autorité publique laisse une chance à l'encadrement répressif de ces comportements, qui ne peut jamais exister dès qu'il s'agit de l'immunité.

613. - Le véritable critère justifiant l'application ou le retrait du droit pénal ne semble pas devoir être recherché par rapport à la valeur sociale accordée à l'infraction qui bénéficie de l'immunité ou de la faculté de poursuite. La variable déterminante se situe avant tout à l'endroit de la place accordée à la famille dans le traitement de ses propres conflits. De façon assez paradoxale, l'immixtion de l'autorité étatique dans l'intimité familiale mène à privilégier l'utilisation de l'immunité qui aboutit à son retrait quand son recul engendre potentiellement son application. Le rôle anciennement attribué à la victime dans la mise en mouvement de l'action publique était en outre très conséquent en ce qu'il ne se cantonnait pas au déclenchement des poursuites, mais s'étendait à leur maintien. L'individu bénéficiait dès lors d'une sorte de faculté d'immunisation de l'infraction familiale dont il était la propre

victime, mais pouvait dans le même temps anéantir la mise en œuvre de la répression. La victime avait en effet un impact secondaire sur la continuité des poursuites qu'elle pouvait stopper à tout moment par l'intermédiaire du retrait de sa plainte. De modalité nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique, la plainte apparaît alors comme une cause obligatoire de l'arrêt des poursuites quand elle est envisagée sous le prisme de son retrait.

B. Le retrait de la plainte comme cause obligatoire de l'extinction des poursuites

614. - Le rôle de la victime de l'infraction familiale dont la poursuite est liée à l'expression de la plainte se situe aux origines du déclenchement de l'action publique. La victime reste cependant susceptible d'influer sur le cours des poursuites quand elle intervient postérieurement dans le but de faire obstacle à leur continuation. Elle conserve un rôle prépondérant postérieurement à la mise en mouvement de l'action publique puisque le retrait de sa plainte affecte négativement le maintien des poursuites quand il entraîne obligatoirement leur extinction. La victime influe autant sur le commencement que sur les suites de l'action publique alors qu'elle n'a classiquement aucun rôle à jouer dans l'issue de leur déclenchement. Le retrait de la plainte reste en effet totalement inopérant à l'endroit où elle n'était pas préalablement nécessaire à la mise en mouvement de la répression. Lorsque le principe classique de l'opportunité des poursuites s'applique, l'action publique ne peut jamais être interrompue par l'initiative de la victime, même si cette dernière a porté les faits à la connaissance des autorités par l'intermédiaire d'une plainte ou agit aux côtés du ministère public.

615. - Si le maintien de l'action publique reste indifférent à la survenue de faits postérieurs dans le cas où la poursuite de l'infraction était à l'inverse conditionnée par la plainte préalable de la victime, le retrait de cette dernière constitue cependant un facteur d'extinction obligatoire. Les événements postérieurs aux faits qui constituent l'infraction, à l'image du décès de l'époux qui a déposé plainte¹⁹²⁴, sont donc classiquement sans incidence sur le maintien des poursuites quand le retrait de la plainte aboutit automatiquement à leur cessation. Les infractions qui bénéficiaient de ce régime procédural participaient à la sauvegarde du lien matrimonial. La dissolution de ce dernier, qui se produit notamment par le décès de l'un des époux¹⁹²⁵, justifie qu'elles retombent dans le droit commun de l'action publique. Cela permet par la suite au ministère public d'agir d'office dans un esprit de perpétuation de la volonté de

¹⁹²⁴ V. *Cass. crim.*, 6 juin 1863, *Bull. crim.*, n° 158 : *D.*, 1863, 1, jurispr., p. 257 à propos du décès du mari qui avait porté plainte pour des faits d'adultère, alors même que l'instruction commencée n'avait pas encore abouti au renvoi de la femme et de son complice devant le tribunal correctionnel.

¹⁹²⁵ C. civ., art. 227, 1°.

l'époux victime de celui qui n'a pas respecté ses obligations matrimoniales. La disparition des poursuites joue en ce sens comme le corollaire impérieux du retrait de la plainte. En résumé, le retrait de cette dernière n'a aucune incidence si l'infraction ne supposait pas originellement son existence comme facteur indispensable de son déclenchement alors qu'il devient opérant lorsque la plainte la conditionnait. Le caractère impératif de l'existence préalable de la plainte rejaillit sur celui de l'extinction des poursuites quand elle est retirée. La victime a non seulement la faculté de déclencher la répression, mais peut dans le même temps défaire ce qu'elle a créé.

616. - Lorsque la plainte était exigée comme un préalable à la poursuite de l'infraction familiale, l'effectivité de la répression était non seulement conditionnée par son dépôt, mais également par son maintien. Les effets du retrait de la plainte primaient alors ceux de l'initiative publique ou sur la volonté étatique de perpétuer les poursuites. Le droit répressif créait en ce sens un véritable droit d'action privée. La répression de l'adultère était en outre particulière puisqu'elle incluait au surplus le droit de désistement exprès du mari bafoué, sans qu'il soit nécessaire qu'il s'engage à reprendre sa femme¹⁹²⁶. Il lui était parallèlement possible de renoncer implicitement aux poursuites en se réconciliant avec son épouse. La réconciliation factuelle des époux qui exprimait ainsi le pardon entraînait tacitement l'arrêt des poursuites et jouait comme une fin de non-recevoir à l'action publique. Le mari se voyait enfin accorder un véritable droit de grâce privée puisqu'il pouvait mettre un terme à la condamnation de son épouse en consentant à la reprendre¹⁹²⁷. Le sort de l'auteur de l'infraction familiale qui bénéficiait de ce traitement procédural particulier était entièrement laissé à la discrétion de la victime qui supplantait l'autorité publique dans les prérogatives de déclenchement et d'arrêt des poursuites.

617. - La primauté accordée à la victime dans la répression des infractions familiales qui portaient atteinte aux obligations matrimoniales lui accordait une grande liberté et correspondait à la volonté de ne pas gêner le règlement de différends, qui devaient avant tout rester internes à la famille. Le cumul de l'immixtion grandissante du pouvoir étatique dans la gestion des conflits familiaux et de l'évolution des mœurs a cependant mené le législateur à amoindrir le rôle de la plainte dans les infractions familiales. Cette réduction a par ailleurs pu être motivée par le risque de pressions entre membres de la famille que suscite cette modalité procédurale et par le fait qu'il reste difficile de vérifier dans ce contexte si l'absence de

¹⁹²⁶ V. *Cass. crim.*, 30 juillet 1885, *Bull. crim.*, n° 233 : *D.*, 1886, 1, jurispr., p. 428 : « le seul désistement de la plainte en adultère portée par le mari éteint la poursuite, sans qu'il soit nécessaire que le mari joigne à son désistement l'engagement de reprendre sa femme. Il n'en est autrement que lorsqu'il est intervenu une condamnation dont le mari veut arrêter les effets ».

¹⁹²⁷ C. pén., art. 337, al. 2 (ancien).

plainte est réellement désirée. La fonction accordée à la plainte de la victime à l'égard de ces dernières est en effet révélatrice de l'appréhension répressive des infractions qui se commettent en famille. Longtemps considérées comme dépendantes d'une sphère privée impénétrable et gestionnaire exclusive de la violation des devoirs qui incombent à ces protagonistes, les infractions familiales ne pouvaient devenir publiques que par l'intermédiaire de la plainte de la victime. Cette dernière émergeait comme l'unique accusateur et prenait de ce fait à elle seule l'initiative de la poursuite. Par le contexte particulier de leur commission, « l'intérêt social de la répression [cédait] devant la volonté du particulier intéressé »¹⁹²⁸ et la famille suppléait alors le ministère public au sein de son cercle¹⁹²⁹.

618. - Le traitement du conflit familial s'est cependant affranchi de la primauté accordée à la victime dans la gestion des infractions familiales à mesure que le droit répressif a exprimé son désintérêt pour l'institution familiale et a fait primer la protection de l'individu sur celle des devoirs liés au statut matrimonial. Le droit répressif s'est en effet émancipé de la référence unique au mariage pour adopter une vision plurielle du lien de couple et a préféré protéger en priorité les individus membres de ce dernier avant l'institution dont il émane. L'évolution des mœurs a en outre conduit à la dépenalisation de l'intégralité des infractions qui étaient concernées par cette modalité et celles dont l'esprit a été repris par l'intermédiaire de nouvelles incriminations ne sont plus cantonnées à cette modalité de poursuite. La plainte comme condition de mise en œuvre de leur poursuite a finalement été abandonnée dans le même temps que le caractère répressif du comportement concerné. Cette concomitance peut mener à penser que la disparition de la plainte n'est pas l'ambition principale du législateur, mais qu'elle n'est que la conséquence secondaire de la dépenalisation des comportements pour lesquels le déclenchement des poursuites était lié à cette modalité. Le fait que l'exigence de la plainte n'ait pas été reprise dans l'incrimination actuelle de l'abandon de famille témoigne cependant d'une volonté particulièrement orientée vers sa disparition. L'obsolescence de l'infraction a majoritairement conduit au déclin de la plainte comme nécessité préalable à la poursuite de l'infraction pour laquelle « l'initiative privée est amoindrie au profit de l'émergence, en ce domaine, de l'initiative publique »¹⁹³⁰. Ce déclin s'est accompagné dans le même temps d'une désaffection spécifique envers ce mode de déclenchement des poursuites. L'argumentaire qui se fonde sur la primauté de l'individu par rapport à l'institution dont il fait partie reste convainquant en ce que ce dessein fait tomber l'exigence de la préservation de l'institution matrimoniale qui était indirectement garantie par

¹⁹²⁸ P. COUV RAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*

¹⁹²⁹ La nécessité de la plainte pouvait alors être vue comme une subsistance qui est tombée en désuétude à mesure de l'étatisation de la justice répressive.

¹⁹³⁰ O. MAURY, *Famille et droit pénal*, Thèse, Paris II, 2006, n° 145, p. 98.

la plainte potentielle. L'argumentaire de l'abandon d'une référence unique pour qualifier le lien de couple semble quant à lui plus critiquable. La modalité procédurale aurait en effet pu s'adapter à l'extension de la notion et embrasser la violation des obligations qui entourent chaque catégorie de couple. La plainte aurait alors pu rester une nécessité dès que l'infraction arborait une coloration familiale spécifique, sans considération pour le caractère matrimonial du lien de couple et conserver cet aspect chaque fois que l'infraction porte sur la violation des obligations qui existent entre individus au lieu de mettre en cause leur intégrité. La privatisation de la justice que traduisait cette personnalisation des prérogatives étatiques qui pouvait transparaître à travers le rôle anciennement accordé à la plainte dans les infractions familiales, a finalement pâti de l'individualisation de la structure familiale et du détachement envers l'institution qu'elle représente. La primauté accordée à l'individu au sein de la famille a en définitive eu pour effet d'amoindrir le rôle de la plainte dans les infractions familiales, si bien qu'elle ne subsiste actuellement que comme une condition exceptionnelle au déclenchement de l'action publique.

§2. La plainte de la victime comme condition exceptionnelle au déclenchement de l'action publique

619. - L'évolution du droit pénal, qui accordait originellement un rôle fondamental à la victime dans le déclenchement de l'action publique, s'est peu à peu libérée de ce mode de fonctionnement pour considérer finalement la plainte comme une condition exceptionnelle de mise en œuvre des poursuites. Ce qui constituait antérieurement le principe à l'égard de certaines infractions qui se donnaient pour objet la restauration interne du lien matrimonial est devenu totalement résiduel, voire inexistant. Cette désaffectation est avant tout imputable à l'évolution de la société qui s'est peu à peu détachée de l'institution familiale pour se tourner vers la protection de l'individu, appréhendé en tant que personne avant d'être considéré en tant que membre d'une famille. Cumulée à l'évolution des mœurs, la montée de l'individualisme a alors mené à la dépenalisation des comportements anciennement concernés par le mécanisme de la plainte préalable. Cette restriction s'effectue par conséquent au sein d'une matière qui considère toujours la famille de façon subsidiaire quand la protection de l'individu peut être atteinte. La nécessité de préserver le maintien du lien matrimonial s'est alors amenuisée à mesure de l'émancipation des membres du couple.

620. - L'abaissement du rôle de la plainte préalable de la victime dans les infractions familiales peut cependant paraître étonnant quand le traitement du conflit familial s'est récemment affranchi de la judiciarisation des troubles à l'ordre public causés par

l'infraction¹⁹³¹ au profit du développement des modes alternatifs aux poursuites que sont par exemple la médiation pénale familiale ou la réparation de l'infraction. Si la suppression de l'exigence de la plainte se conçoit dans un contexte de surinvestissement étatique de la sphère familiale, elle devient plus discutable à l'heure de la réappropriation de la gestion du conflit familial par ses protagonistes. L'éviction de la plainte de la procédure de traitement des infractions familiales se pose alors en contradiction avec la tendance récente au réinvestissement de son encadrement individuel. Si le contexte antérieur n'était pas opportun à son maintien et a souvent mené à l'exclusivisme de l'obstacle obligatoire au déclenchement des poursuites constitué par l'immunité familiale, l'exclusion de la plainte ne doit pas nécessairement demeurer le principe. La tendance actuelle à la réindividualisation de la réponse répressive appelle nécessairement à s'interroger sur l'opportunité de la réinstauration de ce mode de gestion du conflit familial¹⁹³². L'examen de la situation actuelle mène cependant à constater l'importance de l'immixtion du droit pénal dans l'intimité du couple en vue d'en protéger les membres avant l'institution qu'il constitue. Le rôle contemporain de la plainte en matière familiale reste donc extrêmement réduit, voire totalement ignoré, et existe de façon résiduelle uniquement quand le comportement infractionnel relève tout spécialement de l'intimité. En tant qu'obstacle exceptionnel à la mise en mouvement de l'action répressive, la plainte préalable de la victime occupe actuellement un rôle résiduel (A). Le constat de son inadaptation à l'évolution actuelle du droit répressif interroge la pertinence de son exclusion et pose la question de sa réinstauration en tant qu'alternative aux immunités familiales (B).

A. Le rôle résiduel de la plainte préalable de la victime dans la poursuite des infractions familiales

621. - L'évolution des intérêts protégés par le droit répressif a eu pour conséquence la disparition de l'intégralité des infractions familiales concernées par l'initiative privée du domaine de la répression. La primauté de la protection de l'individu sur celle des obligations que son statut matrimonial lui impose a eu pour corollaire la négation du rôle de la plainte qui avait pour objectif originel l'assise d'une valeur qui n'était plus digne de protection répressive. Partant, le droit pénal est désormais indifférent à l'impact de la plainte de la victime sur le déclenchement des poursuites, ces dernières étant depuis un certain temps laissées à l'entière discrétion des autorités étatiques. L'affranchissement de l'initiative individuelle de la répression qui transparaît à travers cette évolution accroît la place de la publicisation de la réponse pénale. L'histoire de la gestion publique des conflits familiaux

¹⁹³¹ V. en ce sens X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *RSC*, 2002, p. 245 et J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G*, 2004, I, p. 146.

¹⁹³² Sur la mise en œuvre de la justice restaurative, v. *infra*, n° 826 et s.

appelle par ailleurs à constater le caractère cyclique de son intervention qui oscille à travers le temps entre un retrait caractérisant sa privatisation et une immixtion révélatrice de sa publicisation¹⁹³³.

622. - L'adaptation aux mœurs et à l'évolution de la conception sociale de la famille a en effet mené à dépénaliser les comportements d'adultère¹⁹³⁴ et d'abandon de foyer et de femme enceinte qui ne figurent pas dans l'incrimination réformée qui a seulement conservé l'esprit de l'abandon moral d'enfant¹⁹³⁵. L'actuelle soustraction de mineur commise sans fraude ni violence ne reprend pas non plus les dispositions concernant le rapt d'une mineure qui épouse par la suite son ravisseur¹⁹³⁶, laquelle était en outre assez anachronique. Les actes qui constituaient traditionnellement des infractions familiales portant atteinte à l'institution matrimoniale ne sont désormais plus des infractions pénales. L'intervention répressive dans la sphère familiale opère cependant dans une dynamique de flux et de reflux et a conduit le législateur à pénaliser d'autres comportements qui portent davantage atteinte à l'individu. La plainte préalable de la victime ou son défaut de désistement postérieur ne sont finalement plus des conditions du déclenchement ou du maintien de la poursuite des infractions familiales, maintenant entièrement conditionnée à l'intervention des autorités étatiques.

623. - La déchéance de la plainte au sein de la procédure de traitement des infractions familiales portant atteinte aux obligations qui découlent du lien matrimonial résulte en grande partie de l'évolution de la conception sociale de cette union et de la place occupée par l'institution qui la crée par rapport aux individus qui en sont les acteurs. Ce constat revient possiblement à affirmer que le caractère d'ordre public des faits l'emporte finalement sur leur dimension privée. Ce calcul n'est cependant pas pertinent quand les faits concernés ont été dépénalisés et sont exempts de tout caractère répressif. L'affirmation peut cependant être soutenue à propos des infractions à colorations familiales qui sont toujours considérées comme illicites. Le changement de destinataire de la protection pénale, qui est passée de l'institution familiale à l'individu qui la compose, constitue en réalité la cause prioritaire du recul de la privatisation de la réponse pénale. Ce retrait n'était cependant pas la seule solution envisageable par le législateur dont la réforme aurait pu conserver l'esprit du droit d'accusation privée et adapter la procédure de traitement de certaines infractions à la privatisation de la justice qui caractérisait le droit antérieur. Cela reste toutefois impossible si

¹⁹³³ La privatisation de la gestion publique des différends familiaux se manifeste par exemple à travers la dépénalisation de l'adultère quand sa publicisation résulte de l'intervention accrue du droit répressif dans la gestion des violences familiales.

¹⁹³⁴ V. en ce sens L. n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* n° 0161 du 12 juillet 1975, p. 7171, qui a abrogé les art. 336 à 339 de l'ancien Code pénal.

¹⁹³⁵ V. la comparaison entre C. pén., art. 357-1 (ancien) et C. pén., art. 227-17.

¹⁹³⁶ V. C. pén., art. 227-8.

l'absence d'association des poursuites à la plainte de la victime est proportionnellement liée à l'importance de la considération répressive pour la protection de l'individu. Cela semble néanmoins paradoxal quand la primauté de l'individu pourrait à l'inverse conduire à lui octroyer un rôle prépondérant chaque fois que la gestion interne du conflit familial est envisageable.

624. - La plupart des infractions familiales qui se rapportent à l'institution matrimoniale présentent indéniablement un caractère d'ordre public très marqué. Cela est par exemple le cas de la bigamie, encore que ce comportement n'ait pas pour réel objet de préserver l'institution familiale¹⁹³⁷. Certaines de ces infractions conservent cependant un caractère privé prépondérant alors que leur poursuite est pourtant exclue du bénéfice de la plainte préalable. Dès lors, cette dernière conserve uniquement un rôle dans la révélation de l'infraction à la connaissance des autorités étatiques et agit en ce sens comme un facilitateur de poursuites. La plainte de la victime d'une infraction familiale ne possède plus de rôle singulier à l'heure où l'inaction du ministère public n'est jamais liée par son absence. Toutefois, l'existence de la plainte favorise souvent la mise en œuvre des poursuites. La plainte est en définitive passée du rang de condition à celui d'aide à la mise en œuvre de l'action publique. Les dispositions actuelles excluent pourtant de son bénéfice certains comportements à l'égard desquels la question de la privatisation de la réponse pénale mérite d'être à nouveau posée. L'abandon pécuniaire et moral de famille ou la non-représentation d'enfant ne supposent par exemple pas de plainte préalable de la victime, alors qu'elles sont considérées comme portant avant tout atteinte aux obligations issues du lien de couple. En outre, si la plainte existe, son retrait n'affecte en rien la continuation des poursuites¹⁹³⁸. Cette exclusion se comprend difficilement quand l'atteinte qui transparaît à travers ces infractions est censée se cantonner aux obligations familiales et devrait de ce fait être laissée à la gestion des individus qui en sont les protagonistes. La valeur familiale atteinte par ces comportements reste néanmoins accessoire à la valeur individuelle puisqu'ils subsistent avant tout dans le souci de protection du parent ou de l'enfant victime. Partant, la primauté accordée à la protection de l'individu revient paradoxalement à lui ôter la liberté de la gestion des conflits qui le concernent.

625. - Ce constat paraît moins catégorique quand la nature même de certaines infractions fait qu'elles ne sont portées à la connaissance du ministère public que par l'intermédiaire de la plainte de la victime. Si elle n'est plus nécessaire en théorie, cette dernière conserve en pratique son rôle de préalable indispensable au déclenchement de la poursuite pénale. La

¹⁹³⁷ Sur ce constat, v. *supra*, n° 109 et s.

¹⁹³⁸ V. en ce sens *Cass. crim.*, 29 avril 1976, *Bull. crim.*, n° 132 : *RSC*, 1976, p. 974, obs. G. LEVASSEUR au sujet de l'inopérance du retrait d'une plainte pour non-représentation d'enfant. V. dans un sens plus général les développements de J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 597, pp. 392-393.

plainte garde une importance certaine à l'égard des infractions les plus intimes qui ne sont pas perceptibles à l'extérieur du cercle familial, ce qui est notamment le cas des violences familiales physiques ou sexuelles. Dans les faits, l'infraction est toujours connue par l'intermédiaire de la dénonciation des membres de la famille ou des proches quand elle se commet dans le huis clos familial. Si le rôle officiellement occupé par la plainte est globalement insignifiant par rapport à celui qu'elle jouait antérieurement, sa fonction demeure officieusement quand elle s'impose comme l'unique facteur de révélation du comportement infractionnel. En ce qu'elle n'est cependant pas légalement nécessaire, son retrait n'a plus aucune répercussion sur le maintien des poursuites, qui est soumis à l'entière discrétion du ministère public. Le constat général reste donc malgré tout celui de l'augmentation de la gestion publique des infractions familiales au détriment de son encadrement privé.

626. - Si la répression ne semble pas s'orienter vers la réintégration du rôle de la plainte, une solution intermédiaire consisterait à soumettre une portion restreinte des infractions familiales à ce régime pour accroître la place de la victime dans le processus de traitement infractionnel et lui conférer la faculté de pardonner. Une autre piste de réflexion pourrait consister à remplacer l'immunité patrimoniale par cette faculté, ce qui aurait dans le même temps pour effet de restreindre la liste des protagonistes susceptibles de porter plainte. Le cumul de ces deux propositions aurait à la fois pour conséquence le fait d'octroyer à la victime la possibilité de ne pas réprimer à l'endroit où la répression se pose comme une obligation et de lui donner le choix de réprimer là où la répression impose actuellement son retrait. Cela reviendrait dans tous les cas à réintégrer la gestion personnelle du conflit familial. Cette modification aurait en outre pour avantage d'harmoniser le régime des soustractions qui se commettent en famille. En effet, la plainte pourrait potentiellement constituer une nécessité quand l'infraction se commet à l'encontre de protagonistes déjà concernés par l'immunité qu'elle remplacerait. Elle jouerait le même rôle à l'égard de membres de la famille qui en sont actuellement exclus quand elle remplacerait l'application automatique de la répression. La possibilité de ne pas réprimer ou celle de renoncer au bénéfice de l'immunité réduirait alors incontestablement la force de l'ordre public qui entoure actuellement les infractions familiales. Celles qui bénéficient de l'immunité patrimoniale et celles qui relèvent majoritairement de l'application du droit répressif intégreraient en ce sens la catégorie des délits privés aux côtés des infractions à la vie privée qui la constituent à l'heure actuelle¹⁹³⁹. La plainte de la victime

¹⁹³⁹ À l'image de ce qui a été décidé par le droit germanique, une partie de la doctrine est favorable à la suppression de l'immunité et à son remplacement par le conditionnement à la plainte de la victime de la poursuite des infractions qu'elle entoure. V. not. C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.* La question a en outre d'ores et déjà été débattue par le législateur lors du projet de réforme du code pénal. V. en ce sens les développements de W. JEANDIDIER, « Vol », *préc.*, n° 147, qui rappelle que « l'avant-projet de Code pénal français s'était d'ailleurs timidement engagé dans cette voie dans sa version de 1980, prévoyant que le vol commis par une personne au préjudice de son ascendant ou de son descendant ne saurait être poursuivi que sur plainte de la victime » et que « le projet de Code pénal de 1986 allait même plus loin dans cette voie, l'étendant

retrouverait non seulement le rôle qu'elle occupait antérieurement à l'égard des infractions les plus intimes, mais ne se cumulerait pas au système existant et formerait une alternative aux immunités familiales, augmentant ainsi la privatisation du conflit familial.

B. La plainte préalable de la victime comme alternative aux immunités familiales

627. - L'exigence de la plainte préalable de la victime se cantonne actuellement aux délits d'atteinte à la vie privée¹⁹⁴⁰ pour lesquels « l'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit »¹⁹⁴¹ et aux comportements de diffamation et injure¹⁹⁴², qui ne peuvent être poursuivis « que sur la plainte de la personne diffamée ou injuriée »¹⁹⁴³. Cette dernière disposition tombe cependant devant le comportement qui « aura été commis envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »¹⁹⁴⁴ ou « envers un groupe de personnes à raison de leur sexe ou de leur orientation sexuelle »¹⁹⁴⁵, sachant que l'accord de la victime considérée individuellement la prive de la possibilité de porter plainte et remet l'initiative des poursuites entre les mains du ministère public. Ces différents comportements, qui sont totalement étrangers au lien de famille, sont actuellement les seuls dont la poursuite est subordonnée à l'exigence de la plainte préalable de la victime. La ferveur anciennement accordée à la famille semble donc définitivement anéantie au profit de la gestion publique du conflit familial. Le rôle de la plainte dans les infractions familiales existe à présent comme la résultante d'un déclin imputable à l'évolution des mœurs et de l'appréhension répressive de la famille.

628. - La pluralité des modèles familiaux et l'élévation de l'individu au rang de valeur supérieure ont conduit au déclin important de la plainte dans la gestion procédurale des infractions familiales. La diversification caractéristique d'une famille gouvernée par

aux vols entre conjoints ». V. plus spécialement M. RUDLOFF, *Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens*, Sénat n° 54, 1991, p. 32, qui expose le rejet par le Sénat d'un système complexe qui cumulait l'immunité et la plainte préalable de la victime. Notre droit se pose alors très en retrait de ces souhaits, ce qui peut sembler paradoxal à une époque caractérisée par l'accroissement de la répression.

¹⁹⁴⁰ V. C. pén., art. 226-1 et C. pén., art. 226-2.

¹⁹⁴¹ C. pén., art. 226-6.

¹⁹⁴² V. respectivement les articles 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *JORF* du 30 juillet 1881, p. 4201.

¹⁹⁴³ Art. 48, 6° de la loi précitée.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*

l'individualisme ne s'oppose cependant pas nécessairement à la gestion individuelle des conflits familiaux les plus intimes. Cette dernière devient même indispensable quand l'immixtion des pouvoirs publics dans la sphère privée peut accroître le conflit et participer paradoxalement à l'insolvabilité de la famille. Ces considérations restent cependant parfois ignorées par le droit pénal qui se préoccupe avant tout de la répression des atteintes les plus graves. La restriction du rôle de la plainte peut aussi être attribuée à l'élargissement de la sphère personnelle de certaines infractions qui peuvent désormais se commettre à l'encontre de victimes beaucoup plus nombreuses qu'auparavant. Souvent assimilé au lien d'autorité ou au lien de couple défait, le lien de famille recouvre de nos jours une pluralité de sens qui ne s'accommode guère avec l'impératif de traitement individuel des différends qui naissent en son sein. La gestion répressive des conflits familiaux fait émerger des intérêts entremêlés. Si le droit pénal n'est pas forcément indifférent à la préservation de la cohésion sentimentale et économique de la famille, il ne peut pas toujours se permettre de faire primer ces considérations sur les impératifs répressifs orientés vers la protection des plus vulnérables. La subordination de la poursuite à la plainte ne peut en ce sens être liée au caractère familial de l'infraction quand ce rattachement aurait pour conséquence de vider le rôle du ministère public de l'intégralité de sa substance. Le choix n'est cependant pas forcément binaire et ne se limite pas à inclure ou exclure l'ensemble des infractions qui touchent le lien de famille du domaine recouvert par la plainte initiatrice des poursuites. Cette dernière peut utilement être cantonnée à une frange déterminée de ces infractions sans pour autant investir leur globalité.

629. - Le critère distinctif pourrait alors se situer au niveau de la valeur prioritairement atteinte par le comportement pris en compte. Le rôle de la plainte est bien plus légitime à s'affermir dans la gestion des comportements qui portent atteinte aux obligations familiales qu'à exister face à ceux qui atteignent directement l'individu. La différence est néanmoins bien malaisée au sujet d'infractions à dimensions plures pour lesquelles le lien de famille apparaît majoritairement comme un critère secondaire d'intervention du droit répressif. La réflexion peut alors s'orienter vers l'objet personnel ou matériel de l'infraction. La plainte a en effet davantage de légitimité à intégrer le domaine des infractions qui portent atteinte au patrimoine familial que celui des infractions qui touchent directement l'intégrité physique ou psychique de l'individu. Plus la valeur sociale est importante, plus le droit répressif est fondé à détenir le monopole du déclenchement de son action. La poursuite des infractions qui portent atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne mérite à ce titre de rester intégralement soumise à la discrétion des autorités publiques, quand celle des infractions qui concernent les relations familiales ou qui se commettent contre les biens est plus légitime à être corrélée à la volonté de la victime. Cela ne signifie cependant pas nécessairement que le droit pénal soit légitime à imposer son retrait chaque fois que le patrimoine de la famille est concerné. L'immunité familiale patrimoniale apparaît en effet

comme le corollaire inversé du monopole de la répression qui atteint l'individu. Si la réinsertion de la plainte dans le domaine des infractions actuellement concernées par l'intervention répressive peut être délicate, sa réintégration à l'endroit où il ne s'applique pas paraît davantage envisageable. La plainte restreint en effet la répression dans le premier cas quand elle l'étend dans le second. Elle ne se conçoit cependant comme une véritable alternative à l'immunité familiale que dans le cas des infractions de droit commun puisque les infractions exclusivement familiales ne peuvent par essence être immunisées. La plainte est alors susceptible de remplacer la répression des infractions exclusivement et partiellement familiales alors qu'elle peut seulement remplacer l'immunisation de ces dernières. Quand la plainte remplace la répression, il est en outre possible de se demander si ce phénomène constitue une étape vers la dépénalisation du comportement et ne traduit pas sa future existence exclusive dans le domaine civil. Ces réflexions invitent à adopter une approche prospective et à s'interroger sur l'opportunité de penser la plainte préalable de la victime comme une alternative aux immunités familiales patrimoniales. Le remplacement de l'immunité par la plainte existerait en marge du cas dans lequel la plainte remplace l'intervention étatique obligatoire qui affecte négativement la famille, ce qui se conçoit principalement à l'égard des infractions qui inquiètent les obligations issues du lien de couple.

630. - Le remplacement de l'immunité familiale d'ordre matériel par la plainte préalable de la victime aurait pour effet de rendre optionnel le retrait actuellement obligatoire de la répression et de privilégier le règlement interne des conflits familiaux à l'endroit où la cohésion du lien familial ne résulte pas nécessairement de l'absence d'intervention du droit répressif. Si l'intervention pénale peut souvent annihiler les chances de maintien de la cohésion du lien de famille, il demeure cependant des cas dans lesquels elle sert directement cet objectif quand le droit répressif existe comme un soutien nécessaire à l'individu. Il existe en outre des circonstances dans lesquelles l'individu peut librement faire le choix de la destruction du lien dont il est acteur quand il ne souhaite pas préserver une unité par essence détruite par la perpétration de l'infraction. Que la répression aboutisse en ce lieu à une cohésion aidée ou à une destruction choisie du lien de famille, il apparaît certainement plus cohérent de ne pas annihiler d'office la possibilité de son existence. Si le rôle de la plainte dans les infractions familiales a théoriquement disparu à mesure de l'émergence de la considération pour la préservation de l'individu, il demeure possible d'inverser le point de vue et de considérer la plainte non pas du côté de l'institution qu'elle protège, mais sous l'angle des rapports individuels qu'elle peut sauvegarder. À travers cette perspective, la plainte ne s'opposerait pas à la protection de l'individu et du lien de famille qui participe à sa construction, mais entrerait à l'inverse en adéquation avec cet objectif. Si « la minimisation du rôle de la plainte traduit le recul du caractère privé de l'institution familiale en droit

pénal »¹⁹⁴⁶, ce mouvement contredit au surplus la place croissante désormais accordée à la victime dans le procès pénal. Cette dernière est en effet largement prise en compte quand il s'agit de lui reconnaître le droit de se constituer partie civile ou de mettre en place des procédures alternatives aux poursuites. Un intérêt similaire pourrait alors conduire à restaurer la plainte dès que l'intimité de l'infraction le justifie ou chaque fois que le patrimoine familial est atteint. Le fait que les infractions considérées ne protègent pas toujours réellement l'institution familiale ne doit pas pour autant conduire à exclure automatiquement la plainte de leur procédure de traitement. La plainte peut donc être doublement réintégrée pour protéger le lien familial du point de vue de l'individu au sein des infractions intimes, qui sont toujours réprimées, et dans les comportements qui touchent au patrimoine de la famille, qui ne le sont jamais.

631. - Les immunités familiales patrimoniales sont en outre souvent remises en cause et assimilées à l'injustice quand « elles permettent de soustraire à la répression des actes qualifiés de moralement et socialement graves »¹⁹⁴⁷ et méritent certainement d'être remplacées par le choix répressif que représente la plainte préalable de la victime¹⁹⁴⁸. L'auteur des infractions concernées ne serait plus immunisé par principe, mais le resterait tant que la plainte de la victime n'interviendrait pas en sens inverse. Ce système aurait le mérite de réintégrer l'individu dans le processus de gestion des conflits dont il est victime par l'intermédiaire de son patrimoine et lui redonnerait une marge de manœuvre cohérente à travers laquelle il serait libre de participer ou non au maintien du lien de famille. Cette dynamique aboutirait néanmoins au remplacement de l'arbitraire collectif par l'arbitraire individuel. Elle supposerait l'abandon d'une partie du monopole étatique qui gouverne l'application et l'absence de la répression, mais aurait le mérite de suppléer l'automatique par le facultatif. Si le calcul n'est pas toujours aisé en ce que les infractions familiales mêlent souvent l'atteinte privée à l'atteinte publique et l'atteinte personnelle à l'atteinte matérielle, la plainte peut cependant s'imposer comme la solution la plus pertinente quand les caractères privé et matériel supplantent les autres.

632. - La plainte préalable de la victime, qui recouvre désormais un domaine résiduel, voire inexistant, quand il est question des infractions familiales, peut en définitive être pensée comme une alternative remplaçant les immunités familiales qui existent déjà. Elle peut également être réfléchie en termes d'auto-immunisation à l'endroit où sa nécessité s'est

¹⁹⁴⁶ O. MAURY, *Famille et droit pénal*, *op. cit.*, n° 162, p. 103.

¹⁹⁴⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial – Infractions du Code pénal*, *op. cit.*, n° 257, p. 300.

¹⁹⁴⁸ V. en ce sens C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.* L'auteur évoque les dispositions du droit égyptien, qui soumet le déclenchement de l'action publique concernant ces faits à une plainte préalable de la victime et lui reconnaît un droit de pardon.

retirée, ou n'a jamais existé quand le caractère intime de l'infraction le justifie, ce qui est par exemple le cas des infractions qui portent prioritairement atteinte aux obligations familiales issues du lien de couple. La privatisation du conflit familial reste malgré tout un objectif difficile tant le déclin de la plainte est désormais affirmé dans un contexte au sein duquel les autorités étatiques ne sont certainement pas prêtes à abandonner un pan de la gestion publique des conflits familiaux. Ce renoncement serait cependant le plus opportun dans un contexte où la place croissante accordée à l'individu dans le procès pénal et de la société devrait corollairement affecter son rôle dans le déclenchement des poursuites des infractions les moins graves et les plus intimes pour jouer finalement comme une condition exceptionnelle au déclenchement de l'action publique.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

633. - L'examen de l'entrave consentie à la répression que constitue l'immunité familiale d'ordre patrimonial laisse apparaître un tableau aussi contrasté que celui qui caractérise son versant affectif, mais ne révèle pas de défauts identiques. La solidarité familiale patrimoniale constitue un fondement bien plus polémique de l'immunisation des atteintes aux biens des membres de la famille. Quand il constitue un obstacle matériel à la poursuite de l'infraction, le lien de famille revêt un double visage et peut prendre les traits d'une entrave obligatoire ou optionnelle au déclenchement de l'action publique. En tant qu'empêchement obligatoire, cette immunité s'ancre dans une continuité temporelle, mais révèle un domaine d'application évolutif. Les transformations qui la caractérisent ne sont cependant pas linéaires et relèvent de sens différents en fonction du cadre dans lequel elle s'inscrit. L'extension de son domaine infractionnel répond à la restriction du domaine personnel des protagonistes à qui elle bénéficie. L'adaptabilité de l'immunité familiale patrimoniale est cependant mise à mal par les controverses qui entourent son régime juridique. L'étude de cette immunité laisse entrevoir une nature juridique incertaine faussement justifiée par la fiction de copropriété familiale et se fondant en réalité sur des raisons sociales répondant à des considérations de politique répressive. Les défauts qui émergent de ce constat amènent nécessairement à remettre en cause sa légitimité et à s'interroger sur l'opportunité de son maintien dès lors qu'elle ne semble plus constituer le moyen le plus propice à faire obstacle à la poursuite de l'infraction.

634. - Ces imperfections invitent à considérer avec intérêt l'expression optionnelle de cette entrave qui se matérialise par la plainte préalable de la victime de l'infraction familiale. Cette plainte, qui était appréhendée comme une condition obligatoire au déclenchement des poursuites à l'égard de nombreuses infractions portant atteinte aux obligations matrimoniales, est longtemps restée un fondement de la mise en mouvement de l'action publique. Vectrice d'un réel droit d'accusation privée et révélatrice de l'intérêt accordé à la gestion individuelle de la mise en œuvre de la répression, la plainte de la victime constituait anciennement une modalité nécessaire au déclenchement des poursuites. Son retrait entraînait obligatoirement l'extinction de ces dernières. Le cumul de l'évolution des mœurs et de la conception pénale de la famille a toutefois mené à un affaiblissement important du rôle de la plainte dans la gestion procédurale des infractions familiales. La plainte préalable de la victime existe actuellement comme une condition exceptionnelle du déclenchement de l'action publique au sujet des infractions de droit commun et devient inexistante dès que la famille est concernée. Elle conserve néanmoins un rôle résiduel dans la poursuite des infractions familiales en ce qu'elle constitue parfois l'unique moyen de porter la perpétration de l'infraction à la connaissance des autorités de poursuites. Si elle conserve un rôle pratique chaque fois qu'elle octroie à

l'ordre public la possibilité de pénétrer à l'intérieur du huis clos familial, elle souffre cependant d'une désaffectation conceptuelle manifeste au sein du droit positif.

635. - Confronté à la place grandissante accordée à la victime dans le procès pénal et au déploiement de solutions alternatives aux poursuites, le détachement dont le droit répressif fait preuve à l'égard du rôle antérieurement octroyé à la plainte préalable de la victime mène finalement à s'interroger sur la privatisation de la justice répressive. La réinsertion de l'individu victime des conflits qui se commettent dans sa propre famille au sein de leur procédure de traitement répressif se manifeste sous deux acceptions différentes. La première pourrait conduire au remplacement circonstancié de l'automatisme de la répression par un choix laissé à la discrétion de la victime chaque fois que l'infraction familiale présente un caractère assez intime ou que la gravité relative de la valeur sociale atteinte par l'infraction le permet. Cela pourrait notamment être le cas à l'égard des infractions qui portent prioritairement atteinte aux obligations familiales issues du lien de couple ou au sujet de celles qui préjudicient au droit de propriété, mais dont les protagonistes ne sont pas inscrits dans un lien de famille encadré par l'immunité. La seconde voie de concours à la privatisation de la justice répressive consisterait à considérer la plainte de la victime comme une alternative aux immunités familiales, dans le but de laisser la discrétion du déclenchement des poursuites à la victime de l'infraction lorsque le droit pénal choisit actuellement de se retirer. Cette solution peut être cohérente dans le sens où l'application comme le retrait de la répression ne privilégient pas toujours factuellement les chances de restauration du lien de famille. Finalement, la question du maintien du lien familial mérite parfois d'être laissée aux individus directement concernés. La plainte de la victime peut en définitive être utilisée pour atteindre deux fins divergentes. Le mécanisme est identique, mais poursuit deux visées différentes selon qu'il a pour but de restreindre ou d'étendre la répression. L'arme procédurale est au final la même alors que les conséquences de son utilisation s'opposent dans leurs effets.

636. - Si ces transformations présentent des avantages certains, elles restent cependant délicates à mettre en œuvre dans la mesure où la hiérarchie des valeurs sociales n'est pas aisée à opérer à l'égard de comportements qui attentent à la fois à l'individu et à l'institution familiale. Leur concrétisation supposerait en outre l'abandon par le pouvoir étatique d'une partie de la mise en œuvre de la répression. Or, cette évolution ne semble guère correspondre à l'esprit de la législation contemporaine, qui se tourne davantage vers la publicisation croissante de l'intervention répressive au sein de la famille. L'analyse est finalement similaire à celle qui entoure le versant intellectuel de l'obstacle constitué par le lien familial. Elle participe également à l'observation générale de l'effacement de la force du caractère privé de l'entité familiale en droit répressif. Si la famille reste susceptible d'influencer le déclenchement de la répression, elle n'en demeure plus un facteur nécessaire. En définitive,

l'ordre public semble encore une fois primer la volonté individuelle qui ne reste prise en compte pour déclencher la répression que dans le cas où elle apporte son concours aux autorités qui ont déjà acté le principe de leur intervention. Si la gestion publique des infractions familiales œuvre théoriquement pour la préservation du lien de famille, elle omet de considérer le rôle prépondérant pouvant être accordé à l'individu dans la poursuite de ce dessein.

CONCLUSION DU TITRE I

637. - Quand il fait obstacle à l'effectivité de la répression, le lien de famille joue alternativement le rôle d'un obstacle moral à l'existence de l'infraction ou d'un obstacle matériel à la poursuite de cette dernière. Le lien familial revêt deux visages, qui concordent mutuellement vers l'absence de mise en œuvre de la répression. Si la finalité est identique, les fondements divergent puisque l'infraction est commise par amour dans le premier cas et manifeste le désamour dans le second. La dualité de leurs fondements¹⁹⁴⁹ induit naturellement des effets divergents. Dans son acception morale, l'obstacle répressif, constitué par le lien de famille qui se matérialise par les immunités familiales affectives, se conçoit comme une cause de légitimation originelle du comportement infractionnel. Directement rapportée aux actions et abstentions délictueuses qui concernent les atteintes à la justice, l'immunité affecte la répression en amont : elle existe comme une cause annihilant le caractère infractionnel de l'acte. Dans son acception matérielle, l'obstacle répressif constitué par le lien de famille s'émancipe du visage unique recouvert par l'immunité et se manifeste également à travers l'exigence de la plainte préalable de la victime. L'examen des deux versants qui caractérisent les entraves consenties à l'application de la répression mène à un constat contrasté, dont les défauts ne se situent pas au même plan en fonction de la nature de l'obstacle envisagé.

638. - Premier versant de l'obstacle à la mise en œuvre pratique de la répression, l'immunité familiale affective émerge comme un fondement rationnel et harmonieux de l'immunisation des atteintes au fonctionnement de la justice répressive. Ce constat se manifeste tant en ce qui concerne la connaissance même de l'infraction que l'exercice effectif de la répression. Le contexte familial fait perdre son caractère illicite à l'acte qui serait traditionnellement réprimé s'il se commettait hors de son sein. La politique criminelle qui justifie l'existence de cette immunité octroie donc à la famille la possibilité d'anéantir la nature infractionnelle d'un comportement d'action ou d'omission déterminé. L'étude du lien de famille précisément considéré par cette immunité assombrit cependant le constat et engendre beaucoup d'interrogations quant à la détermination de sa nature.

639. - Le second versant de l'obstacle à la mise en œuvre pratique de la répression est représenté par l'action du lien de famille en tant qu'entrave matérielle à l'application du droit pénal. Cette entrave se caractérise principalement par l'existence de l'immunité familiale d'ordre patrimonial dont l'examen laisse émerger un fondement bien plus discuté. Son

¹⁹⁴⁹ Pour une analyse de cette dualité, v. G. CLÉMENT et B. CLÉMENT, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 55 : « des raisons sociales fondent l'immunité familiale d'ordre patrimonial alors que la primauté de la solidarité familiale justifie les immunités familiales d'ordre moral ».

domaine d'action affiche une complexité particulière, directement issue du fait qu'elle se manifeste à travers deux processus divergents. En tant qu'empêchement matériel à la poursuite de l'infraction, le lien de famille est en effet susceptible de prendre le visage d'une entrave obligatoire ou optionnelle au déclenchement de l'action publique. Quand elle agit sous le joug de l'obligation et se manifeste à travers l'application de l'immunité familiale, l'entrave familiale existe comme la résultante d'une longue persistance historique. Elle subit néanmoins contradictoirement les travers de son évolution dans la mesure où l'extension de son domaine infractionnel répond à la restriction de son domaine personnel. En outre, la détermination de son régime juridique demeure sujette à de nombreuses controverses qui aboutissent à la remise en cause de sa légitimité et invitent à étudier la question de son remplacement par la plainte préalable de la victime comme obstacle optionnel à la poursuite de l'infraction.

640. - L'analyse cumulée des manifestations affective et matérielle de l'obstacle que le lien de famille pose à l'effectivité de la répression invite à formuler plusieurs observations. Les domaines recouverts par les deux types d'entraves semblent en premier lieu souffrir d'un manque d'harmonisation interne et ne concordent guère, ni au sujet des infractions concernées ni par rapport aux protagonistes qu'elles intéressent. L'instabilité personnelle répond à la permanence infractionnelle quand l'affection familiale est concernée alors que la restriction personnelle fait face à l'extension infractionnelle lorsque l'obstacle est considéré matériellement. Qu'elles concernent l'un ou l'autre de ces domaines, les entraves appréhendées révèlent une conception de la famille assez restreinte et s'imposent à l'individu. La restauration du lien de famille et la préservation de l'institution familiale contre les vicissitudes inhérentes au procès pénal émergent comme des objectifs louables. La publicisation du conflit familial, qui résulte du caractère obligatoire de l'immunité, ne concorde cependant pas toujours avec la primauté individuelle que le droit répressif met actuellement à l'œuvre. L'examen des deux visages de l'obstacle appréhendé s'oriente vers le constat général de l'amenuisement de la gestion privée de l'application de la répression. À l'image de la subsidiarité qui l'entoure quand elle fonde la répression, la famille s'inscrit comme un facteur accessoire quand elle est la cause du retrait de cette dernière. Le rôle d'obstacle répressif qui peut être accordé à la famille se cantonne en outre aux infractions délictuelles qui portent atteinte aux valeurs sociales les moins fondamentales.

641. - La famille, qui semble faire l'objet d'une protection immédiate quand le droit pénal renonce à s'appliquer, reste en réalité soumise aux velléités répressives et devient protégée à travers le maintien de la cohésion affective et patrimoniale. Les immunités familiales existent parfois hors du cercle familial. Le lien familial est parallèlement vu plus restrictivement que celui qui engendre l'application de la répression. De ce fait, il est possible de considérer

qu'« au croisement du droit de la famille et du droit pénal, les immunités familiales reflètent – et révèlent – le déplacement, voire l'effacement, des bornes de la famille »¹⁹⁵⁰. La conception étriquée de ses bénéficiaires témoigne cependant d'un resserrement de ses frontières. Loin de traduire uniquement les théories du rétrécissement de la famille¹⁹⁵¹, ces phénomènes illustrent dans le même temps l'éclatement de la famille traditionnelle. Ce mouvement contradictoire permet d'affirmer que « s'adaptant aux flux et reflux de la politique criminelle de la famille, le domaine des immunités familiales offre une nécessaire adaptabilité »¹⁹⁵². La situation manque cependant cruellement d'homogénéité quand un « régime juridique différent s'applique à chacune des situations dans lesquelles il est convenu de parler d'immunité »¹⁹⁵³. Toute tentative de systématisation est alors inconcevable quand la notion d'immunité n'est pas univoque. Si les situations dans lesquelles elle s'applique peuvent faire l'objet d'une classification circonstanciée, la découverte d'une définition unitaire de l'immunité reste une vaine entreprise¹⁹⁵⁴.

642. - Le raisonnement peut être repris à l'identique au sujet de l'appréhension pénale du lien familial, qui se caractérise par une variabilité faisant échec à la recherche de sa définition homogène. Dans ce contexte, il est envisageable d'affirmer que « ce choix du législateur de recourir à des acceptions différenciées de la famille se justifie dans certains cas, mais n'emporte pas toujours la conviction à d'autres égards »¹⁹⁵⁵. Ce choix, qui peut être logique, n'est pas pertinent quand il revient à l'exclusion d'une certaine catégorie de personnes du bénéfice du retrait de la répression. En ce qu'elle se rapporte à une conception plus restreinte du lien de famille, la solidarité patrimoniale demeure moins bien protégée que la cohésion affective quand « le législateur semble en effet se montrer nettement plus compréhensif dès lors qu'il s'agit pour la famille de protéger l'auteur d'une infraction »¹⁹⁵⁶. Cette divergence semble paradoxale puisque ces deux cohésions participent au maintien de la paix familiale. La définition univoque de la famille n'est cependant pas toujours souhaitable, car le traitement identiquement de comportements qui ne le nécessitent pas peut être dangereux. La gradation répressive instaurée peut en ce sens révéler le pragmatisme du droit pénal. Lorsqu'il se met en retrait, ce dernier ne semble toutefois pas toujours prendre la mesure de la réalité familiale contemporaine. Le constat définitif est celui de l'illogisme d'un droit répressif qui fonde son retrait sur un lien familial confus et indéterminé. La conclusion est sans appel dans la mesure

¹⁹⁵⁰ P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 297.

¹⁹⁵¹ V. en ce sens la « loi du rétrécissement continu de la famille » expliquée par É. DURKHEIM. Sur cette théorie, v. not. *supra*, n° 6, spéc. note 66.

¹⁹⁵² P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », *art. préc.*, spéc. p. 294.

¹⁹⁵³ C. CHOUKROUN, « L'immunité », *art. préc.*, spéc. p. 36.

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵⁵ M. TINEL, « La famille en droit pénal », *art. préc.*, spéc. p. 171.

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 172.

où « si le droit pénal prend actuellement en compte les liens familiaux pour être parfois en retrait, il n'a aucune vision claire et cohérente des liens qui peuvent fonder ce retrait »¹⁹⁵⁷. Le lien familial qui restreint l'application répressive n'a pas nécessairement vocation à s'étendre à celui qui la fonde. Il mérite cependant de bénéficier d'une uniformité au sein même de la restriction qui le caractérise. Cette harmonisation pourrait en outre consister à étendre le retrait du droit répressif au lien de couple généralement considéré. La prise en compte du lien de famille empêche parfois la répression de s'appliquer effectivement. Son absence de prise en considération peut à l'inverse faire obstacle à son efficacité.

¹⁹⁵⁷ D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *art. préc.*, spéc. n° 77, p. 99. La protection pénale de la solidarité qui caractérise les liens de couples extraconjugaux apparaît en outre nécessaire quand ils ne bénéficient nullement par ailleurs d'un régime protecteur. V. en ce sens J. AMAR, « PACS et immunités familiales », *art. préc.*

TITRE II - L'IGNORANCE DU LIEN FAMILIAL COMME OBSTACLE À L'EFFICACITÉ DE LA RÉPRESSION

« L'efficacité désigne usuellement le caractère de ce qui produit l'effet attendu. [...] En définissant l'efficacité comme la capacité d'une mesure d'atteindre les objectifs visés, nous visons la situation idéale composée d'objectifs clairs, univoques, précis, mesurables aisément, opérationnels, précisément déterminés, expressément exprimés, stables, certains, convergents et non contradictoires. Or, de telles conditions sont rarement réunies en pratique.

[...] Cette perspective nous force à repenser la notion d'efficacité hors du schéma fins-moyens. Dans cette optique, l'accent se déplacerait sur la capacité à percevoir, à détecter, à anticiper suffisamment tôt les plus infimes indices précurseurs de l'évolution d'une situation dont il ne restera plus qu'à laisser agir le potentiel par lui-même » (A. FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, n° 138, p. 83).

643. - La notion d'efficacité de la norme n'appartient pas directement au langage du droit. Cependant, elle lui est souvent rapportée dans l'évaluation de son application. Si le terme a désormais acquis « le statut d'un référentiel pour juger les règles de droit »¹⁹⁵⁸, il suscite cependant la méfiance et se rapporte classiquement à l'analyse économique du droit. L'économie affecte nécessairement le droit quand il s'agit d'évaluer l'efficacité qui semble considérée comme un « nouveau vecteur de légitimité »¹⁹⁵⁹ de la norme juridique. L'esprit de l'efficacité, qui est devenue « un thème classique dans le discours contemporain à propos des normes juridiques »¹⁹⁶⁰, laisse émerger une terminologie complexe alliant à la fois un moyen d'action, un dessein d'application et un outil stratégique de mesure de l'adéquation entre ces deux éléments. Considérée comme un instrument destiné à apprécier la concordance entre la

¹⁹⁵⁸ S. NADAL, « L'efficacité des règles de droit pour repère : quel(s) horizon(s) ? », in P. HAMMJE, L. JANICOT et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif - Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso, coll. « Lejep », 2013, p. 14.

¹⁹⁵⁹ V. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, « Préface », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique - Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 13. Les auteurs s'interrogent plus généralement sur la détermination des caractéristiques et propriétés de la norme ainsi que sur sa propension à être appliquée par ses destinataires.

¹⁹⁶⁰ A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique (...)*, op. cit., p. 61.

finalité visée et le résultat obtenu, l'efficacité se rattache instinctivement à l'idée de performance¹⁹⁶¹. Dans cette acception, elle rejoint une vision purement productiviste du procédé qu'elle apprécie. Relativement à la norme juridique, elle intéresse directement l'objectivation pratique de la norme théorique et se conçoit comme un « mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent »¹⁹⁶². Le principe d'efficacité existe alors en complément du principe de légalité au sein du processus de contrôle de la conformité du droit à la norme juridique dont il est issu, dès lors qu'« il ne suffit plus de contrôler la conformité à des normes, mais d'évaluer les résultats atteints dans leur mise en œuvre »¹⁹⁶³.

644. - Quand l'efficacité apprécie les fins de l'action juridique, la pertinence d'une norme est justifiée par la performance de son application¹⁹⁶⁴. Elle met directement en cause sa propension à correspondre aux fins visées lors de sa conception théorique. L'efficacité doit, de ce fait, à la fois être appréciée du point de vue de celui qui crée la norme et à travers celui qui la reçoit¹⁹⁶⁵. Assimilée à l'idée de performance et d'adéquation aux objectifs préalablement fixés, l'efficacité s'ancre dans une perspective finaliste qui suppose de sélectionner en amont « les instruments les plus aptes à orienter le comportement des individus dans le sens voulu par le politique et d'abandonner les autres dont l'efficacité n'est

¹⁹⁶¹ V. en ce sens les propos de J. CAILLOSSE, « Esquisse d'une réflexion sur une fausse évidence : l'efficacité du droit », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique (...)*, op. cit., p. 154. L'auteur met l'accent sur la « juridicisation de la notion de performance » et sur la « banalisation progressive des procédures évaluatives ».

¹⁹⁶² A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 1993, p. 219.

¹⁹⁶³ A. FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, n° 138, p. 83.

¹⁹⁶⁴ V., pour l'idée de logique managériale de l'action des autorités publiques et sur l'émergence d'« une nouvelle figure de la rationalité juridique », J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, 1993, n° 4, p. 111, spéc. p. 132 et J. CHEVALLIER, « La rationalisation de la production juridique », in C.-A. MORAND (dir.), *L'État propulsif*, Publisud, 1991, p. 11. L'auteur constate une « hybridation de la logique gouvernant l'action publique » au sein de laquelle « la rationalité juridique est saisie par celle de l'efficacité et, inversement, la rationalité managériale est amendée par le principe de légalité ». V. dans le même sens M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique (...)*, op. cit., pp. 14 et 23. Les auteurs constatent le fait que « l'impératif d'efficacité est perçu par certains comme manifestation de l'impérialisme économique au détriment de certaines valeurs qui fondent les sociétés démocratiques » et font état « d'une légitimité plus technique fondée sur l'efficacité de la production juridique » qui se superpose à « la légitimité fondée sur l'élaboration démocratique de la règle de droit » en concluant par l'affirmation selon laquelle « à l'efficacité de la norme est opposée l'éthique du droit ». Si l'affirmation semble quelque peu péremptoire et ne constitue pas une vérité absolue, elle n'est pas moins exempte de cohérence quand il s'agit de considérer uniquement l'efficacité sous le prisme de son aspect téléologique.

¹⁹⁶⁵ V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Dalloz, 1962, p. 15 : dès lors qu'« une norme est efficace soit lorsqu'elle est appliquée dans les cas concrets par les organes de l'ordre juridique [...], soit également lorsqu'elle est suivie par les sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils manifestent la conduite qui évite la sanction ». La définition du philosophe se rapproche donc en partie de la conception de l'effectivité qui est adoptée à travers cette étude, mais sous-entend implicitement dans le même temps que l'évitement de la sanction contribue au suivi des objectifs fixés par la norme.

pas avérée »¹⁹⁶⁶. La mesure du degré d'atteinte des intentions normatives suppose une définition préalable claire et précise des objectifs poursuivis. Cette ambition devient très malaisée quand ces derniers sont confus et discordants¹⁹⁶⁷.

645. - L'efficacité normative se mesure par rapport aux résultats qui s'inscrivent dans un rapport causal avec la création et l'application de la norme juridique¹⁹⁶⁸. Elle se distingue de l'efficience qui étudie l'économie de l'action normative là où l'efficacité recherche uniquement son application adéquate et quand l'effectivité se borne à constater sa mise en œuvre. Partant, si les notions désignent toutes deux un rapport entre un moyen et un but, l'efficacité se distingue de l'efficience en ce qu'elle « qualifie un moyen qui permet d'atteindre le résultat souhaité, sans autre précision et donc, en particulier, sans porter de jugement sur le caractère approprié ou proportionné du moyen »¹⁹⁶⁹ alors qu'« un dispositif efficient est celui qui atteint le résultat souhaité au moindre coût »¹⁹⁷⁰.

646. - Quand il existe, le défaut d'efficacité de la norme préjudicie à la cohérence de son application. Si elle constitue une imperfection, l'inefficacité de la norme ne se situe pas sur le même plan que son illégalité. La restriction de l'efficacité à sa dimension productiviste a en effet pu être critiquée comme relevant d'une conception étriquée de la réalité qu'elle véhicule. À ce titre, « concernant l'ordre juridique, ériger l'efficacité en critère premier d'une "évaluation" est une manière de procéder incomplète et partielle, mais surtout

¹⁹⁶⁶ A. FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *art. préc.* L'auteur affirme alors très justement que, dans cette perspective, « la réussite de l'action justifie le moyen retenu et son échec le discrédite ».

¹⁹⁶⁷ Cette confusion inquiète et suscite certaines interrogations doctrinales. V. *ibid.*, p. 84 : « [c]omment mesurer par exemple l'atteinte d'objectifs imprécis ou contradictoires ? Comment déterminer la qualité de prestations impossibles à évaluer quantitativement ? Comment garantir un pluralisme des évaluations pour mettre en évidence les valeurs sous-jacentes ? ». La détermination rigoureuse des desseins normatifs existe en ce sens comme une condition préalable à la pertinence de l'efficacité évaluatrice et « la recherche des objectifs constitue dès lors une étape préliminaire essentielle de toute analyse portant sur l'efficacité de la législation ». V. L. MADER, « L'évaluation législative : pour une analyse empirique des effets de la législation », Payot, 1985, p. 78, spéc. p. 82.

¹⁹⁶⁸ Par la dimension objective qui lui est inhérente, l'efficacité s'affranchit de l'efficience de la norme. L'efficience consiste en effet à rechercher le procédé le plus rationnel pour atteindre la concrétisation optimale de la norme. Elle suppose une réflexion qui se rapporte au calcul du coût d'opportunité entre l'investissement nécessaire à la mise en œuvre de la norme et les bénéfices qui ressortent de cette dernière.

¹⁹⁶⁹ A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », *art. préc.*, spéc. p. 62.

¹⁹⁷⁰ *Ibid.* L'effectivité de la norme n'appelle pas nécessairement son efficacité quand cette dernière se distingue souvent de son efficience alors que l'efficacité de la norme suppose normalement son effectivité simultanée. La logique appelle en effet à penser qu'une norme ne peut être efficace sans être effective. L'assertion mérite cependant d'être nuancée quand les objectifs sont parfois atteints sans que la norme n'ait été effectivement mise en œuvre à l'endroit où son existence théorique ou la menace de son usage suffisent à engendrer son respect. V. en ce sens F. OST, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in J. CLAM, et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et Société », L.G.D.J., 1998, p. 423, spéc. p. 445 et R. TREVES, *Sociologie du droit*, PUF, 1995, p. 199. Le philosophe estime que « la véritable efficacité de la loi est d'ordre symbolique » quand le sociologue fait référence aux « effets latents » de la norme.

dangereuse : réduire le droit à sa seule efficacité, c'est ne le définir que par une approche utilitariste, fonctionnelle et matérielle, ne s'intéressant qu'à sa concrétisation »¹⁹⁷¹.

647. - Les difficultés qui entourent la détermination claire et précise des finalités de la norme ont mené à l'élaboration de paradigmes différenciés qui consistent à penser que l'efficacité « est aussi, et surtout dirions-nous, fonction de sa capacité à produire un équilibre entre justice et sécurité, dans le respect des formes légales, qui sont autant de garanties contre l'arbitraire »¹⁹⁷². L'équilibre en question s'éloigne de la simple adéquation entre les objectifs affichés par la norme et ceux auxquels elle parvient à travers son application. Son atteinte induit « la nécessité de s'affranchir du schéma téléocentrique »¹⁹⁷³ qui caractérise traditionnellement l'efficacité normative. La diversification du modèle de pensée qui enserre l'efficacité appelle à prendre en compte l'adaptabilité qui la caractérise.

648. - Regardée sous une perspective évolutive, l'efficacité de la norme revient à prendre en considération la capacité réflexive du droit, qui consiste à « intégrer au fur et à mesure de l'évolution des circonstances l'émergence de buts et de mesures aussi nouveaux qu'imprévus »¹⁹⁷⁴. La souplesse de la norme sort alors du champ de ses défauts pour intégrer celui de ses qualités. Cette perspective invite à considérer que la flexibilité et l'adaptation de la norme ne contribuent pas à son inefficacité, mais existent au contraire en tant que garanties de son efficacité¹⁹⁷⁵. L'absence de conformité aux objectifs initialement fixés ne suppose donc plus nécessairement l'inefficacité. Cette dernière viendrait à l'inverse du défaut d'adaptabilité de la norme et des buts qu'elle poursuit à l'évolution du contexte dans lequel elle s'applique. La force de la norme résiderait finalement dans sa capacité à anticiper son évolution et à déterminer par anticipation sa variabilité.

¹⁹⁷¹ N. FERREIRA, « L'efficacité du droit... pour quoi faire ? », in P. HAMMJE, L. JANICOT et S. NADAL, *L'efficacité de l'acte normatif (...)*, op. cit., 2013, p. 23.

¹⁹⁷² F. OST, « Le temps virtuel des lois postmodernes (...) », *art. préc.*, spéc. p. 445. Le philosophe affirme à ce titre que « la légitimité d'une règle ne se mesure pas seulement à son effectivité, son efficacité ou son efficience ».

¹⁹⁷³ A. FLÜCKIGER, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *art. préc.*, spéc. p. 94. L'auteur affirme la nécessité de penser autrement l'efficacité et de l'évaluer dans « un environnement émergent » en interpellant le lecteur sur le danger inhérent au « penchant de reconstruire *a posteriori* une lecture orientée des buts à la suite des effets réellement obtenus et observés, afin d'aboutir au degré d'(in)efficacité que l'on souhaite démontrer ».

¹⁹⁷⁴ *Ibid.* L'auteur affirme que le problème « provient du fait que l'efficacité est définie en fonction d'un complexe d'objectifs posés *a priori* qu'il convient d'atteindre » et s'interroge sur la possibilité « de concevoir ce principe sans construire un modèle à poser comme but, et sans passer par la distinction théorie/pratique qui implique inévitablement la survenance d'un écart, réminiscence de l'évaluation sanction ».

¹⁹⁷⁵ V. en ce sens les développements de Fr. JULLIEN, *Traité de l'efficacité*, Grasset, 1996, p. 36. Le philosophe invite à repenser le paradigme qui entoure classiquement l'efficacité et affirme que « la variable, l'imprévisible, l'incertain ne constituent plus dans un tel système le problème que nous redoutons habituellement, menaçant le modèle à atteindre, mais bien les éléments moteurs de l'efficacité ».

649. - Rapportée à la norme pénale familiale, la notion d'efficacité arbore une coloration particulière. L'évaluation de l'adéquation de la norme aux objectifs initialement visés par ses créateurs doit en effet s'adapter à la complexité et à la mouvance du champ social. L'efficacité s'émancipe par conséquent de chacune des acceptions précédemment évoquées pour entremêler la productivité et l'adaptabilité. En tant que technique d'évaluation de la norme, l'efficacité ne se résume pas à un choix orienté vers l'une ou l'autre de ces significations, mais résulte nécessairement de leur imbrication¹⁹⁷⁶. Ainsi rationalisée, l'efficacité se résume au fait de concevoir une norme propre à s'appliquer en adéquation avec les objectifs qu'elle vise initialement et propice à s'adapter postérieurement à l'évolution du contexte au sein duquel elle s'applique.

650. - L'examen du lien de famille, qui fonde l'existence ou l'aggravation de la répression, a démontré le caractère secondaire qui lui est attribué et la dynamique utilitaire qui caractérise l'action de la répression en son sein. Cette analyse mène au constat d'un lien de famille largement déconsidéré par le droit pénal qui ne le prend en compte que subsidiairement. Cette absence de considération s'avère cependant néfaste au sein d'un domaine dont la complexité nécessite une prise en considération égalitaire des éléments qui le composent. Si la famille peut être aussi bien regardée du point de vue institutionnel que sous l'angle de ses unités personnelles, le lien de famille constitue l'appareil propice à assurer la cohésion de ces deux ensembles.

651. - Le lien de famille apparaît comme un acteur indispensable de solidarité et d'unité. Il participe à la cohésion familiale, mais œuvre dans le même temps au maintien de la cohésion sociale qui contribue à la préservation des atteintes contre la perpétration desquelles le droit répressif a pour objectif de lutter. À travers le détachement dont il fait preuve en ce domaine, le droit pénal participe paradoxalement à sa propre inefficacité. Si le droit pénal prend occasionnellement en compte le lien familial pour lui faire légitimement jouer le rôle d'obstacle à l'effectivité de la répression, l'absence de prise en compte du lien de famille joue comme un obstacle illégitime à l'efficacité de la répression. Ce détachement touche aussi bien la phase de la conception que celle de l'application du droit pénal, au sein desquelles le lien familial émerge comme un outil secondaire mis au service du droit répressif. La cohérence de la répression, dont l'efficacité souffre paradoxalement du désintérêt qu'elle manifeste, doit alors être réinstaurée dans l'intégralité du processus de création de la norme pénale familiale. Dès lors que son maintien répond à des exigences de santé publique et de cohésion sociale, le lien de famille mérite d'être considéré comme une source d'inspiration prioritaire pour

¹⁹⁷⁶ La norme pénale familiale, qui ne peut pas se contenter de se conformer à des objectifs prédéterminés sans évoluer par ailleurs et qui ne peut parallèlement pas évoluer sans connaître préalablement les finalités à partir desquelles elle s'adapte, semble particulièrement propice à révéler cette articulation.

l'édiction de la norme et comme un facteur essentiel de l'orientation de son application. La réinsertion du lien familial au sein de la répression existe en définitive comme une nécessité qui enserme l'incrimination et sa sanction. La négation du lien familial fait à la fois obstacle à l'efficacité de l'acte infractionnel (*Chapitre 1*) et à celle de la réponse pénale qui lui est attribuée (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 1 - LA NÉGATION DU LIEN FAMILIAL COMME OBSTACLE À L'EFFICACITÉ DE L'ACTE INFRACTIONNEL

652. - La préservation du lien de famille au sein des groupes qui composent la société participe directement à la sauvegarde du lien social et sert le maintien des relations interindividuelles. La cohésion familiale apparaît comme un véritable facteur de santé publique dès lors que l'épanouissement individuel favorise généralement l'absence d'adhésion aux comportements infractionnels. Le droit répressif, qui se désintéresse du lien de famille, s'écarte délibérément de l'un des facteurs qui favorisent sa prospérité, et engendre potentiellement la commission des infractions contre lesquelles il a pour objet de lutter. Le lien de famille, abandonné par la répression, fait alors paradoxalement obstacle à l'application cohérente de cette dernière. La négation dont souffre le lien familial, qui est majoritairement considéré comme un outil subsidiaire d'intervention répressive, entrave l'efficacité de l'ensemble de la politique pénale mise en œuvre par les autorités publiques. Avant d'affecter la sanction attribuée au comportement pénalement réprimé, cette réfutation fait prioritairement obstacle à l'efficacité de l'acte infractionnel. Détaché de sa sanction, ce dernier peut être entendu comme un comportement d'action ou d'omission prohibé par la loi. L'acte infractionnel familial s'entend alors spécifiquement de celui qui se commet ou s'omet au sein de la sphère familiale et qui inclut deux protagonistes unis par un lien de famille. Le comportement auquel il se réfère se manifeste directement à travers la rédaction de la norme pénale familiale, qui recouvre autant de réalités que le droit pénal appréhende de liens familiaux. La largesse du domaine recouvert par la norme pénale familiale existe logiquement à hauteur de celle qui caractérise le lien familial pénal.

653. - Regardée sous le prisme de l'acte infractionnel, l'efficacité de la norme fait partie intégrante de la légistique formelle qui traite des principes et mécanismes essentiels de la technique rédactionnelle normative. La réflexion, qui porte sur les moyens à octroyer au droit pour optimiser son efficacité, oblige en effet à examiner au préalable le contenu de la norme et le sens de l'objet destiné à être efficace¹⁹⁷⁷. L'efficacité des normes, qui émerge comme un

¹⁹⁷⁷ Certains auteurs se sont dès lors interrogés sur les conditions dans lesquelles l'énoncé de la norme peut contribuer à sa propre efficacité et sur la façon dont ses créateurs pensent l'efficacité des normes qu'ils produisent à partir de leurs modalités d'énonciation. V. not. les questionnements de V. CHAMPEIL-DESPLATS et É. MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », *art. préc.*, spéc. p. 65 : « [c]ela étant dit, dans quelle mesure l'énoncé ou la formulation de la norme est-il au nombre de ses conditions d'efficacité, entendue comme la réalisation des effets recherchés par leur auteur ? À quelles conditions théoriques l'énoncé de la norme peut-il être pensé comme participant ou contribuant à son efficacité ? ».

« nouvel impératif juridique »¹⁹⁷⁸, semble passer par une rédaction claire et précise du texte, à même de révéler la volonté de celui qui en est à l'initiative¹⁹⁷⁹. La conception téléologique, qui insiste sur les conséquences attendues de la norme, fait acquérir à l'intention du législateur un rôle de référentiel dans l'accession à l'efficacité. Cela suppose cependant que cette volonté transparaît à travers la rédaction de la norme. La matière textuelle permettrait en ce sens de déduire la substance intellectuelle. Cette vision « oblige à postuler une volonté unique et suffisamment précise de l'auteur de la norme, avec la part de fiction que cela implique »¹⁹⁸⁰.

654. - Si le postulat selon lequel « les normes juridiques ont chacune un seul but et qu'il est connu ou connaissable »¹⁹⁸¹ est parfois conforté, il est cependant loin d'être absolu et n'a nullement vocation à s'appliquer à l'ensemble des normes. Le principe même de l'évaluation est finalement controversé quand il n'est pas certain que le juriste dispose des outils matériels appropriés à sa réalisation¹⁹⁸². Porté à son paroxysme, ce constat invite à remettre en cause « la possibilité même d'un discours juridique sur l'efficacité du droit »¹⁹⁸³ et à questionner la notion d'efficacité rapportée à la norme pénale familiale. Pour être pertinente, la norme pénale familiale doit tenir compte de la spécificité du contexte dans lequel évolue l'objet qu'elle mesure¹⁹⁸⁴.

655. - Faussement affiché comme un objet primordial de protection pénale, le lien de famille institutionnel ou relationnel est souvent considéré comme un moyen secondaire. L'efficacité de la norme pénale familiale peut être pensée « à partir de la formulation du seul énoncé normatif »¹⁹⁸⁵ ou être élargie à la perspective globale du système dans lequel elle s'inscrit¹⁹⁸⁶.

¹⁹⁷⁸ V. l'étude de Fr. ROUVILLOIS et Chr. GAVINI, *L'efficacité des normes : réflexion sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'Innovation Politique, 2006.

¹⁹⁷⁹ Cette exigence transparaît en outre au sein du guide de légistique qui invite à concevoir une réglementation efficace à travers le travail de conception des textes normatifs. Le guide invite tant que possible à distinguer le potentiel du souhaitable et l'accessoire de l'essentiel au sujet de la rédaction des normes. V. *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, La documentation française, 2007. Les normes doivent avant tout s'orienter vers la primauté de l'objectif souhaitable et essentiel pour laisser de côté ce qui relève de l'accessoire et du possible. Ce mouvement semble avoir été suivi en ce qui concerne la norme pénale familiale, dont la rédaction laisse transparaître en filigrane le caractère subsidiaire de la famille.

¹⁹⁸⁰ M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique (...)*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁸¹ A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », *art. préc.*, spéc. p. 63.

¹⁹⁸² V. en ce sens les développements de M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique (...)*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁸³ J. CAILLOSSE, « Esquisse d'une réflexion sur une fausse évidence : l'efficacité du droit », *art. préc.*

¹⁹⁸⁴ Cette adaptation est particulièrement nécessaire au sujet du domaine familial puisque les normes qui s'y réfèrent affichent très rarement l'effet réellement recherché par celui qui les crée et peuvent difficilement faire l'objet d'une évaluation pratique.

¹⁹⁸⁵ *Ibid.* Les auteurs expliquent que cette première vision se résume à un « effet performatif du discours » qui induit une efficacité immédiate naissant de la « structure impérative de la norme ». Le discours est donc efficace

La perception systémique de l'efficacité invite à faire le lien entre la norme et l'environnement qui la crée. Elle invite à s'affranchir de la pensée qui s'oriente uniquement vers le résultat recherché pour rejoindre « l'efficacité sociale »¹⁹⁸⁷, entendue comme celle qui se rapporte aux effets sociaux produits par le droit.

656. - La conception sociale de l'efficacité s'émancipe du modèle gestionnaire classiquement attribué à cette technique d'évaluation et introduit la dose d'humanité nécessaire à la pertinence de sa consécration¹⁹⁸⁸. L'énoncé normatif participe nécessairement à l'efficacité de la norme dont l'existence nécessite cependant que la règle soit simultanément pensée en adéquation avec son contexte social. Si l'effectivité se conçoit comme ce qui est, l'efficacité s'entend de ce qui doit être en fonction des objectifs poursuivis par la norme et de leur propension à se réaliser dans un environnement particulier¹⁹⁸⁹.

657. - L'efficacité, qui se rapporte à la norme pénale familiale, a vocation à être appréhendée sous l'angle du système au sein duquel elle s'applique et se rapporte cumulativement à « l'évaluation des effets concrètement produits dans la réalité sociale par une règle et de leur conformité aux objectifs visés par son auteur »¹⁹⁹⁰. L'efficacité de la norme pénale familiale doit en définitive être conçue comme « un objet nécessairement variable, dont les contours et la substance ne cessent de changer en fonction d'équilibres et de rapports de forces sociaux »¹⁹⁹¹, auxquels elle se confronte en permanence¹⁹⁹². La sphère familiale au sein de laquelle la norme répressive a vocation à s'appliquer est en effet en constante évolution. Les

quand il réalise en lui-même ce qu'il énonce. Cette performance autogérée ne semble pas correspondre à l'efficacité qui entoure la norme pénale familiale. Cette dernière s'émancipe en réalité souvent des objectifs que sa rédaction expose. Sa concrétisation, qui se caractérise par la mise en œuvre d'une sanction, nécessite en outre le secours de l'autorité publique. La seconde vision à laquelle ils font référence appréhende l'efficacité à travers « la structure globale du système juridique » au sein duquel elle se confronte à la pluralité et à la contradiction d'autres énoncés.

¹⁹⁸⁶ V. en ce sens L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", (...) », *art. préc.*

¹⁹⁸⁷ É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2006, p. 52.

¹⁹⁸⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS et É. MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », *art. préc.*, spéc. p. 73 : « face à l'inévitable interférence du contexte social, culturel, historique et économique dans lequel est produit l'énoncé juridique, la formulation de l'énoncé juridique s'impose sans doute comme une contribution nécessaire à son efficacité, mais assurément pas comme une condition suffisante ».

¹⁹⁸⁹ La démarche kelsénienne modifie quelque peu le paradigme et considère que l'énoncé est le « devoir être » quand l'efficacité est « l'être ». Elle tend de ce fait à confondre les concepts d'efficacité et d'effectivité.

¹⁹⁹⁰ M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique (...)*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹⁹¹ J. CAILLOSSE, « Esquisse d'une réflexion sur une fausse évidence : l'efficacité du droit », *art. préc.*, spéc. p. 158.

¹⁹⁹² Le caractère évolutif de l'efficacité induit sa capacité à se transformer indéfiniment en suivant les transformations de la société. Il est alors possible d'affirmer qu'il n'existe pas de lois à durée indéterminée à l'endroit où le droit pénal appréhende la famille. V. à ce sujet G. TUSSEAU, « Peut-on avoir des lois à durée indéterminée ? », *RFC*, 2009, n° 425, p. 33.

transformations qu'elle subit peuvent aussi bien concerner la définition de la famille et des personnes qu'elle recouvre que le rôle qui est attribué à cette institution.

658. - Si ces critères varient au cours du temps, la fonction sociale de la famille semble constituer une constante géographique et temporelle. La norme répressive efficace qui concerne la famille doit par conséquent tenir compte de ces évolutions et prendre la mesure de l'objet qu'elle examine. L'efficacité de la répression passe finalement par l'intégration du paramètre familial dans le processus de création et de mise en application de la norme. La négation du lien familial constitue actuellement une entrave à l'efficacité de la répression. Il peut cependant en devenir un vecteur à la condition d'être pris en compte à travers une réflexion portant à la fois sur les prémices fondamentales de l'acte infractionnel (*Section 1*) et sur ses conséquences procédurales (*Section 2*).

SECTION 1. LE LIEN FAMILIAL AUX PRÉMICES FONDAMENTALES DE L'INFRACTION

659. - Les prémices désignent usuellement ce qui relève du commencement ou des premières manifestations d'un phénomène et s'entendent de ce qui constitue le seuil de l'infraction quand elles sont rapportées au domaine criminel. Les manifestations de la genèse de l'infraction peuvent s'observer dans de multiples champs et recouvrir aussi bien le domaine des actes que celui de la pensée. Elles peuvent, en outre, ne pas résulter de l'inné et émerger en présence du contexte environnemental particulier dans lequel évolue l'individu, à l'instar du milieu familial qui s'oppose traditionnellement à la criminalité. L'éducation individuelle qu'il prodigue à chacun de ses membres a pour objectif de former aux interdits de la vie sociale et de lutter contre l'émergence de comportements criminels. Lorsque la famille entre dans ce rôle, elle supplée en quelque sorte la société et se charge d'enseigner et d'asseoir le respect des valeurs sociales fondamentales que le droit répressif se donne pour objet de protéger. La famille joue généralement un rôle négatif dans la genèse de la délinquance et participe à son annihilation. Elle agit même au-delà de l'anéantissement de la criminalité, ce qui supposerait qu'elle ait existé, et opère comme un facteur conditionnant son absence. La prise en compte du rôle de la famille dans la neutralisation de la délinquance apparaît donc primordiale pour endiguer la criminalité.

660. - Si le contexte familial neutralise l'émergence de l'infraction, il n'est pas toujours exempt de conflits. Même si ces derniers se résolvent souvent de l'intérieur, il est néanmoins utopique, et même dangereux, de ne pas les intégrer dans les problématiques qui questionnent le rôle de la famille dans la genèse de la délinquance. La discordance familiale fait en effet

partie intégrante des relations individuelles qui se font et se défont au sein de la famille comme dans la société. Alors que le sentiment se mute aisément en ressentiment à mesure de l'augmentation des dissensions familiales, il est des moments où la famille ne peut plus assumer seule la résolution de ses différends internes et nécessite le concours de l'autorité publique. Cette dernière est notamment appelée à intervenir lorsque l'environnement familial a échoué dans la mission qui lui est inhérente et s'est transformé en milieu criminogène. Rapportée à sa propre criminalité, la famille révèle finalement un double visage : de facteur naturellement neutralisateur de criminalité (§1), elle peut aisément se muter en facteur anormalement promoteur de criminalité (§2)

§1. La famille, facteur naturellement neutralisateur de criminalité

661. - En tant que lieu d'apprentissage social favorisant l'épanouissement de ses membres, la famille participe à la lutte contre le crime que ces derniers sont susceptibles de commettre au sein de la société¹⁹⁹³. Si elle neutralise naturellement l'expression générale de la criminalité, elle contribue encore davantage à étouffer celle qui peut exister en son sein. L'affection familiale et les sentiments qui caractérisent le lien de famille mènent logiquement à l'absence de criminalité intrafamiliale. En effet, l'individu qui évolue dans un contexte familial pacifique et épanouissant est généralement réticent à la criminalité familiale et désapprouve le comportement susceptible de causer du tort à sa famille ou aux membres qui en font partie¹⁹⁹⁴. Ces derniers sont par conséquent naturellement exclus de la liste des victimes potentielles d'un comportement infractionnel. La famille est, de ce fait, classiquement considérée comme un agent à l'origine de l'annihilation ou de l'inexistence de la criminalité sociale. Elle émerge néanmoins parallèlement comme un objet de la neutralisation criminelle. Si elle désamorce la concrétisation de l'agir criminel de ses membres, l'action de ces derniers est dans le même temps empêchée par la répulsion naturelle qu'ils éprouvent envers le crime familial. La famille agit à la fois comme l'initiateur et le destinataire de la neutralisation criminelle. À l'action de la famille qui se pose à l'initiative de la neutralisation criminelle, correspond celle de la famille qui se trouve à la destination de la neutralisation criminelle et la neutralisation criminelle se réalise à la fois par la famille (A) et dans la famille (B).

¹⁹⁹³ V. not. C. A. SMITH et S. B. STERN, « Delinquency and Antisocial Behavior : A Review of Family Processes and Intervention Research », *Social service review*, 1997, n° 71, p. 382, spec. pp. 383-384 : « academic research confirms the importance of family factors as predictors of offending ».

¹⁹⁹⁴ Sur la structuration de la personnalité dans un sens délinquant, v. R. GASSIN, S. CIMAMONTI et Ph. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2011, n° 613 et s., pp. 544 et s.

A. La neutralisation du crime par la famille

662. - La conduite criminelle des enfants a presque toujours été associée à l'éducation que la famille leur prodigue. La famille est fréquemment « pointée du doigt comme l'un des facteurs que l'on associe à la délinquance des mineurs »¹⁹⁹⁵. Quand elle agit pour neutraliser la survenue de la criminalité, la famille est avant tout appréhendée à travers sa dimension sociale. Le sentiment et l'affect qui caractérisent les relations familiales sont naturellement propices à endiguer la conduite criminelle. La sécurité psychologique et matérielle que dispense la sphère familiale à ses membres concourt à leur épanouissement individuel. Elle contribue à la création d'un environnement de confiance et d'estime personnelle qui s'oppose classiquement à l'émergence de comportements déviants. Quand elle est cumulée à une éducation et à une formation appropriée, la sérénité familiale réussit classiquement dans l'entreprise de l'évitement du crime et agit comme le lieu naturel de l'absence de sa production ou de la neutralisation de la conduite infractionnelle émergente. La réalisation de la composante familiale éducative demeure en ce lieu extrêmement importante puisque « c'est dans la famille que l'enfant va acquérir la formation de groupe »¹⁹⁹⁶ qui lui permet par la suite de s'adapter aux codes sociaux. Partant, « l'adaptation sociale se fait essentiellement dans la famille »¹⁹⁹⁷ qui relaie la connaissance des codes de la vie en société et l'ignorance de cette capacité est susceptible de nuire à l'efficacité de la répression.

663. - La psychanalyse freudienne rattache la formation de la conscience morale à un processus d'imitation et d'adaptation au groupe social à travers lequel les facteurs familiaux apparaissent comme des causes primaires de l'adaptation sociale¹⁹⁹⁸. Les représentations familiales orientées vers l'interdit criminel mènent logiquement l'enfant à le considérer comme un phénomène anormal, qu'il sera lui-même porté à exclure de ses idéaux. Le mimétisme issu de la reproduction familiale comporte en ce lieu une vertu neutralisatrice de criminalité, puisqu'il a pour conséquence l'absence de perpétration du crime. Employé de la sorte, le lien de famille paralyse la production de comportements antisociaux et entrave dans le même temps la criminalité qui peut se produire au sein de la famille. L'individu destinataire de la formation et de l'affection familiale adopte en effet une propension naturelle à ne pas attenter aux valeurs sociales dont le respect a été inculqué par le milieu familial et à ne pas nuire aux sujets qui ont précisément enseigné ces valeurs. La propension de la famille à

¹⁹⁹⁵ J. TRÉPANIÉ, « Les jeunes délinquants et leurs familles », *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, n° 75, p. 119.

¹⁹⁹⁶ J. PINATEL, « L'environnement familial », *RSC*, 1954, p. 792, spéc. p. 793.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁹⁸ Sur l'influence du milieu familial sur l'entrée dans la délinquance, v. dans le même sens R. GASSIN, S. CIMAMONTI et Ph. BONFILS, *Criminologie, op. cit.*, n° 622 et s., pp. 555 et s. Les criminologues considèrent que « de toutes les influences extérieures qui stigmatisent la tendance à l'imitation de l'enfant, celle du foyer familial est la plus fréquente et la plus puissante ».

réguler les comportements délinquants a pu être appréhendée à travers les différentes théories de la régulation sociale.

664. - La sociologie durkheimienne considère la société comme un être psychique au sein duquel la socialisation commence par l'attachement¹⁹⁹⁹. La théorie de la régulation sociale qui appréhende la généralité de l'échange social²⁰⁰⁰ fait le lien entre l'augmentation de la délinquance et l'affaiblissement des mécanismes de la régulation dans une société ou une communauté. Le paradigme qu'elle défend suppose que l'échange social élabore et renouvelle les règles de vie en société qui se régulent autour de la dialectique de la communication et du conflit. Rapportée au contexte familial, cette idée postule que l'adhésion aux valeurs sociales provient avant tout de l'échange familial et existe comme le produit des relations familiales individuelles. Ces dernières peuvent être entendues comme les règles imposées aux individus par la société qui assoit sa domination et limite les conduites personnelles. Cette doctrine a par ailleurs été adaptée et regardée sous l'angle spécifique de la régulation sociétale et familiale du phénomène de la délinquance²⁰⁰¹.

665. - Les croyances transmises par l'adhésion familiale au consensus social véhiculé par les normes répressives influencent majoritairement les conduites sociales des individus formés à travers elles. La régulation psychologique de la personne a par ailleurs été identifiée comme une cause neutralisatrice du comportement criminel²⁰⁰². La favorisation de l'estime personnelle joue en ce sens un rôle non négligeable dans la neutralisation individuelle de la conduite criminelle. La famille produit en définitive un contexte affectif, psychologique et matériel particulièrement propice à enrayer le passage à l'acte antisocial et constitue de ce fait la variable déterminante de la neutralisation criminelle par la socialisation. À travers ses dynamiques fonctionnelle, relationnelle et structurelle, la famille est associée à l'endiguement global de la criminalité à l'endroit où « le lien affectif réciproque des parents et des enfants – tout comme, *a contrario*, la négligence affective et le rejet – ressort comme un facteur

¹⁹⁹⁹ V. É. DURKHEIM, *L'éducation morale*, Cours de sociologie dispensé à la Sorbonne en 1902-1903, PUF, 2^e éd., 2012. Le sociologue décrit l'attachement aux groupes sociaux comme le second élément de la moralité à côté de l'esprit de discipline.

²⁰⁰⁰ V. not. G. DE TERSSAC (dir.), *La théorie de la régulation sociale de J.-D. REYNAUD, Débats et prolongements*, La Découverte, coll. « Recherches », 2003.

²⁰⁰¹ V. à ce sujet les travaux de Tr. HIRSCHI, *Causes of Delinquency*, University of California Press, 1969. Le criminologue américain élabore une théorie de la mécanique de la socialisation et insiste sur l'importance du rôle de la famille, de l'école et des pairs dans la prévention de la délinquance et sur la qualité des liens qui relient l'individu à la société.

²⁰⁰² V. par ex. les études de W. C. RECKLESS et J. F. CUBER, *The Crime Problem*, Literary Licensing, 1967 et de A. J. REISS, « Delinquency as a failure of personal and social controls », *American Sociological Review*, 1951, n° 16, p. 196. Les criminologues établissent le lien entre l'estime de soi et la conduite délinquante. Un concept de soi solide et prosocial favorise la régulation individuelle de la conduite délinquante.

significativement associé à la délinquance »²⁰⁰³. L'implication relationnelle réciproque des individus composant la famille sert donc directement l'attachement qui constitue un frein au développement de la criminalité²⁰⁰⁴.

666. - Le succès de la fonction neutralisatrice de criminalité accordée à la famille ne relève malheureusement pas de l'évidence à l'heure où le contexte environnemental au sein duquel elle évolue freine souvent à son tour son épanouissement. La régulation sociale est complexifiée par l'autonomie et l'individualisme qui enserrent désormais la sphère familiale. Cette émancipation a le mérite de prodiguer davantage de liberté et de mobilité et favorise en un sens l'épanouissement individuel qui permet d'éviter le crime. L'éducation familiale comporte à la fois l'idée de protection et celle de liberté. Elle s'assimile donc à une prise de risque, ce dernier étant entendu comme « un déséquilibre essentiel qui fait progresser »²⁰⁰⁵. La liberté rend dans le même temps très difficile l'exercice de la surveillance et de la discipline familiales, ce qui devient néfaste à l'endroit où la supervision parentale participe justement à l'évitement du crime²⁰⁰⁶. Si la réponse n'est pas du côté de l'excès d'autoritarisme, qui peut s'avérer tout aussi néfaste que le surplus de laxisme, le contrôle parental, qui joue un rôle majeur dans la neutralisation des conduites délinquantes, est malheureusement trop souvent limité par la précarité de l'environnement social et familial.

667. - Ces complications peuvent également être exacerbées par la position de vulnérabilité sociale occupée par les familles les plus défavorisées et l'ignorance de ces réalités peut nuire à l'efficacité de la lutte contre la délinquance. La précarité de l'institution familiale peut rejaillir sur ses membres qui évoluent à travers une fragilité psychique particulière et perdent leurs repères identitaires. L'apparition de la délinquance peut en effet « correspondre au moment où l'enfant sort de la dépendance directe et presque exclusive à ses parents dans la définition de lui-même, dans la construction de son identité »²⁰⁰⁷. Si les transformations structurelles de la famille contemporaine sont susceptibles de redéfinir la place qui lui est octroyée dans la genèse de la délinquance, la dissolution familiale constitue cependant « une inquiétude à relativiser »²⁰⁰⁸. La désinstitutionnalisation qui caractérise la famille n'est pas forcément

²⁰⁰³ J. TRÉPANIÉ, « Les jeunes délinquants et leurs familles », *art. préc.*, spéc. p. 123.

²⁰⁰⁴ Le détachement relationnel est à l'inverse considéré comme l'un des facteurs qui engendre la criminalité. V. en ce sens D. P. FARRINGTON, « Families and Crime », in J. Q. WILSON et J. PERTERSILIA, *Crime and public policy*, Oxford University Press, 2011, p. 130, spéc. p. 135 : « attachment theory suggests that children who are not emotionally attached to warm and loving parents will tend to become delinquent ».

²⁰⁰⁵ P. VERDIER, « Peut-il y avoir éducation sans risques ? », *Reliance*, 2005, n° 18, p. 74.

²⁰⁰⁶ V. en ce sens D. P. FARRINGTON, « Families and Crime », *art. préc.* : « parental monitoring or supervision is the aspect of family management that is most consistently related to crime ».

²⁰⁰⁷ L. MUCCHIELLI, « La place de la famille dans la genèse de la délinquance », *Regards sur l'actualité*, n° 268, 2001, p. 31, spéc. p. 36.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 31.

synonyme de sa criminalisation, et le rôle de la dissociation familiale dans l'existence de cette dernière s'assimile à un postulat qui s'affirme, mais ne se démontre guère²⁰⁰⁹.

668. - Subi ou délibéré, l'abandon du rôle parental décrédibilise le discours normalisateur. Il affecte directement l'attachement et influe négativement sur l'adhésion à la légitimité des normes. La délicatesse de la mission familiale ne postule cependant pas l'impossibilité de sa réalisation. Pour être pertinent, l'ensemble des facteurs évoqués doit finalement être saisi à travers une perspective systémique dès lors que « le fait de déceler l'existence d'une association statistiquement significative entre deux variables n'implique pas nécessairement qu'il y ait une relation causale directe entre les deux »²⁰¹⁰. La famille se place en composante essentielle de la théorie générale de la régulation du phénomène de la délinquance²⁰¹¹ et le lien de famille apparaît en définitive particulièrement apte à favoriser les mécanismes de la régulation sociale qui participent à l'évitement du crime. La concrétisation de son rôle est en outre facilitée par le fait que, en marge de se placer à l'initiative de la neutralisation criminelle, la famille est parallèlement considérée comme le destinataire de cette dernière.

B. La neutralisation du crime dans la famille

669. - Le crime familial peut se rapporter à l'infraction qui se commet au sein du milieu familial et dont les protagonistes sont unis par un lien de famille. Cette catégorie englobe alors un grand nombre de comportements si elle est appréhendée à travers la largesse de la définition répressive du lien familial. La famille, qui constitue traditionnellement une cause de la neutralisation criminelle, est parallèlement susceptible de se muter en objet de cette neutralisation. Elle en devient en effet le destinataire chaque fois que le crime familial est considéré comme un interdit au sein des consciences collective et individuelle. L'absence de perpétration de l'infraction ne provient alors pas directement de l'influence du milieu familial, mais de la consécration de la famille en valeur sociale fondamentale à laquelle il ne peut être porté atteinte. Puisque la valeur accordée à la famille par la société et les individus qui la forment influence directement la propension de ces derniers à lui porter atteinte, il est particulièrement intéressant de réfléchir à l'existence conceptuelle du crime familial.

²⁰⁰⁹ V. not. les recherches de M. F. AEBI, « Famille dissociée et criminalité : le cas Suisse », *Bulletin de Criminologie*, 1997, vol. 1, n° 23, p. 53 et de L. MUCCHIELLI, « La dissociation familiale favorise-t-elle la délinquance ? Arguments pour une réfutation empirique », *Recherches et Prévisions*, 2000, n° 61, p. 35. Cette dernière étude insiste sur le fait que « si la dissociation familiale peut engendrer bien des souffrances et des perturbations, elle n'est donc pas en soi un facteur de délinquance ».

²⁰¹⁰ J. TRÉPANIÉ, « Les jeunes délinquants et leurs familles », *art. préc.*, spéc. p. 136.

²⁰¹¹ V. not. M. LE BLANC et M. CUSSON (dir.), *Traité de criminologie empirique*, Broché, 4^e éd., 2010, pp. 58 et s.

670. - Le caractère familial du crime intervient comme un objet de neutralisation du comportement infractionnel quand il empêche précisément l'infraction de se commettre. Le crime familial devient à l'inverse lui-même un objet de répression à l'égard de celui qui le commet chaque fois que sa dimension particulière est insuffisante à éviter sa perpétration. Cette inversion est fréquente à l'endroit où la criminalité familiale s'impose comme un phénomène universel et socialement fonctionnel. La sociologie durkheimienne insiste à ce titre sur l'utilité du crime, qui apparaît comme un vecteur de santé publique, et participe à la normalité sociale à travers la régulation qu'il met en œuvre²⁰¹². En permettant l'expression de la solidarité sociale à travers sa réprobation, il s'affranchit de toute pathologie. Le crime familial se manifeste en ce sens comme une notion qui existe par-delà sa réprobation et ne devient constitutif d'une infraction que par l'expression collective de la nécessité de sa répression. La philosophie kantienne se réfère à cet égard au sentiment élémentaire de justice à travers lequel le sens de la justice est considéré comme un impératif catégorique issu d'une construction empirique, au sein de laquelle la croyance collective en la réprobation du crime est assimilée à une certitude objective²⁰¹³.

671. - Ces visions se rapprochent de la pensée existentialiste qui considère que le crime n'est pas un concept construit par la société et ne s'assimile pas uniquement à sa sanction. L'infraction possède donc un caractère autonome et l'incrimination existe comme la manifestation d'un phénomène qui possède une existence propre. Cette perspective s'oppose par conséquent au relativisme qui considère, dans une perspective constructiviste, le crime comme la résultante d'une construction sociale arbitraire découlant artificiellement d'une représentation mentale collective. L'infraction ne possède à ce titre aucune réalité hors de son incrimination et constitue une entité fictive²⁰¹⁴. Cette étude propose de sortir de la vision conséquentialiste de la criminalité familiale et de reconnaître cette dernière comme une réalité détachée de la pénalisation qu'elle engendre. Le raisonnement proposé par cette recherche adhère au postulat existentialiste qui semble encadrer l'infraction familiale avec une certaine pertinence. La permanence temporelle et géographique qui enserrme la criminalité familiale suppose en effet son existence objective. Le caractère évolutif de ses sanctions conforte cette idée dès lors que le crime familial peut ou non être assorti de la répression et devient incriminé quand il heurte la conscience collective. La criminalité familiale qui présente un caractère permanent et une réprobation évolutive préexiste donc à sa répression.

²⁰¹² V. en ce sens É. DURKHEIM, « Le crime, phénomène normal », in D. SZABO (dir.), *Déviance et criminalité*, Armand Colin, 1970, p. 65.

²⁰¹³ V. E. KANT, *Métaphysique de mœurs - Première partie - Doctrine du droit*, Librairie philosophique J. Vrin, 1971.

²⁰¹⁴ Ce raisonnement se rapproche de la théorie des fictions qui fonde la philosophie benthamienne.

672. - La réalité constituée par le crime familial participe directement à l'effet neutralisateur de répression qui lui est attribué. La criminalité familiale est en effet capable de bloquer l'émergence du comportement infractionnel qui lui correspond chaque fois que sa survenue offense les représentations collectives dans lesquelles elle s'insère. L'idéologie du primat de l'éducatif sur le répressif, qui caractérise les sanctions du droit pénal des mineurs et prend acte du rôle primordial de la famille²⁰¹⁵, doit par conséquent s'étendre au stade de la prévention des comportements infractionnels. L'ignorance de cette nécessité entrave à l'inverse l'efficacité de la répression. Appréhendé négativement à travers ce qui ne doit pas être, le crime familial doit être évité pour ne pas porter atteinte à la valeur sociale fondamentale que représente la famille. La neutralisation criminelle existe donc à destination de cette dernière et résulte de l'existence autonome de l'infraction familiale. À partir du moment où la protection de la famille et des individus qui la composent est socialement érigée en fin de l'action répressive, il convient de donner à la répression des moyens de rendre son action efficace. Rapportée à la criminalité familiale, la répression efficace est finalement celle qui tient compte du contexte familial qui crée l'infraction avant même que son existence ne soit matérialisée.

673. - L'analyse du rôle de la famille dans la neutralisation du crime peut finalement conduire à formuler un corps de propositions qui rend compte de la réalité recouverte par l'intégralité des phénomènes de criminalité familiale. L'amélioration de la neutralisation familiale de la criminalité pourrait premièrement passer par la mise en place de politiques préventives orientées, généralisées au sein du groupe social et individualisées parmi le groupe familial. Elle pourrait en second lieu se concrétiser par l'investissement parental de la sphère judiciaire, notamment du procès pénal qui ignore trop souvent la famille²⁰¹⁶. La prise en considération du contexte familial à l'intérieur duquel la réprobation du crime est latente participe alors en définitive à l'efficacité de la répression. Si la famille se trouve naturellement à l'initiative du processus de neutralisation criminelle, il est cependant des cas dans lesquels cette inclination s'inverse et révèle un visage plus sombre à travers lequel elle agit anormalement comme un facteur animant cette criminalité.

§2. La famille, facteur anormalement promoteur de criminalité

674. - Le milieu familial est naturellement annihilateur de criminalité. Il manifeste une propension particulière à anéantir celle qui peut se produire à l'extérieur ou à l'intérieur de la

²⁰¹⁵ Cette prise en compte transparaît notamment à travers les mesures circonstanciées de remise de l'enfant à sa famille ou de rappel à la loi en présence de cette dernière.

²⁰¹⁶ V. *supra*, n° 643 et s.

famille. La famille peut cependant trahir cette fonction et agir en faveur de l'émergence de la criminalité. La dangerosité qui émane de ce renversement de position témoigne d'une force proportionnelle à celle qui caractérise sa capacité innée à endiguer la délinquance. L'affection et les sentiments qui fondent traditionnellement cette paralysie sont précisément utilisés à l'encontre de la famille qui intervient en faveur de la criminalité. La promotion familiale de la criminalité révèle en effet une défaillance dans la solidarité qui caractérise l'entente familiale. Cette insuffisance entraîne l'absence de la répulsion qui devrait spontanément émaner de la pensée criminelle tournée vers la famille. La déficience familiale traduit l'incapacité à inculquer le respect des valeurs sociales fondamentales quand elle existe originellement. La défectuosité qui laisse émerger la criminalité n'est cependant pas nécessairement primitive et peut gagner le milieu familial à mesure de l'évolution des dissensions individuelles.

675. - Innée ou acquise, la défaillance familiale peut devenir un facteur anormalement promoteur de criminalité. Loin de désamorcer la concrétisation de l'agir criminel, la famille s'emploie au contraire à créer ou favoriser la dynamique délinquante. La famille devient finalement la fabrique du crime à l'endroit où il ne s'agit plus de l'enrayer et révèle son caractère criminogène. Elle acquiert en ce sens la capacité parallèle de donner directement naissance à la criminalité ou de favoriser indirectement la propagation du crime. La criminalité qui s'instaure à l'initiative directe de la famille peut être assimilée à celle qui se produit en famille et qui lie les membres de cette dernière les uns avec les autres. La criminalité qui est indirectement exacerbée par le milieu familial défaillant et se commet en famille peut au contraire se rapporter à celle qui intervient dans la famille et se perpètre contre cette dernière en opposant ses membres les uns aux autres. La criminalité familiale exogène (A) contrarie alors la criminalité familiale endogène (B).

A. Le crime commis en famille : la criminalité familiale exogène

676. - La criminalité qui se produit de façon exogène à la famille est celle qui lui est extrinsèque. Elle se développe à l'intérieur du milieu familial mais se concrétise uniquement hors de son sein. La criminalité familiale exogène s'inscrit dans un processus d'externalisation en ce qu'elle porte uniquement atteinte à des protagonistes étrangers à la famille. Ses membres se placent par conséquent exclusivement du côté de la production de l'infraction et n'en sont jamais les victimes. La criminalité familiale exogène peut être pratiquée par un ou plusieurs membres de la famille de façon isolée ou simultanée et se réfère à l'infraction qui se commet en famille contre la société. Le lien de famille est alors dénaturé quand il est utilisé pour s'unir dans l'entreprise criminelle qui attente aux valeurs sociales externes à la famille. Son office naturel est également altéré quand le milieu familial produit

une criminalité individuelle ou collective²⁰¹⁷ s'exprimant à travers une atteinte commise par un ou plusieurs membres de la famille contre un individu ou une valeur exclus du champ familial. L'importance du rôle de la famille dans l'étiologie criminelle, entendue comme la science qui a pour objet la recherche des causes du crime, émerge comme une constante historique²⁰¹⁸.

677. - La détermination des origines de la perpétration du crime a toujours suscité de nombreux questionnements qui ont abouti à des réponses extrêmement diversifiées et évolutives²⁰¹⁹. Ces dernières se sont cependant majoritairement accordées pour reconnaître la force de l'influence de l'environnement social et du milieu familial, qui s'assimile à une société réduite et privatisée, dans la perpétration du crime. À ce titre, il est désormais « unanimement admis que les facteurs familiaux ont une influence considérable en matière de comportement antisocial »²⁰²⁰, notamment constitué par la conduite délinquante. L'éducation et la formation familiales de l'individu revêtent une importance élevée dans la production de la criminalité²⁰²¹. La représentation familiale orientée vers la promotion du crime peut porter l'enfant à le considérer comme un phénomène naturel qu'il sera lui-même amené à répéter

²⁰¹⁷ L'étude des groupes mafieux manifeste particulièrement le phénomène de la criminalité familiale exogène. Si tous les groupes mafieux se sont historiquement construits autour de la famille, le rapport à cette dernière et la place qu'elle occupe dans l'organisation criminelle diffère cependant en fonction de leurs particularités. La famille peut en ce sens être utilisée comme un dénominateur commun et comme un critère de différenciation dans l'analyse de cette criminalité. L'exemple de la mafia calabraise est particulièrement intéressant. La 'Ndrangheta est en effet la seule à fonder le groupe sur des liens de sang ou d'alliance, ce qui renforce la dimension inclusive du groupe criminel. Cette particularité est également un facteur explicatif du très faible nombre de repentis.

²⁰¹⁸ V. not. C. LOMBROSO, *Le crime, causes et remèdes*, Schleicher frères, coll. « Bibliothèque internationale des sciences sociologiques », 1899, pp. 170 et s. et E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Arthur Rousseau, 1893, spéc. pp. 178 et s. Ce dernier expose la « loi de saturation criminelle » qui considère que « dans un entourage social donné, un certain nombre d'individus dans une certaine condition physique, commettront un nombre fixe de crimes ». Les criminologues de l'école positiviste italienne insistent sur l'importance du milieu social dans l'émergence du crime, qui ne découle pas nécessairement de facteurs innés qui caractérisent le « criminel né ». Le crime est ainsi considéré comme un phénomène « multifactoriel » qui provient à la fois de facteurs endogènes à l'individu et de causes qui lui sont exogènes, et concomitamment issues du milieu physique dans lequel il évolue et de son milieu social, au titre duquel figure la famille. Puisque dans cette perspective, un certain type de société conduit nécessairement à un certain type de crime, il est alors possible de transposer cette théorie au contexte familial en considérant qu'un certain type de famille mène à un certain type de criminalité familiale.

²⁰¹⁹ Sur l'histoire de la détermination de l'étiologie criminelle, v. R. GASSIN, S. CIMAMONTI et Ph. BONFILS, *Criminologie, op. cit.*, n° 583 et s., pp. 523 et s.

²⁰²⁰ J. PINATEL, « L'environnement familial », *art. préc.* V. dans le même sens l'étude de D. P. FARRINGTON, « Families and Crime », *art. préc.*, spéc. p. 135 : « criminal and antisocial parents tend to have delinquent and antisocial children ». Ce dernier fait référence à l'homogamie sociale et à l'influence directe que les membres de la famille ont les uns sur les autres dans la propension criminelle. La taille élargie de la famille est en outre affichée comme un facteur favorisant le développement de la criminalité commise par plusieurs de ses membres et qui s'assimile à un réseau familial criminel.

²⁰²¹ V. en ce sens les développements de J. MCCORD, « Family Relationships, Juvenile Delinquency, and Adult Criminality », *Criminology* 29/3, 1991, p. 397 : « parental care is critical to socialized behavior ». V. spéc. p. 400 : « child-rearing practices are correlated with concurrent aggressive behavior among nondelinquents and contribute to promoting antisocial directions for aggressive behavior ».

dans un processus de mimétisme et de reproduction sociale²⁰²². Cette imitation est encore plus perturbatrice lorsque le crime est imposé à l'enfant par son milieu familial. La criminalité de certains membres de la famille influe en effet directement sur celle des autres, qui sont automatiquement introduits dans un environnement infractionnel. La délinquance démontre ainsi une propension particulière à se concentrer sur un nombre restreint de cercles familiaux.

678. - Le déséquilibre émanant de l'emprise que les parents exercent sur l'enfant pousse ce dernier à s'investir dans le schéma parental et à reproduire ce qui lui est présenté comme socialement stable. La différence de sexe qui existe traditionnellement au sein du couple parental et le rôle diversifié de chacun de ses acteurs peuvent, en outre, influencer de façon différente sur le moment de la naissance de la criminalité. La criminalité de l'enfant serait ainsi davantage influencée par les déficiences maternelles quand la défaillance paternelle aurait un effet bien plus direct sur le comportement de l'adulte²⁰²³. La criminalisation des familles manifeste une différenciation des rôles en fonction du genre parental et peut être considérée comme un « phénomène sexué »²⁰²⁴ parallèlement traversé par des rapports sociaux inégalitaires. Ce constat mène à penser que la « distribution traditionnelle des rôles sexués témoigne de l'entrée des normes psychologiques dans la sphère judiciaire et administrative en matière familiale »²⁰²⁵.

679. - Les facteurs économiques, sociaux et culturels au sein desquels évolue la famille influencent nécessairement son adaptation sociale. Les dissociations internes à la famille sont également susceptibles d'influencer l'émergence de comportements délinquants,²⁰²⁶ mais restent considérées comme un facteur secondaire²⁰²⁷. La structure de la famille reste donc bien

²⁰²² V. les développements de D. P. FARRINGTON, « Families and Crime », *art. préc.*, spéc. p. 138 : « social learning theory suggests that children learn to adopt the abusive behavior patterns of their parents through imitation, modeling, and reinforcement ».

²⁰²³ V. à ce propos l'étude de J. MCCORD, « Family Relationships, Juvenile Delinquency, and Adult Criminality », *art. préc.* V. dans le même sens les développements de J. TRÉPANIÉ, « Les jeunes délinquants et leurs familles », *art. préc.*, spéc. pp. 127 et s.

²⁰²⁴ C. CARDI, « La "mauvaise mère" : figure féminine du danger », *Mouvements*, 2007, n° 49, p. 27. La sociologue, qui questionne la « dimension genrée du contrôle familial », remarque cependant que la notion émergente de parentalité neutralise ces différences et revient quelque peu sur la conception traditionnelle des rôles sexués.

²⁰²⁵ I. THÉRY, « Différence des sexes et différence des générations (...) », *art. préc.*

²⁰²⁶ V. les écrits de R. GASSIN, *Criminologie*, Dalloz, coll. « Précis », 3^e éd., 1994, spéc. p. 319 et p. 373. Le criminologue estime notamment qu'« il est établi depuis longtemps qu'il existe une corrélation significative entre le divorce et la criminalité, lorsqu'on prend en considération non pas le nombre de divorces en valeur absolue, mais leur proportion par rapport aux nouveaux mariages » et que « le divorce peut être considéré comme la perturbation familiale la plus grave qui peut retentir sur la formation de la personnalité de l'enfant ». Si l'assertion a pu satisfaire alors que l'union conjugale demeurait la structure familiale de référence et constituait un gage de stabilité sociale, elle semble actuellement assez désuète et ne s'adapte guère aux transformations contemporaines de la famille.

²⁰²⁷ V. en ce sens J. PINATEL, « L'environnement familial », *art. préc.* Si l'auteur remarque que les dissociations de la famille d'origine sont statistiquement moins présentes chez les délinquants adultes que chez les mineurs,

moins influente que sa dimension relationnelle au niveau du processus criminel²⁰²⁸. La séparation familiale, qui matérialise l'anéantissement du lien familial de couple, peut même aboutir à des effets plus bénéfiques que ceux auxquels peut mener le maintien d'un lien familial conflictuel. Cette assertion se confirme notamment dans la dissociation conjugale quand « le divorce est avant tout une crise de transition entre un équilibre de relations familiales et un autre »²⁰²⁹. Les effets de l'individualisme et la libéralisation, qui sont présentés comme les maux de la famille contemporaine, doivent en outre être relativisés quand il est aisé de faire de l'individu « l'exutoire de toutes les impasses collectives »²⁰³⁰. Dès lors, il paraît pertinent d'« abandonner l'idée d'une influence des formes de la famille pour s'intéresser à la qualité des relations interindividuelles au sein de la famille, que cette dernière soit complète ou non »²⁰³¹. Le danger provient finalement davantage de la précarisation socio-économique potentiellement engendrée par la dissociation familiale que de la dissociation même et « c'est dans les conséquences environnementales de cette précarisation que devront être recherchés d'importants facteurs d'entrée dans la délinquance »²⁰³². Les familles monoparentales gérées par un parent isolé sont en effet stigmatisées et associées à la pauvreté²⁰³³.

680. - Les facteurs internes à la famille conditionnent davantage l'émergence de la délinquance que ceux qui sont liés à sa structure²⁰³⁴. L'émergence du comportement criminel antisocial tient par conséquent aux interférences dans les relations que l'individu entretient avec les membres de sa famille qui adhèrent au modèle criminel. La théorie des associations

excepté quand il s'agit de récidivistes, il affirme néanmoins que le lien entre le caractère uni ou dissocié de la famille et la criminalité qui existe parfois n'est absolument pas automatique. Il propose à l'inverse d'étudier les « vices inhérents à la constellation familiale » qui questionnent notamment la place de l'enfant au sein de sa fratrie. V., pour la promotion de la même idée, J. JUNGER-TAS, « Changes in the family and their impact on delinquency », *European Journal on Criminal Policy and Research* 1/1, 1993, p. 27, spec. p. 46 : « family structure is not the important causal variable ». Sur la place de la fratrie dans la genèse de la délinquance, v. spécifiquement D. C. ROWE et D. P. FARRINGTON, « The familial transmission of criminal convictions », *Criminology*, 1997, vol. 35, n° 1, p. 177.

²⁰²⁸ V. en ce sens l'étude de L. E. WELLS et J. H. RANKIN, « Families and delinquency : a meta-analysis of the impact of broken homes », *Social Problems*, 38/1, p. 71.

²⁰²⁹ L. MUCCHIELLI, « La place de la famille dans la genèse de la délinquance », *art. préc.*, spéc. p. 34.

²⁰³⁰ I. THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Odile Jacob, 1993, pp. 8 et s.

²⁰³¹ L. MUCCHIELLI, « Monoparentalité, divorce et délinquance juvénile », *Déviance et société*, 2001, vol. 25, p. 217.

²⁰³² *Ibid.*, p. 221.

²⁰³³ V. en ce sens C. CARDI, « La "mauvaise mère" : figure féminine du danger », *art. préc.*, spéc. p. 38. La sociologue constate que « la monoparentalité apparaît, dans l'espace des représentations, comme une forme spécifique de causalité, d'étiologie, associée à l'espace des classes populaires ».

²⁰³⁴ V. J. JUNGER-TAS, « Changes in the family and their impact on delinquency », *art. préc.* : « all research points to the conclusion that internal family dynamics are considerably more important than family structure in affecting delinquency ».

différentielles²⁰³⁵, qui émane de celle de la déviance culturelle, postule en ce sens le fait que l'apprentissage des comportements antisociaux se réalise à travers les interactions personnelles qui satisfont ou qui s'opposent aux modèles criminels. La délinquance naîtrait chaque fois qu'un environnement favorable à la violation de la loi prédominerait face à un contexte propice à son respect. Si la théorie a originellement vocation à s'appliquer à l'environnement social dans sa généralité, elle peut cependant être transposée au milieu familial, qui constitue le siège de nombreuses relations interpersonnelles. L'indifférence aux prescriptions de la norme répressive peut en outre être favorisée par la paupérisation, l'oisiveté, l'anonymat et le rejet social, qui agissent comme des facteurs criminogènes²⁰³⁶. La criminalité s'ancre tout particulièrement dans la dialectique de l'affection et du rejet parental, qui s'avère parfois plus criminogène que les abus ou négligences qui se commettent au sein de la famille²⁰³⁷. Les conséquences auxquelles peuvent aboutir ces sentiments contradictoires méritent alors de faire l'objet d'une prise en compte accrue de la part du législateur.

681. - Le rejet parental ou social, qui aboutit à une fermeture affective et à l'éviction des exigences normatives de la société, reste souvent considéré comme un facteur de renforcement des tendances délinquantes. Dans une perspective inversée, le rejet peut cependant résulter de la délinquance. La réciprocité du lien affectif qui unit les membres de la famille prend de ce fait une importance particulière. Il est ainsi possible d'affirmer que « cette observation apporte une confirmation additionnelle à la théorie de la régulation sociale : le rejet est l'antithèse de l'attachement, que cette théorie présente comme un antidote à la délinquance »²⁰³⁸. La propension à s'écarter des normes répressives peut en outre être liée à la montée en puissance d'un sentiment d'angoisse et d'insécurité, dont le ressenti quotidien engendre une perte de confiance et d'adhésion à leurs prescriptions. Par un phénomène d'accoutumance, la criminalité qui se perpétue au quotidien mène à une perte des repères et banalise le fait dont la gravité intrinsèque est relativisée. La personne du mineur est représentée, au sein de ce climat, comme une source particulière de danger. Cette vision le

²⁰³⁵ V. les travaux de E. H. SUTHERLAND et D. R. CRESSEY, *Principe de criminologie*, Cujas, 1966. Les interactions sociales sont décrites comme des causes nécessaires et suffisantes du crime, qui entretiennent un rapport direct avec le moment de sa perpétration mais ne sont pas considérées comme ses causes exclusives. La théorie des associations différentielles fait état d'un apprentissage criminel qui se fait au contact de personnes possédant des référentiels de valeurs à prépondérance négative. La conduite délinquante émerge par conséquent d'une association entre plusieurs personnes qui se différencient de celles qui adoptent une conduite sociale homogène et possèdent des référentiels de valeurs à prépondérance positive. L'association devient criminelle quand les interprétations qu'elle engendre sont favorables à la transgression des normes sociales.

²⁰³⁶ V. en ce sens les développements de J. LOUVET, « Violence, délinquance et législation anti-familiale », *Gaz. pal.*, 1977, 2, p. 540.

²⁰³⁷ V. J. MCCORD, « Family Relationships, Juvenile Delinquency, and Adult Criminality », *art. préc.*, spéc. p. 400. V., pour une assimilation de la force de ces deux causes, J. JUNGER-TAS, « Changes in the family and their impact on delinquency », *art. préc.* : « parental neglect and lack of care was seen as the major direct cause of youth crime ».

²⁰³⁸ J. TRÉPANIÉ, « Les jeunes délinquants et leurs familles », *art. préc.*, spéc. p. 123.

stigmatise comme l'une des sources principales du développement de la criminalité et s'exerce au détriment de la protection dont il doit naturellement bénéficier : « le mineur déviant est perçu prioritairement comme un problème social, une figure du risque et de l'insécurité qui appelle une réponse en termes de rappel à la norme ou de sanction »²⁰³⁹. Les défaillances de la régulation sociale du crime aboutissent paradoxalement à responsabiliser davantage la famille et ses membres, qui se déresponsabilisent face au respect des représentations véhiculées par les normes répressives. Le caractère punitif du droit répressif et la logique victimophile ou émotionnelle caractéristique de son application contemporaine supplantent souvent le régime protectionnel que ce droit est censé apporter au mineur délinquant. Si la dynamique de victimation peut mener à un durcissement de la réponse pénale, elle peut dans le même temps engendrer la nécessité de restaurer le rapport de famille défaillant donnant lieu à l'infraction.

682. - De responsabilisante, la société devient sanctionnatrice quand la famille éprouve des difficultés à exercer sa capacité régulatrice. La société fait plus particulièrement le choix de responsabiliser la famille par la sanction qui se révèle excessive ou insuffisante selon les domaines concernés. L'éducation sociale de l'individu émerge en tant que privilège du cercle familial, qui s'affiche comme une cause de criminalité quand il échoue dans cet objectif. Cette vision parvient à opposer la famille à la société et participe à la criminalisation de la famille qui devrait normalement faire obstacle à la criminalité. Au sein d'un « État pénal actif »²⁰⁴⁰, la famille responsabilisée est finalement utilisée, en parallèle du contrôle étatique, comme un outil de contrôle social informel, et devient potentiellement exposée en tant que cause de la délinquance qu'elle est supposée endiguer. La famille confrontée à la répression est placée dans une position contradictoire, dans laquelle elle joue à la fois le rôle d'outil de régulation sociale et de cause de l'application de cette régulation. La famille, qui crée la criminalité ou qui la favorise, s'affranchit dès lors de ses fonctions morales et éducatives, ce qui travestit l'orientation traditionnelle de l'affection familiale. La famille constitue en effet une « association d'affections mutuelles »²⁰⁴¹ qui tend classiquement à la neutralisation du comportement criminel, mais qui peut aussi être perturbée par une anomalie de la structure ou de la relation familiale.

²⁰³⁹ V. FR. BAILLEAU, Y. CARTUYVELS et D. DE FRAENE, « La criminalisation des mineurs et le jeu des sanctions », *Déviance et société*, 2009, vol. 33, n° 3, p. 257.

²⁰⁴⁰ L'expression est empruntée à Y. CARTUYVELS, « Droit pénal et droits de l'homme, un retournement ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les droits de l'Homme : épée ou bouclier du droit pénal ?*, FUSL, 2007, p. 23. À l'image de la famille qu'ils appréhendent, les droits fondamentaux sont alternativement décrits comme un facteur de protection et de criminalisation.

²⁰⁴¹ J. PINATEL, « L'environnement familial », *art. préc.*, spéc. p. 797.

683. - La question de l'influence de la famille dans l'émergence des déviations sociales constitue une pierre angulaire de la recherche des étiologies du crime. En tant qu'« assise fondamentale de la société, foyer d'éducation morale, indispensable au psychisme de l'enfant »²⁰⁴², la cellule familiale mérite de faire l'objet d'une protection particulière et d'être insérée au sein de politiques pénales qui érigent sa stabilité en facteur prioritaire de l'intervention répressive. Si elle n'est pas la cause exclusive du comportement criminel, la famille constitue néanmoins un facteur qui atteint « la racine profonde de la criminalité »²⁰⁴³. L'accent a pu, pendant un temps, être mis sur la nécessité de réorienter les mœurs atteintes par la libéralisation de la législation familiale en préservant la structure traditionnelle de la famille²⁰⁴⁴. La réflexion contemporaine appelle à l'inverse à adapter la criminalité à l'évolution des mœurs familiales et à orienter ces dernières vers l'annihilation du comportement criminel qui peut émerger en son sein à l'endroit où « il ne faut point faire par les lois ce que l'on doit faire par les mœurs »²⁰⁴⁵.

B. Le crime commis contre la famille : la criminalité familiale endogène

684. - La criminalité qui se produit de façon endogène à la famille est celle qui lui est intrinsèque. Elle est provoquée par le milieu familial et se développe dans la conscience individuelle de l'un ou de plusieurs de ses membres pour se concrétiser en son sein. La criminalité familiale endogène s'inscrit dans un processus d'internalisation et porte uniquement atteinte aux membres de la famille. Ces derniers empruntent dans le même temps le visage des auteurs et des destinataires de l'infraction. La criminalité familiale endogène, qui peut être provoquée à l'encontre de plusieurs membres de la famille, se réfère traditionnellement à l'acte d'un seul de ses membres qui stigmatise l'institution dont il fait partie et de laquelle il se sent rejeté. Cette criminalité projette le mal-être issu de cette exclusion sur la personne des autres individus qui font partie de la famille. Le rôle de cette dernière, qui favorise une criminalité se développant et se matérialisant en son sein, se révèle extrêmement particulier, car la famille crée en elle-même une criminalité propre à l'égard de laquelle elle existe à la fois comme auteur et comme victime. Elle exprime en ce sens une capacité à se détruire elle-même et manifeste une criminalité autoalimentée.

²⁰⁴² J. LOUVET, « Violence, délinquance et législation anti-familiale », *art. préc.*, spéc. p. 541.

²⁰⁴³ J. PINATEL, *La société criminogène*, Calman Levy, p. 107. Le criminologue considère à ce titre que « la famille joue un rôle décisif dans l'étiologie de la délinquance juvénile » quand « d'une situation familiale conflictuelle surgit la réaction délictuelle » à l'endroit où « le traumatisme infantin, blessure mal cicatrisée, se retrouve régulièrement chez les délinquants ».

²⁰⁴⁴ V. not. les propositions de J. LOUVET, « Violence, délinquance et législation anti-familiale », *art. préc.*

²⁰⁴⁵ Ch.-L. MONTESQUIEU, *Le spicilège*, Pensée n° 1007, IV, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 1991, p. 382.

685. - La famille a toujours été considérée comme une cause majeure de la genèse du crime²⁰⁴⁶. L'impact qu'elle possède sur l'existence du crime se commettant en famille reste cependant rarement appréhendé dans sa spécificité. L'accroissement du contrôle et de l'intervention publique au sein de la sphère familiale a cependant permis de lever le voile sur l'existence des infractions familiales les plus intimes. L'analyse des rôles criminogène et socialisateur de la famille manifeste le fait que « les facteurs relationnels sont plus déterminants que les facteurs structurels »²⁰⁴⁷ dans la genèse de la délinquance. La criminalité familiale exacerbe ce constat quand elle est essentiellement due à des causes internes à ses protagonistes. L'« approche psychocriminologique de l'agir criminel »²⁰⁴⁸ révèle en effet le rôle particulier des fonctions psychologiques de l'auteur et de la victime de l'infraction familiale. Cette démarche « interroge les fonctions psychologiques de la victime dans l'agir criminel, et ce, au regard de la vulnérabilité psychique de l'auteur et de ce qui a été mis en impasse chez ce dernier dans la dynamique précriminelle de l'acte »²⁰⁴⁹. Les défaillances de l'attachement et du rapport à l'autre émergent comme les causes fondamentales de la concrétisation des violences familiales. Le membre de la famille peut devenir pour un autre une source spécifique d'angoisse et de déséquilibre psychique qui le place dans une particulière vulnérabilité. La menace constituée par le ou les protagonistes qui évoluent à ses côtés au sein de la sphère familiale engendre une fragilité psychologique de laquelle l'auteur de l'infraction familiale tire parfois sa dangerosité.

686. - La criminalité endogène, commise par un membre de la famille contre la famille ou les autres individus qui la forment, peut être caractérisée par le fait que « l'impasse psychique suscitée par la dynamique antérieure à l'agir, participerait à la mise en œuvre d'un processus psychique favorable à l'infraction et à la construction psychologique d'une victime chosifiée ; victime avec laquelle il s'agirait de maintenir un type relationnel qui assure la stabilité identitaire et narcissique »²⁰⁵⁰. L'essor de la dynamique criminelle intrafamiliale serait en ce sens intimement lié à l'échec de la dynamique relationnelle interne à la famille. Il résulterait plus particulièrement d'une déficience du processus interactif qui existe normalement entre

²⁰⁴⁶ V. not. J. JUNGER-TAS, « Changes in the family and their impact on delinquency », *art. préc.* : « throughout the ages the family has been considered as the major causal agent in the genesis of delinquency ».

²⁰⁴⁷ L. MUCCHIELLI, « Monoparentalité, divorce et délinquance juvénile », *art. préc.*, spéc. p. 223.

²⁰⁴⁸ V. MOULIN, « Approche psychocriminologique de l'agir criminel violent : dynamique relationnelle, processus et fonction du passage à l'acte dans le cadre des violences intra-familiales », *Rev. crim. et pol. techn.* 2006, n° 4, p. 398.

²⁰⁴⁹ *Ibid.*, p. 409 : la psychologue affirme que « le milieu familial est le lieu d'une mise en scène, orchestrée par la dynamique psychique de l'auteur, dans la construction d'une position et d'une place de victime qui répond point par point à ce qui a été mis à mal sur le plan psychique dans la période antérieure à l'infraction ».

²⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 409 : la praticienne explique que « de façon défensive, l'altérité de l'objet, potentiellement désorganisatrice, est neutralisée sous différentes formes par la voie de la chosification dans le déroulement de l'infraction, voire érotiquement dans le cadre d'agression sexuelle ».

deux individus unis par un lien familial. La personne qui présente des difficultés d'individuation et de séparation développe en effet des troubles du narcissisme, entendu comme « ce qui assure la continuité du sujet et la permanence de son investissement de lui-même »²⁰⁵¹. Détaché de sa propre personne, le sujet assimile alors son état à la faute du membre de sa famille qu'il réifie à travers une représentation subjective de la réalité. L'assimilation de la victime au statut d'objet, qui rend possible l'infraction, résulte alors du processus de défense que l'auteur met en place face à la carence relationnelle qu'il ressent. Le sujet entre dans un processus défensif et régressif au sein duquel il érige sa victime en cause et objet de sa vulnérabilité. Il est en outre possible de considérer que la criminalité familiale est la plus dangereuse à l'endroit où la famille est la plus resserrée et de formuler l'hypothèse selon laquelle le détachement est davantage susceptible de produire la criminalité là où le lien affectif aurait spécifiquement dû conduire à la reconnaissance de l'altérité. Ce constat démontre l'impact primordial de l'environnement familial, qui participe du domaine microsocial.

687. - L'analyse de la promotion par la famille de la criminalité qui lui est endogène manifeste le rapport causal existant entre cette dernière et les déficiences environnementales dans lesquelles évoluent ses membres. Leur examen met également au jour l'importance particulière des défaillances psychologiques individuelles qui participent à la genèse de la criminalité intrafamiliale. L'endiguement de ces faiblesses suppose d'agir en amont de leur apparition afin d'œuvrer pour le maintien ou la régénération d'un environnement familial sain. Cet objectif peut être atteint en considérant l'altérité comme « un espace psychique à restaurer »²⁰⁵² à l'endroit où l'auteur de l'infraction est confronté à une confusion qui « entrave la prise de conscience du caractère transgressif de l'infraction et l'accès à un sentiment de responsabilité de l'auteur par rapport à l'acte commis »²⁰⁵³. Dans le sens où l'objectivation de la victime entraîne l'absence de reconnaissance du caractère transgressif de l'acte, l'enrayement de la criminalité passe inéluctablement par la mise en place d'une prise en charge psychologique individuelle et collective des membres de la famille en difficulté.

688. - La lutte contre le développement de la criminalité intrinsèque à la famille passe finalement par la double nécessité de « déplacer le regard des formes de familles vers ses dynamiques relationnelles d'une part, et vers son contexte socio-économique de vie, d'autre part »²⁰⁵⁴. La réflexion sur la place de la famille dans la délinquance doit donc être pensée en

²⁰⁵¹ Ph. JEAMMET, « Les assises narcissiques de la symbolisation », *Revue française de psychanalyse*, 1989, n° 6, p. 1765.

²⁰⁵² V. MOULIN, « Approche psychocriminologique de l'agir criminel violent (...) », *art. préc.*, spéc. p. 410.

²⁰⁵³ *Ibid.*

²⁰⁵⁴ L. MUCCHIELLI, « Monoparentalité, divorce et délinquance juvénile », *art. préc.*, spéc. p. 224.

matière de dynamique relationnelle et s'émanciper des références structurelles qui la gouvernent trop fréquemment. Les carences psychologiques individuelles qui affectent l'agir criminel sont en effet indépendantes de ces dernières et doivent être prises en compte comme une variable autonome et déterminante. Partant, il est possible d'affirmer que « si le sujet auteur d'une infraction est le premier acteur de son devenir et de son évolution personnelle, la société se doit d'offrir aux sujets placés sous main de justice la possibilité de recouvrer leur autonomie en accompagnant ce "travail psychique pénal" qui doit, entre autres, permettre l'accès à la responsabilité du sujet ». L'efficacité de la mise en place d'un traitement cohérent de la criminalité, notamment intrafamiliale, est finalement subordonnée à la prise en charge institutionnelle et médicale des défaillances psychiques individuelles des membres de la famille. La mise en place de cette procédure de traitement mène alors à remédier aux causes de la criminalité par le soin et insère la technique médicale dans la gestion des comportements criminels. Si tous les criminels ne souffrent pas de pathologies psychiques, ces dernières sont cependant caractéristiques de la délinquance intrafamiliale. Il convient cependant de rester prudent là où la confusion entre le délinquant et le malade peut s'avérer dangereuse pour la cohérence de la responsabilité pénale²⁰⁵⁵.

689. - La réussite de cet objectif suppose de considérer la famille dans une perspective systémique, en appréhendant une réalité dans laquelle elle « est avant tout un système relationnel, un système d'organisation des rapports, des échanges et de la communication au sein d'une communauté de vie »²⁰⁵⁶. La réalisation de cet objectif suppose de ne pas tomber dans l'écueil consistant à faire passer la lutte contre la criminalisation par la famille, par la criminalisation de la famille et de ses membres. Portée à son paroxysme, la pénalisation de la sphère familiale peut en effet mener à décrédibiliser l'action que ses protagonistes sont susceptibles de mener dans la gestion de leurs propres déviances et élude la nécessité de prendre en charge leurs pathologies par le biais de la protection médicale et sociale. Le maintien de l'interaction personnelle à l'intérieur d'un environnement stable émerge en définitive comme la clef de la neutralisation familiale de la criminalité endogène ou exogène à la famille. L'absence de reconnaissance de ces composantes favorise au contraire l'éclosion des conduites criminelles.

690. - La réalité du terrain constituée par le détachement relationnel issu de la famille anomique, qui fonctionne selon des règles impropres à réguler son fonctionnement interne et entraîne des déficiences psychologiques importantes, doit être considérée comme la variable d'ajustement la plus propice à endiguer la criminalité. Ce nivellement peut dans le même

²⁰⁵⁵ Ph. SALVAGE, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *JCP G*, 2010, II, ét. 3 ; V. aussi J. LARGUIER, *Criminologie et science pénitentiaire*, Dalloz, 10^e éd., 2005, pp. 14-15.

²⁰⁵⁶ L. MUCCHIELLI, « Monoparentalité, divorce et délinquance juvénile », *art. préc.*, spéc. p. 224.

temps être réalisé par le haut et construit à travers la mise en place de politiques pénales orientées vers la paralysie de ces dernières au stade de la création du comportement délinquant, et destinées à promouvoir une répression efficace. L'efficacité de la norme répressive passe en définitive par la prise en compte des origines de l'infraction exogène ou endogène à la famille. Elle nécessite la réinsertion de la réalité du rôle qu'elle occupe dans la genèse du crime au sein des politiques pénales de lutte contre la criminalité familiale. En tant que « figures typiques du contrôle social »²⁰⁵⁷, les institutions pénales doivent conforter la régulation sociale familiale tout en renforçant la prévention et l'éducation parentale qui lui font parfois défaut²⁰⁵⁸. Afin d'être optimale, l'efficacité de la norme répressive familiale ne peut cependant se contenter de la prise en compte de la phase liminaire du comportement infractionnel, mais doit simultanément embrasser le stade de sa concrétisation procédurale.

SECTION 2. LIEN FAMILIAL ET CONSÉQUENCES PROCÉDURALES DE L'INFRACTION

691. - Les conséquences sont généralement entendues comme les suites logiques données au principe ou à l'événement qui les précède. Elles s'assimilent aux effets produits par une cause intellectuelle ou matérielle et manifestent sa réalisation concrète. Rapportées au phénomène criminel, elles constituent les répercussions pratiques des prémices de l'infraction. Elles s'apprécient par conséquent en termes de résultats à travers une perspective finaliste qui prend en compte l'exécution réelle de la répression de la conduite infractionnelle. L'appréhension globale de l'efficacité de l'acte infractionnel mène à placer l'étude des conséquences procédurales de l'infraction comme prolongement obligatoire de celle de la condition constituée par ses prémices fondamentales. Son analyse systémique induit en effet la nécessité de sortir du dispositif primaire de la criminalisation, entendu comme celui qui se rapporte à la création théorique de la politique répressive, pour investir le champ de la criminalisation secondaire, qui a trait à sa mise en application et au rôle pratique des différents acteurs juridiques et sociaux dans l'applicabilité de la norme répressive²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁷ N. CARRIER, « La dépression problématique du concept de contrôle social », *Déviance et société*, 2006, vol. 30, n° 1, p. 4.

²⁰⁵⁸ De nombreux programmes orientés vers ces objectifs ont été mis en place au sein des systèmes anglo-saxons qui concentrent de plus en plus leur action sur la personne du parent. V. en ce sens D. P. FARRINGTON, « Families and Crime », *art. préc.*, spéc. p. 148 : « family-based prevention methods such as parent training and general parent education are effective in reducing later delinquency ».

²⁰⁵⁹ V. Fr. BAILLEAU, Y. CARTUYVELS et D. DE FRAENE, « La criminalisation des mineurs et le jeu des sanctions », *art. préc.*, spéc. p. 264, pour les notions de dispositifs primaire et secondaire de criminalisation.

692. - Lorsque la famille échoue dans la neutralisation de criminalité, qui lui incombe naturellement, ses membres sont potentiellement portés à adopter des conduites antisociales pouvant se concrétiser par la commission, isolée ou plurale, d'un acte infractionnel et se manifestant à l'intérieur ou à l'extérieur de la famille. La société doit alors intervenir pour suppléer l'impuissance de la sphère familiale dans l'endigement préventif du comportement criminel. Le législateur a pour mission de mettre en place une répression active à l'endroit où la régulation familiale n'a pas suffi à faire obstacle à l'émergence de la délinquance. Les facteurs environnementaux et relationnels dans lesquels évolue la famille empêchent parfois que cette dernière puisse se conformer à cette mission. Il appartient dans ce cas aux autorités étatiques de pallier cette défaillance par la mise en place de politiques sociales adaptées aux conséquences procédurales engendrées par la commission de l'infraction. Les dangers de la négation de la réalité fonctionnelle de la famille, mis en lumière à propos de la genèse de la délinquance, se retrouvent à l'égard de son traitement procédural. La critique assenée à la négation du lien de famille quand il s'agit d'étudier le rôle pratique qui lui incombe au stade de la procédure pénale n'est cependant pas aussi univoque que lorsqu'il est question d'analyser la fonction théorique dans laquelle elle s'inscrit au stade de la création de l'action criminelle. L'autorité étatique occupe en effet une place différente au sein de ces deux phases. Si elle est plutôt effacée et accorde un soutien passif à la régulation familiale tant que le comportement délinquant ne se matérialise pas, elle acquiert à l'inverse un rôle actif et prépondérant à partir du moment où l'infraction se réalise.

693. - L'examen des suites pratiques de la perpétration d'une infraction exogène ou endogène à la famille révèle de ce fait une ambiguïté particulière quant à la fonction à accorder à cette dernière dans le processus de traitement de la criminalité qui la touche. La réflexion est délicate quand l'insertion de la famille dans la dynamique répressive procédurale peut à la fois relever du clair ou de l'obscur, et présenter soit un danger, soit un soutien pour l'application du droit pénal. La question de la place accordée au lien de famille dans la mise en œuvre des conséquences procédurales de l'infraction qui trouve sa source, et parfois sa suite, au sein de la sphère familiale, s'avère en effet extrêmement délicate. Cette problématique expose une vision paradoxale de la famille qui apparaît comme un objet contradictoire, alternativement destinataire de la confiance ou de la méfiance du droit répressif en fonction de l'utilité qu'elle représente pour la concrétisation de la répression, et par laquelle la famille « est tour à tour l'objet de la défiance et de l'indulgence du législateur »²⁰⁶⁰. La dualité, qui caractérise le rôle de la famille dans la genèse de la délinquance, se retrouve alors dans la fonction qui lui est accordée au sein de la répression de

²⁰⁶⁰ C. ESCOFFIER-GIALDINI, *La vision pénale de la famille*, Thèse, Aix-Marseille III, 1994. L'auteur insiste sur la dialectique de la confiance et de la méfiance qui entoure l'appréhension du lien de famille par la procédure pénale.

cette dernière. La dichotomie de l'appréhension procédurale de la famille fait en outre écho à celle qui existe dans le rôle qui lui est attribué quand elle est alternativement un moteur ou un obstacle à l'existence de la pénalisation.

694. - La confrontation du lien familial avec les conséquences procédurales de l'infraction, qui est proposée à l'endroit de cette recherche, ne s'oriente pas vers les difficultés du maintien de la continuité d'un lien ébranlé par une procédure pénale²⁰⁶¹, mais se concentre sur l'utilisation du lien de famille comme outil favorable à l'efficacité de cette dernière. La considération répressive à l'égard de la cohésion et de l'affection familiale est source de difficultés quand ces dernières « suscitent à la fois la méfiance et la confiance du pénaliste : la méfiance, car il est à redouter que les proches du délinquant ne cherchent systématiquement à le sauver ou du moins à amoindrir sa responsabilité ; la confiance, car il est à espérer que ces proches acceptent de rendre des services à celui qui a délinqué et par-delà à la justice elle-même »²⁰⁶². L'étude de la place accordée à la famille au sein du procès pénal propose d'interroger la fonction qu'elle occupe lors de la phase postérieure à la mise en mouvement de l'action publique, mais antérieure au jugement définitif. La recherche de l'efficacité de la réponse répressive se trouve partagée entre les impératifs d'exclusion et d'inclusion puisque le droit pénal « est conduit tantôt à exclure la famille, tantôt à faire appel à elle »²⁰⁶³. L'examen de cette période transitionnelle engendre le constat d'une appréhension répressive opportuniste : le lien familial peut alternativement prendre la figure d'un objet recueillant la confiance modérée de la répression (§1) et être érigé en objet d'éviction affirmée par la répression (§2).

§1. Le lien familial comme objet d'une confiance répressive modérée

695. - Lorsque le lien de famille est pris en compte dans la mise en place des conséquences procédurales qui suivent la perpétration de l'infraction, le droit pénal lui accorde une confiance particulière. La répression fait appel à la famille du délinquant et érige le lien familial en soutien nécessaire à la cohérence de son action. Elle le considère de ce fait comme un outil au service de l'efficacité de la répression. Appréhendée en ce sens, la famille constitue un soutien indispensable à la mise en œuvre de cette dernière et le principe de son inclusion dans la procédure de traitement de la délinquance emporte la conviction du législateur répressif. La confiance accordée au lien de famille revient à croire en sa

²⁰⁶¹ Sur cette problématique, v. *infra*, n° 751 et s.

²⁰⁶² J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, coll. « Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 1983, p. 295, spéc. p. 296.

²⁰⁶³ *Ibid.*

propension à contribuer à l'authenticité du procès pénal et à lui accorder une fonction particulière²⁰⁶⁴. Elle suppose l'adhésion de la politique répressive au postulat selon lequel la famille peut œuvrer honnêtement à la répression de l'infraction commise par l'un de ses membres en son sein ou hors du cercle qu'elle représente.

696. - La capacité de la famille à appuyer la répression relève de la contingence et de l'indétermination. Elle s'éloigne de la certitude quand « il n'y a sens à parler de confiance que si est reconnue l'existence d'une incertitude »²⁰⁶⁵. L'orientation naturelle de la famille à servir la recherche de la vérité judiciaire ne se présente pas comme un absolu et doit parfois être relativisée. La tempérance qui accompagne par principe l'octroi de la confiance détermine finalement le lien de famille à recueillir la conviction modérée de la répression. L'examen mène à constater que « quand le législateur s'adresse à l'institution familiale, c'est pour lui demander deux services : celui de la voir jouer un rôle dans le procès et celui de la voir participer à un début de resocialisation, même avant le prononcé de la décision au fond »²⁰⁶⁶. Même si le droit répressif atténue la conviction conférée au lien de famille dans la concrétisation de la répression, il s'emploie cependant à tirer profit de l'intégralité des avantages qu'il recouvre et le conçoit au service de l'intérêt général (A) quand il lui attribue cumulativement un rôle dans la défense des intérêts particuliers (B).

A. Le lien familial au service de l'intérêt général

697. - L'apposition du lien familial au service de l'intérêt général semble à première vue relever davantage de l'antinomie que de l'évidence. L'administration de la justice qui relève par essence de la sphère publique se pose logiquement en contradiction avec l'intimité inhérente à la sphère familiale. L'autorité étatique a en ce sens le monopole de la mise en œuvre de la répression quand la famille se charge de la régulation interne des relations qui unissent les siens. Les membres de la famille jouissent par conséquent d'une indépendance par rapport à la procédure pénale qui ne les concerne pas et dans laquelle ils ne trouvent

²⁰⁶⁴ Sur l'implication de la famille et notamment des parents dans la procédure ou la sanction mise en œuvre à l'encontre de leurs enfants, v. X. PIN, « La responsabilité pénale des parents du fait de leur enfant mineur – Les voies de la pénalisation : entre culpabilisation et responsabilisation », in Ph. JACQUES, *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 67, spéc. pp. 82 et s. L'auteur évoque la mise en œuvre d'une « autre logique pénale » qui passerait par la voie d'une « responsabilité para ou post-pénale » ayant pour but de restaurer l'autorité parentale dans « une logique prospective et optimiste ». L'absence de comparution du parent au procès de son enfant pourrait dans cet esprit être sanctionnée par des peines alternatives ou par des peines principales adaptées au cadre familial, à l'image du stage de responsabilité parentale. V. en ce sens la proposition 21 du rapport de la Commission de propositions de réforme de l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants présidée par A. VARINARD.

²⁰⁶⁵ G. RICHARD, « De la confiance », *L'enseignement philosophique*, 2000, n° 5, p. 24.

²⁰⁶⁶ J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », *art. préc.*, spéc. p. 302.

originellement pas leur place. Le procès pénal reste classiquement propre au délinquant et « l'autonomie de la personne aurait pu faire douter que les membres de la famille puissent exercer une fonction quelconque dans le procès intenté à l'un d'entre eux »²⁰⁶⁷. La contradiction naturelle qui oppose la famille à l'autorité publique et réserve la mise en œuvre de la répression invite à exclure la première de l'application de la répression. Cette éviction reste cependant délicate quand les membres de la famille sont ceux qui possèdent la connaissance la plus intime de la personnalité du délinquant et sont par conséquent les plus à même de pouvoir apporter des informations authentiques à la justice. Considérant que « le tribunal répressif qui juge un homme doit découvrir et pénétrer la personnalité de celui-ci afin d'en mieux apprécier la culpabilité et de fixer, dans les limites définies par la loi, la peine ou la mesure de traitement et de rééducation la mieux adaptée à sa personne et la plus apte à le corriger et à l'amender »²⁰⁶⁸, la proximité qui unit les membres de la famille à la personne du délinquant contribue alors à leur octroyer un pouvoir unique que la justice ne peut égaler.

698. - L'impératif de personnalisation de la procédure et du prononcé de la sanction pénale pousse le législateur à dépasser l'éviction naturelle de la famille pour lui octroyer un rôle actif dans l'administration de la justice, qui s'applique à l'un de ses sujets. Le droit répressif place de ce fait le lien familial au service de l'intérêt général quand la loi permet de faire appel à la famille antérieurement au rendu de la décision définitive, à propos de la personnalité du délinquant sur laquelle « des lumières aussi complètes et aussi exactes que possible sont indispensables à une justice équitable et efficace »²⁰⁶⁹. Les membres de la famille peuvent en ce sens être sollicités par le juge qui souhaite acquérir une meilleure connaissance de la personnalité de l'individu sur le sort duquel il doit se prononcer. Par l'intermédiaire de l'enquête de personnalité, la justice fait confiance à la famille pour fournir des renseignements sur la psychologie et le caractère de l'intéressé, propices à une meilleure compréhension des faits reprochés et au prononcé d'une peine individualisée. Le juge d'instruction fait obligatoirement procéder pour les crimes²⁰⁷⁰ et de manière facultative pour les délits « à une

²⁰⁶⁷ *Ibid.*

²⁰⁶⁸ B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. « Précis », 24^e éd., 2014, n° 4, pp. 3-4.

²⁰⁶⁹ *Ibid.*, n° 772, p. 652.

²⁰⁷⁰ Bien que théoriquement obligatoire pour les crimes, l'enquête de personnalité n'est cependant pas prescrite à peine de nullité. V. en ce sens *Cass. crim.*, 29 avril 1960, *Bull. crim.*, n° 223 et *Cass. crim.*, 1^{er} décembre 1960, *Bull. crim.*, n° 566, obs. G. LEVASSEUR, « De la minimisation du dossier de personnalité à la généralisation du pouvoir discrétionnaire », *RSC*, 1961, p. 83. V. plus récemment dans le même sens *Cass. crim.*, 7 novembre 1989, *Bull. crim.*, n° 399. La jurisprudence a en outre rendu cette enquête facultative pour les crimes, ce qui ne se conforme ni à la rédaction des textes, ni au principe d'individualisation de la réponse pénale. V., pour une critique de cette solution, R. VOUIN, « L'enquête de personnalité, l'instruction préparatoire et les droits de la défense », *JCP G*, 1961, I, p. 1633. V. dans le même sens les développements de R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, T. 2, Cujas, 5^e éd., 2001, n° 421, p. 495, qui considèrent qu'en octroyant au juge d'instruction la possibilité de clore son information au moment où il l'estime complète, l'enquête de personnalité passe du statut « d'obligation juridique » à celui « d'obligation de conscience ».

enquête sur la personnalité des personnes mises en examen, ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale »²⁰⁷¹. Sorte d'examen de la situation sociale du délinquant présumé, l'enquête de personnalité, qui dresse un « véritable portrait de l'individu et de son milieu »²⁰⁷² familial s'avère extrêmement utile à la connaissance des causes de l'infraction et à l'orientation de la sanction vers la resocialisation de son auteur²⁰⁷³. Ces examens, « dont l'ensemble forme le dossier de personnalité, sont essentiels dans le droit pénal moderne, car ils permettent de connaître la personnalité du délinquant et de préparer les mesures qui facilitent sa réadaptation sociale »²⁰⁷⁴. L'assertion déjà ancienne trouve encore plus de légitimité à l'heure d'un droit pénal spécifiquement orienté vers l'individualisation de la réponse répressive et la resocialisation de la personne. L'enquête de personnalité existe à ce titre comme un outil original mêlant authenticité de la réaction judiciaire et faisabilité de la prévention individuelle. Cet examen peut cependant « comporter de sérieux inconvénients à cause du traumatisme auquel est exposé le sujet mis en présence de certaines tares personnelles ou familiales »²⁰⁷⁵ et se conforme à son tour à la contradiction. L'enquête de personnalité peut être favorable à la réinsertion sociale du condamné et donner des éléments de réponses au questionnement de l'étiologie du crime. Elle comporte néanmoins un aspect préjudiciable et peut dans le même temps mettre au jour des déficiences personnelles dont la révélation devient encore plus néfaste pour l'équilibre psychologique du sujet.

699. - La personnalité se façonne prioritairement au sein de la famille²⁰⁷⁶ qui prodigue à ses membres un cadre affectif et sécurisant, nécessaire au développement personnel. La famille construit la personnalité, entendue dans une approche comportementale comme ce qui constitue proprement l'individu et le distingue de ses semblables. À travers la sphère familiale, le sujet a donc normalement la possibilité de se percevoir comme une unité autonome qui émane de la différenciation et de l'altérité participant classiquement à l'endiguement du crime. L'éclaircissement apporté par la famille sur les défaillances de cette personnalité, ou de l'environnement qui a conduit à l'infraction, semble indispensable à un traitement efficace de la criminalité. La chose est encore plus prégnante lorsque l'auteur du comportement incriminé est une personne mineure, dont la personnalité est, par définition, instable et en phase de construction. Les proches parents sont de ce fait particulièrement inclus dans la procédure répressive qui concerne le mineur et peuvent assister aux audiences

²⁰⁷¹ C. proc. pén., art. 81, al. 6.

²⁰⁷² J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 16^e éd., 2011, n° 492, p. 436.

²⁰⁷³ V. sur ce thème, Y. COPPARD-BRITON, *L'examen de personnalité. Étude théorique et pratique*, Thèse, Rennes I, 1969.

²⁰⁷⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale, op. cit.*, n° 346, p. 407.

²⁰⁷⁵ J. PRADEL, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 492, p. 437.

²⁰⁷⁶ V. G. STÉFANI, G. LEVASSEUR et R. JAMBU-MERLIN, *Criminologie et sciences pénitentiaires*, Dalloz, coll. « Précis », 5^e éd., 1982, n° 96 et s., pp. 128 et s.

tenues par les juridictions pour mineurs, qui peuvent décider de les auditionner dans l'intérêt de « parvenir à une meilleure vérité criminologique »²⁰⁷⁷. Le législateur retient une interprétation souple de la famille, qu'il appréhende à travers la notion de proches parents, à qui il octroie la possibilité d'intervenir tant au niveau du tribunal pour enfants que de la cour d'assises des mineurs ou des audiences tenues par le juge des enfants statuant comme une juridiction de jugement.

700. - Le droit répressif met largement la famille au service de l'administration de la justice quand cette dernière a besoin de recueillir des informations dont la famille est la seule détentrice. Ce recours se comprend aisément quand il s'agit de participer à l'efficacité et à la cohérence d'une répression qui bénéficie dans le même temps à l'autorité publique et à l'auteur de l'infraction. Cette conjonction s'avère cependant délicate quand la famille se situe elle-même au seuil de la criminalité. Un environnement familial particulier peut en effet constituer un facteur déclencheur de l'extériorisation de la criminalité. Cette propension appelle plus largement à se demander si tout membre d'une famille peut être considéré comme un criminel en puissance, titulaire d'une personnalité délinquante qui peut ne jamais éclore au sein d'un environnement familial équilibré, mais qui est susceptible de germer face à un contexte tourmenté. Si la dynamique relationnelle de la famille influe nécessairement sur le déclenchement de l'agir criminel et conserve un rôle primordial dans sa neutralisation, elle est cependant loin d'en constituer le critère exclusif ou opérant. Un même contexte est en effet susceptible d'influer différemment sur la conduite de plusieurs membres qui en font partie. L'appréhension répressive de la famille qui porte en elle le germe de la criminalité de l'auteur de l'infraction peut en outre aboutir à un effet pervers et exacerber plus encore les déficiences qui ont mené à sa concrétisation. La famille qui s'écarte de la criminalité peut cependant appuyer la bonne administration de la justice et défendre dans le même temps les intérêts particuliers du sujet en prise avec cette dernière.

B. Le lien familial défenseur des intérêts particuliers

701. - En marge de solliciter la famille pour favoriser la recherche de la vérité judiciaire, le droit répressif fait appel à cette dernière pour assurer la défense des intérêts particuliers de ses membres. Le soutien que la famille apporte directement à l'un de ses membres lors du procès pénal se manifeste prioritairement à travers l'exercice effectif des voies de recours. La déclaration d'appel ou de pourvoi peut en effet être signée par l'appelant, par son conseil ou

²⁰⁷⁷ J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », *art. préc.*, spéc. p. 303. V. plus précisément les dispositions de l'article 14 de l'ord. n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JORF* du 4 février 1945, p. 530.

par « un fondé de pouvoir spécial »²⁰⁷⁸ à partir du moment où il établit un mandat spécial²⁰⁷⁹. Dans ce cadre non limitatif, l'intéressé qui recourt à sa famille utilise « à son profit une disposition générale de la loi, c'est-à-dire une disposition ne faisant pas référence à la famille »²⁰⁸⁰. L'auteur présumé de l'infraction peut par ailleurs profiter d'une disposition au sein de laquelle la loi fait directement référence à la famille quand il s'agit des voies de recours extraordinaires. Ces dernières se rapportent à la procédure en révision et au réexamen de la condamnation « lorsque, après une condamnation, vient à se produire un fait nouveau ou à se révéler un élément inconnu de la juridiction au jour du procès de nature à établir l'innocence du condamné ou à faire naître un doute sur sa culpabilité »²⁰⁸¹. Ces dernières peuvent en effet notamment être demandées « après la mort ou l'absence déclarée du condamné, par son conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité, son concubin, ses enfants, ses parents, ses petits-enfants ou arrière-petits-enfants, ou ses légataires universels ou à titre universel »²⁰⁸².

702. - La liste des protagonistes concernés par cette possibilité englobe l'intégralité des manifestations contemporaines du lien de couple et s'étend à la parenté en ligne directe, notamment descendante. La situation reste malgré tout très circonstanciée. Elle suppose en effet le décès ou l'absence déclarée du condamné et a par conséquent pour objet de remplacer l'action qui aurait été intentée par l'intéressé dans le cas de sa survie ou de sa présence. La rédaction antérieure de la norme répressive faisait en outre expressément référence à la famille de la personne décédée déclarée innocente. Elle estimait que « si la victime de l'erreur judiciaire est décédée, le droit de demander des dommages-intérêts appartient, dans les mêmes conditions, à son conjoint, à ses ascendants et descendants »²⁰⁸³ et qu'« il n'appartient aux parents d'un degré plus éloigné qu'autant qu'ils justifient d'un préjudice matériel résultant pour eux de la condamnation »²⁰⁸⁴. Le législateur contemporain est néanmoins revenu sur cette référence et ne vise plus explicitement les membres de la famille qui sont désormais inclus dans la catégorie des personnes justifiant d'un préjudice physique ou moral. L'appel que la répression fait à la famille a par conséquent une vocation uniquement supplétive. La chose relativise grandement la portée de la confiance qui lui est accordée et ce

²⁰⁷⁸ V. C. proc. civ., art. 502, al. 2. pour le droit d'appel et C. proc. pén., art. 576, al. 2 pour le pourvoi en cassation.

²⁰⁷⁹ La jurisprudence considère en effet que la procuration générale est nécessaire mais insuffisante, excepté dans le cas du représentant légal du mineur qui peut agir automatiquement en son nom. V. en ce sens *Cass. crim.*, 24 juillet 1874, *Bull. crim.*, n° 213 : *D.*, 1876, I, p. 505 et *Cass. crim.*, 24 janvier 1956, *D.*, 1956, p. 306.

²⁰⁸⁰ J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », *art. préc.*, spéc. p. 304.

²⁰⁸¹ C. proc. pén., art. 622.

²⁰⁸² C. proc. pén., art. 622-2, 4°.

²⁰⁸³ C. proc. pén., art. 626, al. 2 (ancien).

²⁰⁸⁴ C. proc. pén., art. 626, al. 3 (ancien).

mécanisme n'est pas réellement « révélateur de l'importance que revêt aux yeux du législateur cette cellule sociale fondamentale qu'est la famille »²⁰⁸⁵. La confiance que le droit pénal accorde à la famille dans la défense des intérêts particuliers apparaît finalement encore plus timide que celle dont il fait preuve quand il s'agit de contribuer à la vérité judiciaire. Elle procède davantage du remplacement que du complément dans le premier cas quand elle est sujette à des incertitudes dans le second cas. Le climat de confiance est finalement bien incertain eu égard à la méfiance qui entoure naturellement la considération du droit pénal pour le lien familial. Ce dernier, qui constitue souvent un danger pour la cohérence de l'administration judiciaire, opère en effet bien plus logiquement comme l'objet d'une éviction répressive affirmée.

§2. Le lien familial comme objet d'une éviction répressive affirmée

703. - Lorsque le lien de famille est pris en compte dans la mise en place des conséquences procédurales qui suivent la perpétration de l'infraction, le droit pénal est naturellement porté à en faire l'objet d'une méfiance spécifique. Puisque la famille soutient par essence ses membres, elle a une propension à s'opposer à la pénalisation de leurs actions. La répression érige par conséquent de façon manifeste le lien familial en adversaire de principe à la cohérence de son action et le considère comme un opposant à l'efficacité de la répression. Appréhendée en ce sens, la famille constitue un obstacle infranchissable à la mise en œuvre de cette dernière et le principe de son exclusion de la procédure de traitement de la délinquance emporte la conviction du législateur répressif. La méfiance accordée au lien de famille revient à croire en son inaptitude à pouvoir contribuer à l'authenticité du procès pénal et reconnaît sa propension à constituer une entrave à son efficacité. Elle suppose l'adhésion de la politique répressive au postulat selon lequel la famille ne peut œuvrer honnêtement à la répression de l'infraction qui se commet par l'un de ses membres en son sein ou hors du cercle qu'elle représente.

704. - Quand il évince délibérément la famille du procès pénal, le droit répressif met en doute sa capacité à favoriser la bonne application de la justice et tient compte de la dangerosité et de l'équivoque qui la caractérise. Le soupçon supplante alors la certitude à l'endroit où la méfiance est mère de sûreté. La précaution mène par conséquent à l'exclusion affirmée de la famille à l'endroit où sa prise en compte pourrait compromettre la bonne administration de la justice. Le doute ne profite pas à la famille dont l'intervention est présumée néfaste pour la mise en œuvre de la procédure pénale. L'éviction de la famille ne se

²⁰⁸⁵ J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », *art. préc.*, spéc. p. 305.

réalise cependant pas avec la même intensité au regard de la fonction à laquelle elle se rapporte. Le lien familial souffre en effet d'une exclusion partielle quand il s'agit d'appréhender la qualité de témoin (A) alors que ce rejet devient total dès que la fonction de jugement est concernée (B).

A. L'exclusion partielle du lien familial à travers la qualité de témoin

705. - Le témoin, généralement considéré comme « celui en présence de qui se produit, par hasard ou à dessein, un fait ou un acte »²⁰⁸⁶, est une personne physique citée à comparaître en justice par une partie au procès pénal dans le but de certifier sous serment²⁰⁸⁷ l'existence de faits ou d'informations dont elle détient une connaissance personnelle. En effet, « les mensonges d'un témoin seraient particulièrement dangereux en matière pénale et sources d'erreurs judiciaires »²⁰⁸⁸. Le témoignage, issu du témoin considéré comme « une explication vivante de l'événement »²⁰⁸⁹, constitue un objet de connaissance privilégié pour les autorités judiciaires qui peuvent rarement recueillir des données si authentiques par un autre biais. Rapporté au lien de famille, ce mode de preuve devient cependant délicat à appréhender quand « mus le plus souvent par l'affection ou la pitié, les parents et alliés risquent d'être écartelés entre le parjure et le mal fait à l'un des leurs »²⁰⁹⁰. Le droit pénal tient compte de cette réalité et manifeste à plusieurs égards son hostilité à l'inclusion des membres de la famille dans la procédure répressive en tant que témoins. Le lien de famille est en premier lieu la source d'une immunité affective qui neutralise, à leur égard, la violation des obligations de dénonciation de crime et de témoignage en connaissance de l'innocence de la personne inquiétée quand le crime a été commis par un membre de sa famille²⁰⁹¹. Cette paralysie se comprend par « l'idée que le lien de famille est si puissant qu'on ne peut demander à l'un des membres d'en trahir un autre »²⁰⁹².

²⁰⁸⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2014, V^o « Témoin », acception générale, p. 1017.

²⁰⁸⁷ V. C. proc. pén., art. 103 : « [l]es témoins prêtent serment de dire toute la vérité, rien que la vérité. Le juge leur demande leurs nom, prénoms, âge, état, profession, demeure, s'ils sont parents ou alliés des parties et à quel degré ou s'ils sont à leur service. Il est fait mention de la demande et de la réponse ». La demande qui concerne l'existence du lien de famille n'est pas le signe d'une bienveillance mais sert à statuer en connaissance de la fragilité naturelle qui caractérise le témoignage de la famille.

²⁰⁸⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale, op. cit.*, n^o 144, p. 184.

²⁰⁸⁹ F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, T. 4, « De l'instruction écrite », Éd. Plon, 1866, n^o 1829, p. 443.

²⁰⁹⁰ J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », *art. préc.*, spéc. p. 298.

²⁰⁹¹ V. *supra*, n^o 52 et s.

²⁰⁹² J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », *art. préc.*, spéc. p. 299.

706. - L'exclusion partielle du lien de famille, en ce qui concerne la qualité de témoin, se manifeste en second lieu au sujet du lien de parenté, à travers la position jurisprudentielle qui considère traditionnellement que le juge pénal ne peut procéder à l'audition des enfants de parents en instance de divorce dans le cadre d'une procédure liée à cette dernière²⁰⁹³. Cette solution est directement liée aux dispositions civilistes qui considèrent par exception que « les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps »²⁰⁹⁴. En assimilant cette exclusion à la procédure répressive parallèle, la jurisprudence refuse d'admettre que cette interdiction, qui émane de la procédure civile, puisse être détournée par la procédure pénale. Ce refus est cependant embarrassant quand il constitue une « gêne pour le juge d'instruction qui se trouve privé des seules personnes ayant une bonne connaissance des faits »²⁰⁹⁵ et quand la procédure pénale autonome n'est traditionnellement pas liée aux dispositions civiles. La règle se comprend néanmoins quand elle est animée par « un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille »²⁰⁹⁶. Le juge abandonne par conséquent une partie de la connaissance dont il pourrait bénéficier dans le but de préserver la cohésion familiale. L'impératif d'accession à la vérité judiciaire réapparaît cependant quand la procédure répressive ne concerne pas l'instance en divorce. Dès lors que l'infraction considérée est étrangère à la dissolution du lien familial de couple, les enfants peuvent donc à nouveau être entendus. La nécessité de préserver la morale familiale tombe alors dès que la procédure pénale concerne un fait qui ne relève pas de l'instance civile. L'autonomie de la poursuite délie en effet le juge des prescriptions civilistes. La procédure, qui consiste à exclure le témoignage de l'enfant dans le premier cas et à l'inclure dans le second, témoigne par conséquent d'une certaine hypocrisie de la part du juge pénal qui n'a plus de scrupules à entendre l'enfant quand l'enjeu répressif augmente. La problématique semble néanmoins avoir été tranchée par une décision récente²⁰⁹⁷ au sein de laquelle la chambre criminelle considère que « les dispositions de l'article 205 du code de procédure civile, relatives au divorce, ne sont pas applicables devant la juridiction pénale en raison du principe de la liberté de la preuve ». Cette solution se conforme parfaitement aux dispositions précédemment énoncées puisque le procès pénal pour violences conjugales n'avait dans cette espèce aucun lien avec l'instance en divorce et n'aurait pas permis de produire par la suite le témoignage du descendant lors de l'instance civile. La généralité de l'attendu mène cependant à penser à l'admission de principe de ce témoignage au sujet des procédures répressives directement

²⁰⁹³ *Cass. crim.*, 5 février 1980, *Bull. crim.*, n° 47.

²⁰⁹⁴ *C. proc. civ.*, art. 205.

²⁰⁹⁵ J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », *art. préc.*, spéc. p. 299.

²⁰⁹⁶ *Cass. crim.*, 5 février 1980, *Bull. crim.*, n° 47.

²⁰⁹⁷ *Cass. crim.*, 2 juin 2015, inédit, n° 14-85.130 : *RLDC*, 2015, n° 129, p. 52, note M. DESOLNEUX.

liées à l'instance en divorce. Il est néanmoins malheureux de constater que l'affirmation de l'autonomie du droit répressif aurait en ce lieu pour objet de contourner les règles civilistes.

707. - Le lien familial se trouve en dernier lieu partiellement exclu de la sphère répressive procédurale dans la mesure où si, hors des situations précédemment exposées, le juge pénal peut classiquement entendre tous les membres de la famille du délinquant, ces derniers ne sont cependant pas soumis aux mêmes exigences que les tiers au cercle familial. Afin de prévenir tout risque de parjure, le législateur pénal ne les soumet pas à l'obligation de vérité et autorise les parents et alliés à déposer leur témoignage sans prêter serment. La procédure pénale enserrant le témoignage des membres de la famille ne leur confère pas un droit au mensonge, qui ne permettrait d'ailleurs en rien de résoudre le conflit interne les animant, mais instaure à leur égard une sorte de « présomption de déficience morale ou de partialité »²⁰⁹⁸. Le compromis qui consiste à les entendre à titre de simple renseignement après l'instruction définitive²⁰⁹⁹ est particulièrement louable, puisqu'il tient compte de la contradiction psychologique dans laquelle est enfermé le membre de la famille devant témoigner contre l'un des siens et fait preuve de réalisme et d'adaptation à l'affect familial. Cette solution, qui ne joue pas au stade de l'instruction préparatoire²¹⁰⁰, démontre dans le même temps le fait que le droit pénal reste malgré tout réticent à se priver du concours de la famille. L'inconstance dont le droit répressif fait preuve à l'égard de la confiance ou de la méfiance accordée au cercle familial se comprend en outre par le fait que « si le lien familial n'est pas toujours source d'affection, il est rarement source d'indifférence et les affaires de famille peuvent susciter des passions qui constituent autant d'obstacles à la manifestation de la vérité »²¹⁰¹. Cette exclusion partielle concerne en outre une liste exhaustive de membres de la famille énumérés par les textes, qui est limitée au père, à la mère, à tout autre ascendant du prévenu ou de l'accusé, au fils, à la fille, à tout autre descendant, aux frères et sœurs, aux alliés au même degré et au conjoint même après le divorce, ainsi qu'aux enfants qui n'ont pas atteint l'âge de seize ans pour le jugement aux assises.

708. - Le caractère étendu du lien familial appréhendé par cette exception témoigne de l'affaiblissement du caractère absolu du serment. Le droit répressif reste toutefois timide et n'inclut pas les formes contemporaines du lien de couple dans le bénéfice de cette exception. L'adhésion à la logique familiale sentimentale voudrait cependant que les partenaires et les concubins soient identiquement exemptés de l'obligation de prêter serment lorsqu'ils sont appelés à témoigner contre l'autre membre du couple. Le législateur, hostile à renoncer aux

²⁰⁹⁸ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., n° 459, p. 394.

²⁰⁹⁹ V. C. proc. pén., art. 335 pour le jugement aux assises et C. proc. pén., art. 448 pour le tribunal correctionnel.

²¹⁰⁰ V. C. proc. pén., art. 103.

²¹⁰¹ C. ESCOFFIER-GIALDINI, *La vision pénale de la famille*, op. cit., n° 117, p. 101.

informations familiales, s'entoure de garanties supplémentaires en ne prononçant pas automatiquement la nullité de l'audition des membres de la famille faite sous serment si ces derniers ne s'y sont pas opposés²¹⁰². Au sein de la méfiance qu'il manifeste à l'égard de l'inclusion du lien de famille dans la procédure de traitement des infractions, le droit pénal accorde cependant un rôle réduit au lien de famille qu'il autorise parfois à s'exprimer. Cette liberté, qui est mise en œuvre à l'égard de la fonction de témoin, ne peut néanmoins s'appliquer identiquement en ce qui concerne la fonction de jugement qui emporte des enjeux totalement différents et oblige à l'exclusion totale du lien familial.

B. L'exclusion totale du lien familial par la fonction de jugement

709. - Le droit répressif, qui n'est pas complètement hostile à recueillir le témoignage des membres de la famille apparentés ou alliés au sein d'une procédure personnelle à l'un des siens, devient absolument opposé à inclure la famille dans la fonction de jugement. Si le conflit intellectuel qui existe à l'égard du témoin se retrouve à propos du juge, ce dernier demeure soumis à des exigences que ne connaît pas le premier. Le témoin doit en effet simplement apporter des éléments de fait que le magistrat apprécie en toute liberté quand le juge doit statuer en conformité avec les garanties d'indépendance et d'impartialité qui caractérisent son office²¹⁰³. Ces exigences sont par essence incompatibles avec le lien de famille qui suppose naturellement l'existence d'une soumission affective et la subjectivité. Les règles juridiques traduisent par conséquent une hostilité absolue à l'exercice de la fonction de jugement en présence d'un lien de famille avec l'une des parties à l'instance. L'éviction de la famille se rapporte à la globalité de la qualité de magistrat et se manifeste aussi bien envers les jurés d'assises profanes qu'à l'égard des magistrats professionnels qui composent les autres formations de jugement.

710. - Le retrait de la liste des jurés susceptibles de siéger aux assises est en premier lieu obligatoirement ordonné à l'égard « des conjoints, parents et alliés jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement de l'accusé ou de son avocat »²¹⁰⁴. L'assimilation de la famille du conseil à celle de l'accusé est particulièrement intéressante puisqu'elle prouve que l'éviction n'est pas directement liée à la personne concernée, mais se fonde prioritairement sur l'existence d'un lien de famille. La dimension familiale dans laquelle évoluent le juré et l'une

²¹⁰² C. proc. pén., art. 336.

²¹⁰³ Sur ces garanties spécifiquement rapportées au juge répressif, v. Ph. NÉRAC, « Les garanties d'impartialité du juge répressif », *JCP*, 1978, I, p. 2890. Sur la nature constitutionnelle et européenne de ces exigences et leur impact en procédure pénale, v. not. B. BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 48 et s., pp. 42 et s. ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, 10^e éd., 2014, n° 413 et s., pp. 367 et s.

²¹⁰⁴ C. proc. pén., art. 291.

des parties au procès suffit donc à exclure le premier de la fonction de jugement. L'interdiction est en outre absolue puisqu'elle ne souffre d'aucune exception. L'existence d'un lien familial joue par conséquent comme une présomption irréfragable d'impartialité, cette dernière étant entendue comme « l'absence de parti pris, de préjugé, de préférence, d'idée préconçue, exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle dont le propre est de départager des adversaires en toute justice et équité »²¹⁰⁵. L'impartialité se réfère finalement à la propension à posséder un préjugement sur la solution à apporter au litige en fonction d'un lien personnel ou fonctionnel avec l'affaire en présence. Le lien de famille participe de la dimension personnelle du principe d'impartialité et présume obligatoirement la partialité du juré qui n'occupe pas une fonction professionnelle encadrée par les garanties d'indépendance et d'impartialité.

711. - Le raisonnement opéré à l'égard des jurés joue avec moins de ferveur quand il s'agit de confronter les magistrats professionnels avec le lien de famille dans lequel ils s'inscrivent aux côtés d'une partie au procès. Par l'intermédiaire de la récusation, entendue comme « la procédure par laquelle une partie au procès pénal sollicite qu'un magistrat dont l'impartialité peut être mise en doute soit écarté du jugement de ce procès »²¹⁰⁶, toute partie peut solliciter l'exclusion du juge ou du conseiller « si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin sont parents ou alliés de l'une des parties ou de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement »²¹⁰⁷. La récusation peut en outre être exercée « contre le juge, même au cas de divorce ou de décès de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin, s'il a été allié d'une des parties jusqu'au deuxième degré inclusivement »²¹⁰⁸. Le lien familial appréhendé par la procédure de récusation se manifeste dans son acception la plus large, tant au niveau de ses formes que par rapport à son existence. Toutes les manifestations contemporaines du lien de couple sont en effet appréhendées par cette procédure, que ce lien soit actuel ou dissout quand il s'agit du lien conjugal qui a été défait par le divorce ou le décès de l'un des époux. La parenté ou l'alliance qui existe entre le juge et les parties au procès est donc regardée à travers la réalité globale que constitue le lien de couple qui existe actuellement. La prise en compte de l'ancienneté du lien de partenariat ou de concubinat est cependant exclue quand il est question de récuser postérieurement à sa dissolution, à moins que cette dernière ne soit due au décès du

²¹⁰⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Impartialité », p. 521.

²¹⁰⁶ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, op. cit., n° 565, p. 644.

²¹⁰⁷ C. proc. pén., art. 668, 1°.

²¹⁰⁸ *Ibid.* V. aussi COJ, art. L. 111-6, 3° qui dispose que la récusation d'un juge peut être demandée « si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement ».

partenaire ou du concubin. Cette éviction révèle une inégalité de traitement entre l'union conjugale et les unions extraconjugales dissoutes par une autre cause que le décès de l'un des membres du couple. La temporalité du lien de couple ne justifie cependant pas cette disparité qui mériterait certainement d'être corrigée. La différence de régime peut cependant être relativisée lorsque les dispositions légales générales concernant les cas de récusation sont extrêmement larges. Cette dernière peut également avoir lieu « s'il y a eu entre le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin et une des parties toutes manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité »²¹⁰⁹. S'ils ne sont pas expressément visés par la loi, les anciens liens de partenariat ou de concubinat peuvent donc théoriquement entrer dans cette catégorie.

712. - La procédure de récusation qui existe à l'égard des magistrats du siège, et qui ne peut être mise en place concernant le parquet puisque « les magistrats du ministère public ne peuvent être récusés »²¹¹⁰ en tant qu'ils incarnent la partie adverse, « principale et nécessaire au procès pénal »²¹¹¹ et ne prennent pas de décisions juridictionnelles²¹¹², traduit la méfiance que le droit pénal exprime vis-à-vis de l'insertion du lien de famille dans la fonction de jugement. La volonté de l'éviction du lien de famille est bien plus affirmée envers les magistrats professionnels que par rapport aux magistrats profanes. La certitude de cette exclusion reste cependant bien plus instable à l'égard de la récusation des premiers qui n'est pas absolue. Si l'éviction est plus fortement désirée, elle n'est pas pour autant systématique, à l'inverse de la récusation des jurés qui est « automatique et péremptoire »²¹¹³ quand elle s'impose à la cour sans obligation de motivation. Le succès de l'action n'est jamais assuré à l'endroit où « le législateur se méfie moins des magistrats de profession que des magistrats d'occasion »²¹¹⁴. Le conditionnement de la récusation à la validation de la requête participe en effet paradoxalement de la confiance accordée à cette profession particulière. L'automatisme de la récusation heurterait en effet l'éthique la caractérisant dans le sens où elle instaurerait une présomption irréfragable de partialité. Le caractère relatif de la récusation se comprend néanmoins quand la procédure pénale ne peut rester insensible au sentiment familial même

²¹⁰⁹ C. proc. pén., art. 668, 9°.

²¹¹⁰ C. proc. pén., art. 669, al. 2.

²¹¹¹ B. BOULOC, *Procédure pénale*, op. cit., n° 177, p. 148.

²¹¹² V., pour une contestation de la légitimité absolue de cette règle, les développements de M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n° 46, p. 91 : « la règle appliquée dans son absolutisme par la chambre criminelle peut quelquefois être discutable quand, au-delà de la fonction, l'impartialité subjective de l'officier du ministère public est contestable ». Cela peut notamment se produire en présence d'un lien de famille entre ce dernier et la personne qui est poursuivie. Le principe de l'indivisibilité qui s'applique au ministère public et au sein duquel la personnalité est absorbée par la fonction empêche cependant de considérer réellement ce problème. La chose est malgré tout illogique quand le remplacement du magistrat lié familialement par un autre membre du parquet saurait éviter bien des tourments personnels.

²¹¹³ *Ibid.*, n° 46, p. 90.

²¹¹⁴ J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », *art. préc.*, spéc. p. 297.

quand un professionnel dont la fonction appelle l'impartialité est concerné. Le cercle familial ne peut en effet être amené à statuer sur le sort de l'un des siens sans que son indépendance et son impartialité ne puissent être remises en cause.

713. - Le magistrat qui fait partie de la famille de l'une des parties est présumé disposer d'un préjugement à l'égard de la solution judiciaire. Cette présomption explique aussi le fait que le magistrat soit lui-même dans l'obligation de procéder à sa propre récusation s'il entretient ou croit entretenir un lien familial avec l'une des parties et que cette dernière ignore ce lien ou n'a pas souhaité soulever son existence²¹¹⁵. Ce dernier peut être positif dans le cas d'une affection particulière, ou négatif dans celui d'un conflit familial. La fonction de jugement est finalement happée par la qualité de membre d'une famille qui ne dispose pas de la distance affective nécessaire pour juger en toute impartialité. Le caractère conditionné de la récusation est néanmoins compensé en pratique dans la mesure où il est extrêmement rare qu'une demande fondée sur l'existence d'un lien d'alliance ou de parenté n'aboutisse pas. Dans les faits, la récusation est pratiquement systématique chaque fois que cette relation existe, puisqu'il n'est rien qui ne rende plus impartial que l'affection qui émane d'un lien de famille. Les demandes de récusation sont cependant empreintes d'une rareté statistique qui s'explique par les précautions dont les magistrats entourent la saisine de leurs collègues²¹¹⁶. Le caractère²¹¹⁷ de la procédure, qui est « de nature administrative et non juridictionnelle en sorte que les actes auxquels elle donne lieu ne sont pas susceptibles de voies de recours »²¹¹⁸, engendre en outre sa rapidité. La récusation s'étend sur la globalité de la mise en œuvre du droit répressif, puisqu'elle concerne tant l'instruction que le jugement dans sa généralité²¹¹⁹ et ne dessaisit pas la juridiction qu'elle concerne qui doit simplement « ordonner qu'il sera sursis soit à la continuation de l'information ou des débats, soit au prononcé du jugement »²¹²⁰. L'étude de la procédure de récusation révèle en définitive la volonté d'exclure totalement la corrélation entre le lien familial et la qualité de magistrat dans le souci de préserver l'impartialité judiciaire. La nécessaire prise en compte du lien familial dans l'efficacité de la répression ne doit donc pas conduire à l'inverse à ignorer les cas dans lesquels l'ignorance est légitime.

²¹¹⁵ V. COJ, art. L. 111-7 : « [l]e juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre juge spécialement désigné ».

²¹¹⁶ J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », *art. préc.*, spéc. p. 297, note 10.

²¹¹⁷ Afin d'éviter l'encombrement des juridictions et de pallier la lenteur de la procédure, la récusation a perdu son caractère juridictionnel depuis 1959. Avant cette date, les règles de procédure civile concernant la révocation des magistrats étaient appliquées à la procédure répressive.

²¹¹⁸ M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 46, p. 91.

²¹¹⁹ V. C. proc. pén., art. 669, al. 1.

²¹²⁰ C. proc. pén., art. 670, al. 2.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

714. - Rapportée à l'acte infractionnel, la négation du lien de famille se manifeste comme un obstacle à l'efficacité de la répression. Elle s'oppose au cas dans lequel la prise en compte du lien de famille fait obstacle à l'effectivité de la répression. L'entrave que l'absence de considération répressive pour la famille est susceptible de porter à l'efficacité du droit pénal se manifeste à travers la négation du rôle occupé par le lien familial au sein de l'acte infractionnel. L'infraction est susceptible d'être appréhendée sous plusieurs acceptions et peut se rapporter au processus psychique de création de la conduite infractionnelle ou à sa concrétisation pratique. En tant qu'entité autonome et indépendante de sa poursuite, l'acte infractionnel possède un versant intellectuel et un versant matériel. En ce sens, le lien familial peut englober tant la conception théorique que la mise en œuvre pratique de l'infraction. Mis en relation avec l'acte infractionnel, le lien de famille peut successivement être considéré aux prémices fondamentales de l'infraction, puis être appréhendé au niveau de ses conséquences procédurales.

715. - Confrontée aux origines de l'acte infractionnel, la famille opère dans une perspective contradictoire. Elle est susceptible d'affecter le seuil de la criminalité par deux attitudes antagonistes à travers lesquelles elle agit alternativement comme un facteur naturellement neutralisateur ou anormalement promoteur de criminalité. L'affection et le sentiment inhérents à la sphère familiale, qui prodigue normalement une éducation conforme aux valeurs fondamentales reconnues par la société et favorise l'épanouissement individuel, lui octroient une propension naturelle à éviter les conduites antisociales et à endiguer l'agir criminel. La neutralisation du crime passe classiquement par la famille et se manifeste comme une cause prépondérante de l'inexistence ou de l'enrayement de la délinquance. La famille sort cependant du rôle actif qu'elle occupe dans le processus de neutralisation du crime pour en devenir un objet. L'annihilation du crime existe parallèlement à l'égard de la famille quand la cohésion de cette dernière est érigée en objectif de l'application d'une politique pénale orientée et circonstanciée à la particularité du contexte familial. La prise en considération de la caractéristique neutralisatrice inhérente ou affectée à la famille sert alors directement la lutte contre la perpétration de la criminalité. Le droit répressif a cependant trop souvent tendance à ignorer les capacités anticriminelles de la famille.

716. - L'absence de considération dont le droit répressif fait preuve à l'égard du lien de famille atteint l'émergence de la criminalité contre laquelle il a pour objet de lutter. Cela est particulièrement dangereux quand la famille est elle-même susceptible de devenir un facteur promoteur de criminalité. Quand elle engendre la criminalité et favorise son développement, la famille révèle une pathologie sociale. Cette dernière se dévoile à travers deux lieux de

criminalité opposés : extérieurement au milieu familial ou au sein de ce dernier. La criminalité extrafamiliale coexiste avec la criminalité intrafamiliale en présence de la famille qui dévie de son rôle social naturel. Cette déviance peut être délibérément choisie par certains de ses membres. Toutefois, elle reste souvent subie par une famille qui évolue dans un contexte environnemental impropre à lui octroyer les conditions de développement matérielles et intellectuelles favorables à la régulation des conduites sociales. La négation conceptuelle dont semble souffrir le rôle du lien de famille dans les origines de l'acte infractionnel se retrouve en outre au niveau des conséquences procédurales de l'infraction.

717. - L'examen de l'application pratique de la répression démontre un rejet similaire à l'égard du lien de famille. Ce dernier fait l'objet d'une confiance limitée de la part du droit répressif. La place donnée à la connaissance de la personnalité du délinquant révèle le rôle particulier accordé au lien de famille au sein de la procédure répressive. La famille est susceptible de détenir et de porter à la connaissance des autorités des informations sur l'auteur présumé de l'infraction et sur les circonstances de la commission des faits. La connaissance familiale s'érige en outil primordial et inégalable de la compréhension du fait infractionnel. À travers la réalisation de l'enquête de personnalité, le droit pénal met le lien de famille au service de l'intérêt général et de la bonne administration de la justice. La conviction dont le droit pénal fait preuve à l'égard du lien de famille est renforcée par le rôle qui lui est accordé dans la défense des intérêts particuliers. Le législateur répressif autorise la famille à intervenir au soutien de celui qui est inquiété par la procédure répressive au niveau de l'exercice effectif des voies de recours et des procédures en révision. Si la famille semble prise en compte par la répression, son inclusion procédurale reste cependant modérée. La confiance que le législateur pénal lui accorde est limitée quand la famille apparaît comme un outil au secours de l'établissement de la vérité judiciaire alors qu'elle pourrait servir plus directement l'individualisation de la sanction.

718. - La méfiance que le droit répressif ressent à l'égard du lien de famille le mène instinctivement à évincer ce dernier. Toutefois, l'exclusion de la famille ne se manifeste pas avec la même intensité en fonction du rôle procédural auquel elle est confrontée. Le rôle déterminant que le témoin est susceptible de jouer dans l'accès à la vérité judiciaire amène le droit répressif à privilégier l'information du juge et à n'exclure que partiellement le lien familial de la procédure pénale. L'immunité affective et l'exclusion des membres de la famille des exigences du serment témoignent cependant du réalisme du droit répressif. Les principes d'impartialité et d'indépendance du juge rendent à l'inverse cette qualité incompatible avec l'existence du lien de famille. Cette incompatibilité se caractérise par l'exclusion absolue du juré dans le cas du profane et par la procédure de récusation pour le magistrat professionnel. Tout est fait pour évincer rapidement et définitivement le lien

d'alliance ou de parenté de la fonction de jugement. La divergence des enjeux qui entourent les missions de témoignage et de jugement justifie en outre la discordance de degré qui caractérise leurs exclusions respectives.

719. - Quand il est confronté à l'acte infractionnel au sein de la création du comportement criminel ou de sa concrétisation procédurale, le lien de famille pris en compte est à l'image de celui qui est façonné par le droit pénal. Le droit répressif englobe « la communauté sociale élémentaire, l'ensemble des proches, conjoint, parents ou alliés, en prenant soin de rappeler que leur énumération peut varier au gré des institutions »²¹²¹. Le droit pénal fait également preuve d'une considération pour la diversité des formes contemporaines du lien de couple en appréhendant à la fois le lien conjugal, de partenariat ou de concubinat. L'égalitarisme n'est cependant pas parfait puisque les partenaires et les concubins sont exemptés de l'obligation de prêter serment dès qu'ils sont tenus de témoigner contre l'autre membre du couple. L'ancienneté des liens de partenariat ou de concubinat mériterait au surplus d'être considérée au sein de la procédure de récusation, identiquement à ce qui est prévu à l'égard du lien conjugal.

720. - Le droit pénal gagnerait à inclure la composante familiale au sein des politiques pénales en tenant compte des difficultés environnementales rendant la famille impropre à remplir ses fonctions d'éducation et de socialisation. La resocialisation du délinquant par la famille doit être poursuivie et mise en place dès le stade du procès. La répression serait par ailleurs plus cohérente si elle considérait le lien de famille dans l'ensemble de ses formes contemporaines et sortait de la dynamique utilitariste dont elle fait preuve à son égard. Le réalisme du droit pénal le porte cependant à adopter une réponse variable à l'égard du lien de famille et à adapter la confiance ou la méfiance qu'il peut lui accorder. Le soutien que la famille peut constituer pour ses membres n'est pas toujours ignoré et suscite un regain de confiance au niveau du rôle qu'elle occupe postérieurement au procès pénal. La négation du lien de famille qui prédomine face à la genèse et à la poursuite de l'acte infractionnel se retrouve cependant majoritairement dans la mesure de l'efficacité de la réponse pénale.

²¹²¹ J. PRADEL, « La famille du délinquant au cours du procès », *art. préc.*

CHAPITRE 2 - LA DÉCONSIDÉRATION DU LIEN DE FAMILLE COMME OBSTACLE À L'EFFICACITÉ DE LA RÉPONSE PÉNALE

721. - La norme efficace peut être celle qui est observée et dont les prescriptions ne sont pas violées. Elle peut aussi être celle qui assortit ces dernières d'une réponse pénale propre à éviter la réitération du comportement infractionnel et à favoriser la resocialisation de son auteur. La cohésion familiale favorise l'épanouissement individuel et l'éducation sociale des membres qui composent la famille, laquelle émerge comme une variable fondamentale à la lutte contre la perpétration des conduites antisociales. Quand elle fonctionne sainement, la famille entraîne logiquement l'absence d'adhésion aux comportements criminels et constitue pour le droit répressif un outil indispensable à l'endiguement des conduites infractionnelles. Qu'il se rapporte à l'infraction ou à la mise en place de sa procédure de traitement, le droit pénal ne tient cependant pas toujours compte de la propension anticriminelle de la famille. La déconsidération répressive prend le pas sur le secours que la famille est supposée apporter au droit pénal et le lien de famille se pose paradoxalement en obstacle à l'application cohérente de ce dernier.

722. - En marge de l'énoncé normatif, la réaction à l'irrespect de la norme joue également comme un facteur opérant de l'efficacité du droit répressif. L'efficacité de la norme s'écarte de la légistique formelle et de la technique de rédaction normative. Elle s'émancipe du contenu de la norme pour se concentrer sur les conséquences de son application. La concentration de l'efficacité au niveau de la réponse pénale invite à sortir de la logique téléologique pour adopter un point de vue conséquentialiste. Cette recherche propose de situer la réflexion postérieurement au prononcé de la peine et de se concentrer sur la réponse pénale qui englobe tant la sanction répressive que la mise en place d'alternatives à la répression. L'examen de l'efficacité de la réponse pénale nécessite l'observation de la mise en œuvre pratique de la sanction ou de l'alternative aux poursuites.

723. - L'analyse de la confrontation du lien familial à la sanction et aux mesures alternatives à la répression revêt une importance particulière « dans nos sociétés où le procès pénal – et plus encore la peine qui en résulte – est conçu comme un instrument de régulation des relations sociales »²¹²². Dans le même temps, la réponse pénale contemporaine reflète le caractère mouvementé et erratique de l'évolution sociale, et se caractérise par « la superposition des normes, la juxtaposition des systèmes et la mutation des politiques

²¹²² É. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2015, n° 1, p. 1.

pénales »²¹²³. La capacité de la réponse pénale à s'adapter à la personnalité de l'infracteur, à sa situation familiale et à la spécificité de l'infraction fait directement écho à la variabilité qui caractérise la conception sociale de l'efficacité. La réponse pénale efficace à la criminalité familiale doit se concentrer sur le lien de famille et sur la personnalité de l'auteur et de la victime de l'infraction.

724. - À ce stade, il apparaît nécessaire de préciser que les interactions entre l'efficacité de la réponse pénale et le lien de famille sont doubles. D'une part, l'efficacité de la réponse pénale peut être confrontée au lien familial lorsque l'infraction sanctionnée est marquée par un caractère familial. L'infraction qui se commet au sein de la famille porte cette dernière au rang de victime. La réponse pénale a tendance à rejeter le lien familial alors même qu'elle fait entrer la répression dans la famille. La famille ne se réduit cependant pas au rôle de victime et n'est pas forcée de subir la destruction de ses liens. La politique pénale qui gouverne la gestion des infractions familiales doit au contraire considérer toutes les facettes de la famille et prendre en compte sa capacité socialisatrice. D'autre part, l'efficacité de la réponse pénale peut se trouver diminuée si elle ne prend pas en compte le rôle potentiellement socialisateur de la famille lors de la mise en œuvre de la sanction, que l'infraction en cause revête un caractère familial ou non.

725. - L'efficacité, qui évalue la réponse apportée à l'infraction familiale, doit finalement se rapporter à l'analyse psychocriminologique du droit pénal. Cette étude postule la corrélation entre l'adaptation de la sanction répressive au caractère familial de l'infraction et sa capacité à prévenir la perpétration et la réitération de cette dernière. La prise en compte de la personnalité de l'auteur de l'infraction et du contexte qui entoure la commission de l'acte est dès lors susceptible de participer à la régulation des conduites sociales. Puisque la resocialisation par la famille occupe une place particulière dans le cadre des infractions familiales, il semble nécessaire d'œuvrer en faveur de la reconstruction ou du maintien du lien de famille chaque fois que la nature de l'infraction familiale et que la volonté de ses protagonistes permettent la réalisation de cet objectif. Dans cette perspective, il ne s'agit pas de postuler un absolu dirigé vers le traitement unifié de toutes les infractions familiales, tant ces dernières diffèrent dans leur nature et dans leurs conséquences. La conservation du lien de famille s'oppose traditionnellement à la gestion des infractions familiales portant les atteintes les plus graves aux membres de la famille et pour lesquelles la réponse pénale est logiquement orientée vers l'exclusion des liens familiaux. Les infractions familiales qui présentent une gravité sociale moindre permettent cependant d'inverser ce paradigme. Ces dernières plaident en faveur du maintien du lien et de l'inclusion de la famille dans la

²¹²³ *Ibid.*, n° 30, p. 13.

resocialisation de l'auteur. En résumé, plus la victime et le lien sont détruits par l'infraction familiale et plus l'intégration de la famille dans la réponse pénale est difficile. Par conséquent, les infractions familiales ne peuvent faire l'objet d'un traitement unitaire. Elles doivent au contraire être la source d'une réponse pénale différenciée en fonction de leur nature et de la volonté de leurs victimes. La présente étude propose de mettre en exergue cette dichotomie. La réponse pénale aux infractions familiales, traditionnellement orientée vers le rejet du lien de famille (*Section 1*), doit au contraire nécessairement être guidée par l'objectif de son maintien dès que les circonstances entourant l'infraction le permettent (*Section 2*).

SECTION 1. UNE RÉPONSE PÉNALE AUX INFRACTIONS FAMILIALES TRADITIONNELLEMENT ORIENTÉE VERS LE REJET DU LIEN FAMILIAL

726. - La famille porte naturellement en elle une dimension protectrice et participe à la perpétuation du lien social. « Cellule vitale de la société, mode irremplaçable d'ancrage de la personne dans la société, refuge unique lorsque tout, ailleurs, est détruit »²¹²⁴, elle s'oppose par principe à la criminalité qui contribue au détachement ou à l'isolation sociale. Ces deux institutions contradictoires sont pourtant inéluctablement confrontées quand un des membres de la famille commet une infraction. Le caractère familial de cette dernière rend cette rencontre d'autant plus complexe. L'affection qui entoure naturellement les relations familiales porte l'infraction qui se commet au sein de la famille dans une opposition particulière. La famille et la criminalité qui en émane doivent néanmoins composer l'une avec l'autre dans la mesure où la réponse pénale fait entrer la répression dans la famille et où cette dernière intègre malgré elle l'univers répressif. Cette interpénétration s'ancre cependant dans la contradiction puisqu'elle aboutit à une désocialisation familiale dans le premier cas alors qu'elle est tournée vers la recherche de la resocialisation de l'auteur dans le second.

727. - La répression peut avoir des effets positifs sur le statut du membre de la famille sanctionné, mais engendre inéluctablement des effets négatifs sur le fonctionnement de la famille qu'elle fractionne. L'idéologie du maintien du lien peut être productive et œuvrer au reclassement social de l'auteur. La réalisation de cette ambition s'avère cependant délicate à l'égard des infractions portant atteinte à la famille ou à ses membres, qui déconstruisent le lien familial et annihilent classiquement la possibilité de son rétablissement. Le traitement répressif accordé à ces dernières reste donc traditionnellement orienté vers la négation de la capacité socialisatrice de la famille et se caractérise par le rejet du lien familial. Cette dénégation émerge comme un impératif absolu et l'objectif de retrait du lien de famille

²¹²⁴ FR. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2011, n° 1, p. 1.

enserme l'ensemble de la catégorie des infractions familiales. Ces dernières ne constituent cependant pas une réalité unique. Elles divergent au contraire dans leur nature et dans leurs conséquences, et révèlent une typologie hétérogène. La cohérence invite par conséquent à prendre la mesure de ces différences afin de mettre en place une réponse pénale différenciée et adaptée aux spécificités des infractions familiales. La recherche du rétablissement du lien de famille reste largement exclue à l'égard des infractions familiales qui présentent une gravité sociale supérieure quand elle doit, au contraire, guider la réponse pénale attribuée aux infractions familiales qui présentent une gravité sociale moindre. Le principe du rejet du lien de famille demeure alors justifié à l'égard des infractions familiales les plus graves (§1), mais n'a pas vocation à être généralisé à l'ensemble de la catégorie des infractions familiales (§2).

§1. Un rejet justifié à l'égard des infractions familiales les plus graves

728. - L'infraction familiale touche la famille dans sa généralité. Elle revêt plusieurs dimensions et peut porter directement atteinte à un membre de la famille ou heurter indirectement le fonctionnement de l'institution familiale. L'infraction familiale est donc alternativement susceptible de se rapporter au lien de famille structurel ou au lien de famille relationnel. Les conséquences de sa perpétration affectent l'ordonnement matériel d'une institution ou les relations qui existent entre ses composantes personnelles. L'infraction qui se rapporte aux relations interindividuelles touche les personnes et engendre nécessairement des conséquences désastreuses sur le lien qui les unit. La relation familiale peut cependant être appréhendée sous deux angles différents et concerner les obligations matérielles qui incombent réciproquement aux membres de la famille ou celles qui découlent du devoir général de respect et de l'affection qu'ils éprouvent naturellement les uns envers les autres. L'infraction familiale qui porte atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne est à ce titre empreinte d'une gravité sociale supplémentaire à celle qui touche l'autorité parentale, la structure de la famille ou les obligations matérielles qui existent entre les membres d'un couple. La réponse pénale attachée à l'infraction familiale fait pourtant l'objet d'une appréhension univoque, traditionnellement orientée vers le rejet du maintien ou de la restauration du lien de famille rompu par l'infraction. Or, la reconstruction de la relation qui unit originellement l'auteur à sa victime ne peut être exclue de façon absolue. Sa proscription est néanmoins légitimée par la gravité intrinsèque de l'acte. Ce rejet devient d'autant plus nécessaire quand l'infraction se réalise au sein de la famille, qui œuvre naturellement à son encontre. La réponse pénale associée à l'infraction familiale grave peut dès lors être orientée vers l'exclusion du lien familial qui existait entre l'auteur et la victime de l'infraction. En ce sens, l'éviction du premier participe directement à la protection de la seconde. Plus la valeur

sociale atteinte par l'infraction est importante et plus la réponse pénale mérite d'être concentrée sur la reconstruction de la victime, ce qui suppose l'annihilation du lien.

729. - La réponse pénale tournée vers l'exclusion du lien de famille s'adapte tout particulièrement à la gestion des violences familiales, qui portent atteinte à l'intégrité psychique, physique ou sexuelle de la personne²¹²⁵. La gestion répressive des violences qui se commettent en famille est classiquement dirigée vers l'éviction du contexte qui a donné lieu à l'infraction et du lien qui a été détruit par cette dernière. Le fait d'inceste est appréhendé à travers une dynamique encore plus stricte, qui postule l'annihilation absolue du lien et l'expulsion de l'auteur hors du cercle familial. L'importance de la valeur sociale atteinte par l'infraction et la prise en compte de l'environnement familial dans lequel elle se réalise concordent alors légitimement vers le rejet du lien. Ce système de pensée se manifeste à travers la politique pénale attachée au traitement des violences physiques et sexuelles qui se réalisent au sein du couple et des maltraitances du même type qui se commettent envers les enfants. La réponse pénale instaurée à leur encontre place ces comportements au centre d'une appréhension aussi minutieuse qu'ils sont particuliers. Quand elles se commettent en famille, les violences ne peuvent se contenter d'être traitées identiquement à celles qui existent hors de ce cadre. Sans minimiser la gravité inhérente aux violences extrafamiliales, il est en effet possible d'affirmer que les violences familiales nécessitent une prise en compte complète et orientée vers la spécificité criminologique de ce comportement, tant au niveau de leur traitement de fond que sur le plan du traitement répressif dont elles sont l'objet²¹²⁶.

730. - Le caractère particulier des violences exercées sur un conjoint a été érigé en cause d'aggravation par le nouveau code pénal. Toutes les violences conjugales sont désormais constitutives de comportements délictuels²¹²⁷, sans que la vie commune soit effectivement

²¹²⁵ Les infractions familiales qui portent atteinte à la vie d'un membre de la famille sont intrinsèquement exclues de la problématique du maintien du lien puisque le décès de la victime entraîne naturellement la cessation des liens de famille structurel et relationnel.

²¹²⁶ La procédure pénale semble en ce sens s'adapter progressivement au traitement spécifique des comportements de violences conjugales pour la poursuite desquels il n'est théoriquement pas nécessaire de recueillir une plainte de la victime. Les classements sans suite rendus en opportunité sont également désormais proscrits à leur encontre et les recours aux compositions et aux médiations pénales doivent en théorie rester très limités. Le traitement répressif actuel des violences intrafamiliales ne doit par conséquent jamais ignorer la plainte provenant d'une des catégories de victimes les plus vulnérables et doit lui apporter le traitement le plus approprié à la restauration de son intégrité. Si le rétablissement du lien conjugal qui a été l'occasion de la réalisation de l'infraction est possible, cet objectif devra dès lors rester subsidiaire.

²¹²⁷ V. C. pén., art. 222-12, 6^o au sujet des violences ayant entraîné une incapacité de travail pendant plus de huit jours et C. pén., art. 222-13, 6^o au sujet des violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail. L'extension de cette dernière aggravation a cependant été limitée au partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité et n'a pas textuellement inclus les anciens liens de couple. Puisqu'il s'agit uniquement d'aggraver les peines encourues pour un crime ou un délit, et que ce comportement fait originellement partie du domaine des contraventions, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale devrait mener à exclure les anciens liens de couple de l'application de cette aggravation. En

nécessaire pour retenir la qualité de conjoint ou de concubin. Elles s'inscrivent en effet dans un rapport d'exacerbation de la dialectique de l'autorité et de la soumission, déjà présente dans les violences extrafamiliales. Lorsque la victime est de sexe féminin, les deux types de violences se confondent d'ailleurs souvent puisque « les violences conjugales sont la cause la plus fréquente des violences volontaires exercées sur les femmes »²¹²⁸. Cette intensification réciproque se traduit par le fait que, « le plus souvent, le comportement du conjoint violent s'aggrave avec le temps, alors que le seuil de tolérance de la victime évolue de façon paradoxale vers une acceptation de plus en plus fataliste des violences accompagnée d'une minimisation des risques encourus »²¹²⁹. La victime de violences commises dans le couple est par conséquent plus que toute autre caractérisée par une vulnérabilité d'autant plus puissante qu'elle se persuade de la normalité d'une situation pourtant anormale. Par un processus au sein duquel se mêlent responsabilité et culpabilité, elle se retrouve finalement dans une situation gouvernée par le déni et s'enferme dans le cycle de la honte dirigé par la violence d'un auteur avec qui elle partage un lien naturellement fondé sur l'amour et la protection. Finalement, les violences commises en famille « s'inscrivent dans le huis clos de la sphère privée qui permet la mise en place d'une emprise drastique de l'agresseur sur sa victime conduisant à la déstructuration de la personnalité de cette dernière et plus encore à sa propre culpabilisation »²¹³⁰. Partant, « la lutte contre les violences dépend en grande partie de la volonté de dénonciation des faits par les victimes, d'une part parce que ces faits sont considérés comme relevant de la sphère privée, d'autre part parce que les victimes subissent souvent leur sort en silence »²¹³¹. La victime évolue finalement dans un espace temporel et géographique doublement destructeur, qui se caractérise par un « système de valeurs inversées »²¹³² devant la mener à chercher en la justice la protection que sa famille aurait dû lui apporter.

731. - La réponse pénale apportée aux violences familiales se distingue de celle qui englobe les violences extrafamiliales²¹³³. Elle révèle dans le même temps la place spécifique occupée

considérant que la qualité d'ancien conjoint, partenaire ou concubin était comprise dans cette dernière, le législateur aurait alors adopté une approche de l'aggravation inconcevable, car contraire au principe d'interprétation stricte de la loi pénale. V. en ce sens les développements de M.-Fr. VIEVILLE-MIRAVETE, « La circonstance aggravante d'"ex" en matière de violences au sein du couple, *Dr. pén.*, 2009, n° 2, ét. 4.

²¹²⁸ P. CHARLOT et N. BOUROBKA, « La violence dans le couple : aspects médicaux », *AJ famille*, 2003, p. 419.

²¹²⁹ M.-Fr. CASALIS, M. CHAPALAIN et Fr. GUYOT, « Une femme sur dix victime de violences conjugales en France », *AJ famille*, 2002, p. 249, spéc. p. 253.

²¹³⁰ A. MÉZARD, « Le traitement judiciaire des violences conjugales », *AJ famille*, 2003, p. 410.

²¹³¹ M. LOBE-LOBAS, « La prévention et la répression des violences commises au sein du couple ou contre les mineurs (analyse de la loi du 4 avril 2006) », *LPA*, n° 139, 2006, p. 5.

²¹³² *Ibid.*

²¹³³ Cette affirmation est cependant erronée lorsque la particulière vulnérabilité de la victime prime son appartenance familiale et mène à la répression identique du comportement commis par un tiers ou par un membre de la famille. Tel est le cas du meurtre commis sur un mineur de quinze ans.

par la gestion de ces comportements au sein même de la catégorie des infractions familiales. Le droit répressif met en effet à l'œuvre un système autonome de lutte contre les violences psychologiques, physiques et sexuelles qui se commettent en famille. Par ce processus, le législateur tient compte de la singularité qui caractérise ces infractions familiales graves et met en place une politique pénale circonstanciée à la particularité du phénomène et guidée par la volonté de rejet du lien familial. Cette dynamique est notamment incarnée par la création des ordonnances de protection qui favorisent l'éloignement géographique du membre du couple ou du conjoint violent, par l'interdiction de contacter la victime de l'infraction ou par les dispositifs de téléprotection²¹³⁴. Contrairement aux conséquences néfastes auxquelles elle peut aboutir dans le cas des infractions familiales d'une moindre gravité²¹³⁵, la privation de liberté est à ce titre susceptible de libérer ou de valoriser la victime de l'infraction et les autres membres de la famille. Dès lors, la réponse pénale orientée vers l'exclusion du lien familial œuvre pour la protection de la famille qui ne devient pas une victime collatérale de l'incarcération ou de la sanction répressive, mais qui sort de la précarité qui était induite par l'existence du lien.

732. - Le droit répressif tient compte de la gravité de la valeur sociale à laquelle l'infraction familiale porte atteinte pour lui accorder un traitement spécifique orienté vers le rejet du lien. Dans un milieu aussi impénétrable que celui que constitue le groupe familial, l'ampleur du silence devient en outre proportionnelle à l'occultation du phénomène de violence. Le mutisme qui caractérise les infractions familiales se traduit directement par la faible importance des plaintes qui sont portées en ce domaine²¹³⁶ et le traitement judiciaire accordé à ces dernières révèle malheureusement trop souvent une « scandaleuse hypocrisie »²¹³⁷. Afin de prendre en considération les victimes de violences familiales dans la réalité de leur situation, il est primordial que le traitement de ce phénomène soit inscrit dans les objectifs d'une politique publique générale et adaptée, incluant une politique pénale spécifique. En ce qu'ils n'atteignent pas l'ordre public au sens propre du terme, les différends familiaux sont encore trop souvent laissés à la gestion de la sphère privée. La société alimente cependant paradoxalement ce type de modèles infractionnels sur lesquels se fondent des constructions

²¹³⁴ Sur la création de ce dispositif, v. *supra*, n° 372.

²¹³⁵ V. *infra*, n° 736 et s.

²¹³⁶ Uniquement 16 % des femmes et 7 % des hommes victimes de violences physiques et/ou sexuelles de la part de leur conjoint ou ancien conjoint portent plainte chaque année. V. *Les chiffres clés du ministère des droits des femmes*, 2014, « Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », p. 3. Le caractère sexuel de ces agressions rend la plainte encore plus rare puisque 8 % seulement des victimes portent plainte dans ce cas. V. les chiffres rapportés par l'INSEE/ONDRP, enquêtes *Cadre de vie et sécurité de 2008 à 2012*.

²¹³⁷ V. en ce sens les développements de D. PIRE, « Logement familial et violences conjugales », *Revue trimestrielle de droit familial*, n° 3, 2004, p. 521. L'auteur insiste sur les attitudes parfois hypocrites des autorités publiques qui « constituent un refus collectif d'assistance à personnes en danger » quand elles considèrent que les violences conjugales sont des problèmes qui relèvent de la sphère privée.

psychosociales, systèmes générateurs de violences qui pérennisent les violences intrafamiliales, notamment au niveau conjugal. L'existence d'un lien familial ou d'une dépendance affective, souvent couplée à une soumission économique, joue en effet comme facteurs inhibiteurs de la lutte interne contre les violences familiales. En ce qu'ils atteignent l'ordre public par l'intermédiaire des individus et des familles qui composent la société, ces comportements sont néanmoins directement inclus dans le champ social et deviennent de fait une préoccupation du champ pénal. Le privé s'insère en ce sens dans le politique et devient un objet de gestion inévitable de la sphère publique.

733. - La restauration pacifique du lien de famille par la famille semble un objectif totalement illusoire, dès lors que cette dernière se mêle avec les qualités d'auteur et de victime de l'infraction familiale qui porte atteinte à l'intégrité psychique, physique ou sexuelle. Le déséquilibre global inhérent aux causes et aux conséquences de l'acte infractionnel empêche naturellement un règlement pacifique des conflits internes à la famille. L'auteur de l'infraction familiale grave bénéficie donc d'une emprise qui ne se retrouve pas nécessairement dans les infractions familiales de gravité moindre ou dans les infractions de droit commun. Les acteurs juridiques, politiques et sociaux doivent dès lors occuper un rôle primordial dans la résolution des dysfonctionnements familiaux. Les professionnels de la médecine doivent en outre impérativement être formés, associés à ce processus de traitement et savoir faire preuve d'écoute, de disponibilité et de clairvoyance, le certificat médical jouant un rôle non négligeable dans le passage de la qualité de patient à la qualité de plaignant²¹³⁸. L'angle répressif démontre au surplus ses limites²¹³⁹ et le traitement global de la problématique nécessite de l'associer à une appréhension civile. Parce qu'elles n'influent pas sur le même objet, les matières évoluent dans une relation de complémentarité indispensable à la gestion des violences familiales conçues comme un phénomène social, d'autant qu'elles s'appliquent sous le spectre de « la difficulté, pour les différents organismes concernés, de mettre en œuvre des mesures destinées à faire reconnaître l'auteur de violences en tant que délinquant, à garantir certains droits de la victime et à faire bénéficier les parties d'une

²¹³⁸ P. CHARIOT et N. BOUROBKA, « La violence dans le couple : aspects médicaux », *art. préc.*, spéc. p. 420. Les médecins légistes insistent sur l'importance du rôle du professionnel de la médecine dans le traitement des violences conjugales et sur le rôle du certificat médical dans la plainte en précisant que « c'est un authentique acte médical, attestant par écrit, de la part d'un professionnel extérieur au cercle familial, l'existence de lésions traumatiques ou de symptômes traduisant une souffrance psychologique ».

²¹³⁹ La société en général, et le dispositif répressif procédural en particulier, démontrent en effet un problème de reconnaissance des victimes de ce type de violences et d'adaptation à leurs particularités. La médiation pénale, souvent mise en œuvre dans le règlement de ces conduites, est à ce titre dénoncée comme peu adaptée, puisqu'elle place sur un pied d'égalité des acteurs qui évoluent par essence dans un rapport déséquilibré. La preuve pénale s'inscrit en outre bien souvent dans la problématique de la preuve impossible. V. not. les propos de A. MÉZARD, « Le traitement judiciaire des violences conjugales », *art. préc.* : « le premier obstacle au bon traitement judiciaire de la violence conjugale est donc paradoxalement celui de l'absence de preuve de ladite violence ».

intervention et/ou d'un traitement approprié »²¹⁴⁰. Partant, « le traitement pénal des violences conjugales, même s'il est indispensable et pose clairement l'interdit des violences dans les relations privées, ne pourra pas pour autant suffire à régler une situation familiale concrète, notamment lorsqu'il y a des enfants »²¹⁴¹. Le contexte extrêmement complexe dans lequel s'inscrit la violence intrafamiliale commande alors de mettre en œuvre « une approche "multisystémique" et multidisciplinaire, axée sur la recherche qualitative »²¹⁴². En tant que dispositif global de lutte contre les violences familiales, la réponse pénale actuellement apportée à ces phénomènes semble bien s'inscrire dans cette perspective. Elle est en effet dotée d'un volet civil luttant contre les mariages forcés²¹⁴³ par le renforcement des conditions de validité du mariage et d'un volet répressif œuvrant pour l'extension de la protection pénale des victimes par l'aggravation des sanctions et de leur champ d'application²¹⁴⁴.

734. - L'examen de la répression des violences familiales met en exergue un traitement répressif des infractions familiales les plus graves légitimement orienté vers l'exclusion du lien de famille et vers la subsidiarité des alternatives aux poursuites et des sanctions non privatives de liberté. Le dispositif de médiation pénale constitue un exemple significatif de cet esprit puisque le caractère familial de la violence présume le refus de la victime dont la manifestation de volonté est la seule à pouvoir déclencher la médiation et que cette dernière est impossible en cas de récidive du comportement. Le droit répressif est particulièrement sensible au caractère de ces violences qui placent la victime dans une position d'infériorité et de vulnérabilité psychologique, et attentif au fait qu'elle ne puisse être influencée dans sa décision. La prohibition du fait d'inceste commis sur le mineur se concentre également vers l'annihilation absolue du lien familial. Ce comportement révèle en effet une pathologie relationnelle et aboutit à une destruction personnelle de la victime dont la reconstruction est corrélée à la disparition du lien corrompu et brisé par son auteur. La protection pénale accordée aux victimes des infractions familiales qui portent atteinte à l'intégrité des membres de la famille reste légitimement orientée vers l'éviction du lien de famille dont le maintien est présumé néfaste à leur reconstruction. La force de l'altération du lien qu'elles engendrent ou qu'elles manifestent empêche classiquement sa rénovation et présume la nécessité de sa

²¹⁴⁰ J. FARSÉDAKIS, « Faire face à la violence au sein de la famille – Initiatives législatives récentes. Le cas grec », in *Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de P.-H. BOLLE*, Helbing and Lichtenhahn, 2006, p. 325.

²¹⁴¹ M. GEURTS, « Violences conjugales : pour une véritable cohérence entre le code pénal et le code civil », *AJ famille*, 2003, p. 412.

²¹⁴² J. FARSÉDAKIS, « Faire face à la violence (...) », *art. préc.*, spéc. p. 326.

²¹⁴³ La réforme élargit en effet la notion de violence pour y inclure les pressions subies avant l'union matrimoniale dans le cadre des mariages forcés. La prise en compte spécifique de la contrainte au mariage pourrait cependant aboutir à des effets pervers si les personnes concernées refusent de porter plainte et aurait pour conséquence une augmentation du silence, de l'isolement et de la rupture familiale, effets contre lesquels ce dispositif se donne pour ambition de lutter.

²¹⁴⁴ Ce dispositif est au surplus orienté vers la protection des mineurs en complétant le régime dérogatoire applicable à la poursuite des infractions.

négarion. Cette dernière se justifie quand elle concerne les infractions familiales les plus graves. Elle semble cependant être essentiellement cohérente à leur égard. Puisque les infractions familiales portent atteinte à des valeurs sociales disparates, elles ne révèlent pas toutes la même dangerosité sociale et présentent une gravité graduée en fonction de leur nature. La prise en compte de cette diversité doit par conséquent aboutir à la mise en œuvre d'un traitement différencié en fonction de la valeur sociale atteinte par l'infraction familiale. En résumé, ce n'est pas le caractère familial de l'infraction qui doit aboutir à la mise en place d'un traitement spécifique, mais la gravité de certaines infractions familiales qui doit orienter subsidiairement la réponse pénale vers le rejet du lien. La négation qui caractérise la réponse pénale apportée aux infractions familiales les plus graves doit par conséquent leur être réservée et ne mérite pas d'être généralisée à l'ensemble des comportements qui composent cette catégorie.

§2. Un rejet non généralisable à l'ensemble des infractions familiales

735. - La prise en compte du contexte particulier au sein duquel se commet l'infraction familiale peut mener à l'exclusion du lien de famille. Le rejet est cohérent chaque fois que la valeur sociale à laquelle l'infraction a porté atteinte est trop grave pour permettre le maintien de l'environnement qui lui a donné naissance. La protection de la victime qui ne peut se reconstruire au contact de l'auteur implique alors l'éviction du lien et oriente la réponse pénale vers la perpétuation de sa destruction. La particularité du conflit familial peut cependant être pensée autrement et aboutir à des conséquences différentes quand le traumatisme ressenti par la victime est atténué par la moindre importance de l'atteinte qui lui est portée. La gravité sociale inférieure de la valeur mise à mal par l'infraction familiale est en effet susceptible d'inverser le paradigme qui conditionne la réponse pénale à œuvrer dans le sens de l'exclusion du lien de famille. La négation du lien qui caractérise la répression des atteintes graves qui touchent la famille peut être remplacée par la prise en considération de certaines de ses capacités. La propension constructive du lien de famille peut en effet s'exprimer au sujet de la répression des infractions familiales les moins graves à l'égard desquelles la réponse pénale la plus cohérente mérite de se tourner vers le maintien du lien de famille. Si cette sauvegarde est primordiale à l'égard des infractions familiales les moins graves, elle n'est pas impossible concernant certains contextes spécifiques dans lesquels se commettent les infractions familiales les plus graves, dont le traitement est traditionnellement orienté vers le rejet du lien. L'absence de généralisation de la négation du lien de famille dans la réponse pénale apportée aux infractions familiales est particulièrement vraie pour les infractions de moindre gravité, mais elle reste également envisageable à l'égard de certaines des infractions de plus grande gravité. Si la conservation du lien familial est essentielle dans le traitement répressif des infractions empreintes d'une gravité sociale moindre (A), elle reste

parfois potentielle à l'égard du traitement répressif accordé aux infractions familiales les plus graves (B).

A. La conservation essentielle du lien familial dans le traitement répressif des infractions de moindre gravité

736. - La réinsertion sociale de l'auteur de l'infraction familiale est susceptible de passer par la reconstruction ou par le maintien du lien de famille. Confrontée à l'infraction qui se commet par et à travers elle, la famille opère finalement comme un agent double susceptible de travailler à la fois pour son propre compte ou d'œuvrer dans l'intérêt de celui qui se trouve à l'initiative de la rupture infractionnelle du lien. Cette contradiction invite paradoxalement à penser le traitement des infractions familiales à travers le réinvestissement du lien de famille par la réponse pénale. La réalisation de cet objectif reste cependant délicate puisque toutes les infractions familiales ne la permettent pas identiquement. Le rôle fondamental occupé par la famille dans la resocialisation de l'auteur s'exprime aisément à propos des infractions qui se commettent hors du cercle familial. Cette capacité reste pourtant tout aussi réelle au sujet des infractions qui ont lieu en son sein, même si la gestion de ces dernières s'avère bien plus complexe. Dans un esprit de rédemption et d'indulgence, la présomption d'affection réciproque qui gouverne les relations familiales octroie une place au pardon familial dont l'acceptation se matérialise par le rôle que décide de jouer la famille au sein de la resocialisation de l'auteur de l'infraction familiale et de la prévention de sa récidive. La famille reste souvent l'unique facteur de resocialisation de l'auteur et occupe dans ce contexte une place primordiale. La rémission familiale ne peut cependant être imposée et suppose l'expression d'une volonté familiale orientée vers l'oubli de l'infraction et la reconstruction du lien de famille. Ce dernier peut en effet agir comme un facteur efficace de réinsertion uniquement si ses membres sont désireux d'intervenir en ce sens. Si la chose est particulièrement délicate quand la famille contient en elle la victime de l'infraction, elle ne relève pas de l'impossible.

737. - Les dissensions familiales se créent et s'extériorisent au sein d'un contexte extraordinaire qui ne peut être négligé quand il s'agit de penser la sanction à accorder aux infractions qu'elles suscitent ou qui les forment. La prise en compte des effets bénéfiques accordés au maintien du lien de famille est primordiale quand cette conservation s'avère essentielle à la réinsertion de la personne réprimée. Cette perspective reste cependant favorisée par une volonté familiale axée vers la préservation des liens de famille structurel et relationnel. La famille extérieure au comportement infractionnel peut évoluer dans une dynamique de compréhension et occuper un rôle d'alliée pour la réinsertion sociale et familiale de l'un des siens. L'affection et le sentiment qui entourent la relation familiale

incitent parfois naturellement à soutenir la réintégration de celui qui a pourtant commis un acte plus ou moins acceptable socialement. Cette indulgence est cependant beaucoup plus problématique dans le cas d'une infraction familiale qui a la particularité de se commettre par et sur un membre de la famille. La famille joue en ce lieu des rôles contradictoires. Naturellement agent de resocialisation, elle devient également la cible de l'infraction qui touche l'un des siens. Son statut particulier paralyse alors sa propension originelle à soutenir l'auteur de l'infraction.

738. - L'infraction familiale place la famille dans une position paradoxale et lui impose un conflit inextricable au sein duquel elle occupe à la fois la place de victime de l'infraction et d'acteur susceptible de conditionner la resocialisation de son auteur. La famille victime d'une infraction familiale est finalement confrontée à une difficulté insoluble puisqu'elle est la plus propice à pouvoir réadapter socialement l'auteur de l'infraction qui lui porte atteinte. Le maintien de la relation familiale joue néanmoins, et de façon surprenante, un rôle encore plus socialisateur dans ce cadre que dans le contexte dans lequel la famille est extérieure à l'infraction. L'infamie qui résulte de la perpétration de l'infraction familiale engendre en effet une stigmatisation sociale particulière. Elle est dans le même temps suffisante pour entraîner la rupture définitive du lien familial qu'il ne convient pas de refonder en présence d'une infraction familiale particulièrement grave. La restauration du lien reste cependant envisageable à propos des infractions familiales qui portent atteinte à une valeur sociale inférieure. Le maintien du lien de famille demeure à ce titre parfaitement concevable au sujet des infractions qui touchent la structure de la famille et qui n'altèrent pas directement la relation familiale interpersonnelle.

739. - La conservation du lien de famille reste en outre envisageable à propos des infractions familiales qui portent atteinte aux biens ou aux obligations familiales patrimoniales. Les infractions qui concernent les obligations familiales personnelles et qui ne heurtent pas directement l'intégrité de la personne peuvent identiquement être appréhendées sous le prisme du maintien du lien. Si la reconstruction de la victime et la resocialisation de l'auteur ne sont pas uniquement tributaires du maintien du lien de famille, ce dernier existe néanmoins comme un facteur incontestable de leur effectivité. Le rôle que la famille occupe initialement dans le développement personnel de l'individu est en effet susceptible de se répercuter sur le processus psychique de reconstruction auquel il est confronté postérieurement au moment de la commission de l'infraction. Le procès pénal peut avoir un effet thérapeutique pour la victime quand l'incarcération peut participer au reclassement social de la personne privée de liberté. Afin d'être complètes et effectives dans leurs effets, la procédure et la sanction pénale ne peuvent cependant faire l'économie du facteur familial chaque fois que la situation psychologique de la victime le permet.

740. - À partir du moment où la victime de l'infraction choisit d'entrer dans un processus de reconstruction au sein duquel elle inclut l'auteur de l'infraction, le rôle qu'elle occupe pour la réadaptation sociale de ce dernier devient capital. L'affect qui unit initialement l'auteur et sa victime conditionne en effet exclusivement la rédemption du premier à la rémission de la seconde. La victime de l'infraction familiale a la particularité de se trouver à la fois atteinte dans sa personnalité propre et dans son identité familiale. Les réactions qu'elle peut adopter vis-à-vis du membre de la famille qui commet l'infraction sont à l'image des passions familiales et n'acceptent pas la mesure. La réponse de la victime confine à l'extrême. Elle s'oriente parfois vers une reconstruction personnelle à distance de l'infraction et rejette toute possibilité de rénovation du lien dont la destruction a mené à l'infraction ou a été créée par elle quand elle se dirige paradoxalement d'autres fois vers son inclusion à l'endroit où la reconstruction de la victime nécessite une confrontation directe avec l'auteur. La réussite d'une telle entreprise est cependant conditionnée par l'existence de la faculté de conciliation et par la réalité de la volonté de pardon.

741. - Le conflit familial est en outre caractérisé par une dichotomie temporelle. Il peut préexister à l'infraction et créer le contexte de sa perpétration alors qu'il est à l'inverse susceptible d'être amorcé par la commission de l'infraction et lui succéder. La querelle longuement éprouvée par les membres de la famille et qui ne trouvant pas de solution est alors bien moins susceptible de laisser place au maintien du lien. Il demeure plus délicat de sauvegarder la chose qui était intacte que de conserver celle qui était d'ores et déjà endommagée. Par conséquent et si la proposition n'est pas absolue, il est possible de postuler une corrélation dominante entre la longueur temporelle qui manifeste la force du conflit familial et la possibilité de régénération du lien de famille. Afin d'être cohérent, le traitement procédural de l'infraction qui se commet par et contre la famille doit nécessairement prendre en compte les différentes particularités du conflit familial que sous-tend l'infraction familiale. La nature singulière de cette dernière commande en effet la mise en place d'une politique pénale adaptée qui se manifeste par une procédure de traitement spécifique prenant en compte la gravité de la valeur sociale. La conservation du lien familial doit être considérée comme un objectif essentiel dans le traitement répressif des infractions de moindre gravité. Cette ambition peut cependant également être étendue au traitement répressif de certaines des infractions qui portent atteinte à des valeurs sociales supérieures.

B. La conservation potentielle du lien familial dans le traitement répressif des infractions les plus graves

742. - Les infractions familiales se distinguent des infractions de droit commun puisqu'elles sont issues du milieu familial, que leur commission affecte directement. Le traitement

particulier accordé à cette catégorie infractionnelle s'émancipe de celui qui caractérise les infractions de droit commun qui ignore davantage la composante familiale. La réponse pénale contemporaine attachée aux infractions familiales fait cependant l'objet d'une appréhension uniforme et s'oriente majoritairement vers le rejet du lien de famille, quelle que soit la nature de l'infraction perpétrée. La réponse pénale à la criminalité familiale reste traditionnellement orientée vers l'exclusion du lien de famille, dont le maintien est par essence présumé nocif pour la victime. La cohérence appelle toutefois à différencier la réponse pénale apportée aux infractions familiales en fonction de la gravité de la valeur sociale qu'elles atteignent. La répression des infractions familiales les plus graves se dirige en ce sens naturellement vers l'exclusion du lien de famille quand celle des infractions familiales les moins graves aspire à son inclusion. Dans une perspective inversée, le maintien du lien de famille engendre majoritairement des effets néfastes sur la reconstruction de la victime de l'infraction familiale grave quand son exclusion la neutralise la plupart du temps au sujet des infractions familiales les moins graves. La gestion répressive des infractions familiales s'avère finalement double et discordante, car sa cohérence invite à alterner entre exclusion et inclusion du lien de famille dans la réponse pénale.

743. - Le traitement répressif adapté aux infractions familiales les moins graves entraîne généralement la préservation du lien de famille. Il demeure cependant des infractions familiales de cette catégorie qui ne permettent pas le maintien du lien. Cet idéal n'est pas absolu et reste largement conditionné par l'état psychologique de la victime, qui peut s'opposer à toute possibilité de rénovation du lien de famille. En effet, une infraction identique n'engendre pas nécessairement les mêmes conséquences sur le lien familial dont la destruction est susceptible de revêtir des degrés différents en fonction de la personnalité des protagonistes qu'elle concerne. La conservation du lien familial mérite à leur égard de rester un objectif de principe. La volonté de la victime orientée vers la destruction du lien peut cependant mener à privilégier exceptionnellement son exclusion puisque le maintien d'un lien qu'elle ne désire pas ne saurait lui être imposé par la répression de l'atteinte qui la touche. Rapporté aux infractions familiales les plus graves, le raisonnement invite à affirmer que l'exclusion du lien de famille doit demeurer l'idéal qui guide l'action répressive, mais que la volonté de la victime reste susceptible de faire échec à cet objectif quand elle est tournée vers la rénovation du lien. En résumé, certaines des infractions familiales les moins graves engendreront malgré tout la destruction du lien quand quelques infractions familiales les plus graves permettront son maintien.

744. - L'inversion du paradigme dans lequel s'inscrit classiquement la réponse pénale reste bien plus délicate à l'endroit des infractions familiales les plus graves où l'inclusion remplace l'exclusion du lien. La chose ne semble pas naturelle et ne peut être directement imposée par

le droit répressif. Le maintien du lien suite à la perpétration d'une infraction familiale qui porte atteinte à une valeur sociale grave reste intégralement conditionné par la volonté de la victime et peut être favorisé par l'adhésion du reste de la famille. La personne directement atteinte par l'infraction est en effet la seule à pouvoir faire échec à l'orientation traditionnelle de la politique pénale en entrant dans une démarche participative menant au maintien du lien. Dans la majorité des cas, l'infraction familiale grave qui porte atteinte à l'intégrité psychique, physique ou sexuelle de la personne aboutit à la destruction du lien de famille et brise inévitablement la confiance et l'affection qui le caractérisent intrinsèquement. Le caractère antinaturel du comportement se manifeste particulièrement à propos des infractions familiales les plus graves qui atteignent le respect et la dignité de la personne que la famille est censée protéger. La réaction naturelle porte à rejeter la cause de l'atteinte et à se reconstruire hors de l'environnement au sein duquel elle s'est produite. La problématique est extrêmement délicate puisque la victime et l'auteur font par principe partie de la même famille et que la reconstruction de la première suppose nécessairement l'exclusion du second du cercle familial dans son entièreté. Le rejet du lien de famille prive alors l'auteur de l'infraction de la possibilité de resocialisation à laquelle le reste de sa famille est en théorie susceptible de contribuer.

745. - La reconstruction de la victime reste traditionnellement conditionnée par le rejet du lien de famille qui l'unissait à l'auteur de l'infraction. L'affection et le sentiment inhérents à la relation familiale peuvent cependant rendre ce schéma ambivalent. La victime de l'infraction familiale qui lui porte gravement atteinte évolue en effet dans un paradoxe au sein duquel elle peut ressentir la nécessité de se confronter à l'auteur dans le but de maîtriser sa propre reconstruction en tenant compte de la réalité de l'existence du lien. L'amendement de l'auteur et la compréhension des circonstances et des causes qui ont généré son action peuvent participer à la reconstruction personnelle de la victime. La perpétuation de la relation familiale est à ce titre susceptible d'entraîner un effet thérapeutique bénéfique pour la victime. La gravité de l'infraction rend cet objectif plus délicat à atteindre. Il demeure cependant des situations dans lesquelles la destruction de la victime est le corollaire inversé du besoin de maintien de la relation. Si la chose est rare, elle constitue une réalité qui mérite de ne pas être éludée. L'idéologie du maintien du lien reste néanmoins plus fréquente à l'égard des violences familiales les moins graves qui se commettent entre adultes. Ces dernières peuvent en effet être appréhendées au sein d'une catégorie hybride dans laquelle la réponse pénale reste orientée par la volonté de la victime et suppose tantôt le maintien tantôt le rejet du lien de famille. Les violences graves qui se commettent envers les mineurs induisent au contraire l'exclusion du lien de famille puisqu'il s'agit avant tout de protéger spécifiquement ces membres de la famille particulièrement vulnérables.

746. - En marge de l'expression directe de la volonté de la victime, les membres de la famille indirectement touchés par l'infraction peuvent parfois exprimer leur soutien à son auteur. Le consensus familial, qui reste traditionnellement tourné vers l'expulsion de l'auteur de l'infraction, est dans le même temps susceptible d'orienter la réponse pénale vers la clémence ou l'indulgence quand la famille manifeste une compréhension et une compassion particulière. Dans certaines circonstances spécifiques, les membres de la famille peuvent exprimer une volonté unanime quant à l'oubli de l'infraction. Cette mansuétude peut être particulièrement influente quand elle est exprimée face à un jury criminel. La sanction pénale attribuée par la cour d'assises de Douai le 2 juillet 2015 à l'octuple infanticide perpétré par Dominique Cottrez manifeste parfaitement cette dynamique²¹⁴⁵. La peine de neuf années de réclusion criminelle prononcée à son encontre reste en effet doublement inférieure aux dix-huit années qui ont été requises par le ministère public et demeure extrêmement faible à l'endroit où la perpétuité était légalement encourue. Si la chose est en partie due à une altération de ses facultés psychologiques, elle peut dans le même temps être attribuée à l'existence de l'expression d'un consensus familial favorable à la rémission et au soutien de l'auteur et à la reprise de la vie normale.

747. - L'horreur du crime familial ou la destruction du lien qu'il provoque oriente traditionnellement la réponse pénale vers l'exclusion définitive du lien de famille qui a créé le contexte matériel et relationnel de la perpétration de l'infraction familiale. L'assertion est majoritaire, mais ne confine cependant pas à l'absolu et la conservation du lien familial émerge comme une potentialité dans le traitement répressif des infractions les plus graves chaque fois qu'elle émane de la victime ou de la volonté familiale. Si la nature de l'infraction familiale grave ne suffit pas à inverser le paradigme du rejet du lien de famille, le contexte relationnel et personnel au sein duquel la victime évolue semble propice à pouvoir jouer ce rôle. Que l'infraction familiale présente une gravité importante ou que la valeur sociale qu'elle atteint soit plus relative, les volontés individuelles peuvent en définitive faire échec à l'orientation originelle de la réponse pénale. Le pardon familial repose presque intégralement sur la volonté personnelle de la victime, qui est généralement suivie par les autres membres de la famille, qu'elle s'oriente vers le rejet ou vers l'acceptation de l'auteur. L'inclusion de la famille dans la procédure de traitement du comportement infractionnel qui a donné lieu ou qui a été causé par sa désintégration peut en outre engendrer un effet thérapeutique permettant à ses membres d'accepter la situation et de sortir de leur qualité de victime. Afin d'être cohérente, la répression mérite en tous les cas de prendre la mesure de la diversité des réalités constituées par les infractions qui peuvent être qualifiées de familiales et de s'adapter à leurs particularités structurelles et personnelles. L'examen démontre que l'idéologie du rejet du lien de famille reste malgré tout majoritaire quand il s'agit de penser la réponse pénale à accorder

²¹⁴⁵ V. P. ROBERT-DIARD, « Procès Cottrez : l'intelligence et l'indulgence d'un verdict », *Le Monde*, 3 juillet 2015.

à la criminalité familiale. Ce système perd doublement en cohérence quand il ne prend pas en compte la divergence des infractions familiales et quand il élude dans le même temps la faculté socialisatrice de la famille. La cohérence de la réponse pénale apportée à la criminalité familiale ne peut faire l'économie de cette capacité et doit par principe rechercher le maintien du lien de famille. La réponse pénale actuelle semble toutefois se désintéresser de cette ambition pour s'en écarter lorsque les infractions les plus graves sont concernées, alors que le rejet du lien doit relever d'une décision subsidiaire et exister uniquement quand la nature ou le contexte de l'infraction empêche sa continuité. La réponse pénale apportée aux infractions familiales doit par conséquent nécessairement inclure le maintien du lien issu de la famille qui est un acteur nécessaire au reclassement social de leurs auteurs.

SECTION 2. UNE RÉPONSE PÉNALE AUX INFRACTIONS FAMILIALES NÉCESSAIREMENT GUIDÉE PAR L'INCLUSION DU LIEN FAMILIAL

748. - La resocialisation de l'auteur de l'infraction participe à la régulation sociale et à la lutte contre la récidive et permet notamment de réduire la surpopulation carcérale. La préservation de la relation familiale émerge dans ce contexte comme un critère fondamental de la direction choisie par les politiques pénales qui œuvrent en vue de la réalisation de ces objectifs. L'efficacité des objectifs préventifs et répressifs que se fixe la réponse pénale se trouve en ce sens corrélée à la prise en compte de la capacité socialisatrice de la famille. La réadaptation sociale de l'auteur de l'infraction est cependant limitée par la réponse pénale, notamment quand cette dernière s'exprime dans sa dimension la plus coercitive et se matérialise par l'incarcération. Le principe de personnalité des peines, qui veut que « nul [ne soit] pénalement responsable que de son propre fait »²¹⁴⁶, induit le caractère individuel de la sanction qui doit normalement être exécutée et subie uniquement par la personne qui a commis l'infraction²¹⁴⁷. La famille se trouve par essence exclue de la répression et son inclusion dans la vie carcérale n'est pas naturelle. S'il n'est guère question de la condamner directement, elle demeure cependant la victime collatérale la plus durement atteinte par l'incarcération de l'un de ses membres. « Le principe juridique qui veut que la peine ne dépasse pas la personne de l'accusé n'est en fait qu'un mythe »²¹⁴⁸ à l'endroit où « l'institution carcérale agit sur des personnes qui ne sont pourtant pas condamnées par notre

²¹⁴⁶ C. pén. art. 121-1.

²¹⁴⁷ Pour une analyse de ce principe dans le domaine familial, v. X. PIN, « La responsabilité pénale des parents du fait de leur enfant mineur – Les voies de la pénalisation : entre culpabilisation et responsabilisation », *art. préc.*, p. 68 : « [l]'on n'ose en effet imaginer que le droit puisse instaurer un jour une culpabilité des parents du fait de leurs enfants, ni une quelconque responsabilité familiale ou collective [...] ».

²¹⁴⁸ A. P. PIRES, P. LANDREVILLE et V. BLANKEVOORT, « Système pénal et trajectoire sociale », *Déviance et société*, 1981, vol. 5, n° 4, p. 319.

système judiciaire »²¹⁴⁹. Ce statut est paradoxal quand la famille émerge parallèlement comme un acteur privilégié de reclassement social et détient indéniablement un rôle dans la réinsertion du détenu. Cette analyse appelle à orienter tant que possible la politique sanctionnatrice vers l'exécution de la peine en milieu libre. Chaque fois qu'elle peut exister, l'absence de la barrière carcérale a en effet le mérite de mettre en adéquation temporelle et géographique la réadaptation sociale et familiale du condamné.

749. - Le maintien du lien de famille peut constituer un triple avantage et bénéficier à la fois à la construction de l'enfant, à la socialisation familiale du détenu et à la restauration du lien social²¹⁵⁰. La famille évolue cependant au sein d'un paradoxe : « d'un côté, elle est vue comme disposant d'un potentiel éducatif et d'encadrement très puissant ; de l'autre, elle est perçue de façon si ostensible dans la trame causale de la conduite illégale de son membre qu'elle ne peut qu'en devenir, en quelque sorte, la responsable immédiate et le lieu le plus tangible de l'intervention »²¹⁵¹. La famille devient alors l'instigatrice de l'infraction à laquelle elle contribue malgré elle. L'attribution d'un rôle actif et essentiel au milieu familial dans la reconstruction de celui qui est classiquement à l'origine de la destruction du lien de famille peut en ce sens avoir un effet cathartique et mener à la libération de la prison psychique dans laquelle est enfermée la victime individuelle ou familiale. Le reclassement social de la personne privée de liberté « suppose, la plupart du temps, une relation étroite maintenue ou rétablie entre le détenu et sa famille »²¹⁵². Si le propos a originellement vocation à s'appliquer aux infractions extrafamiliales, il peut cependant être étendu aux infractions familiales. Afin de favoriser sa propre survie et dans la mesure où les possibilités de rétablissement du lien ne sont pas totalement détruites, cette dernière doit rapidement sortir de sa situation victimaire pour devenir elle-même auteur de socialisation.

750. - En tant qu'agent possédant une importance inégalable dans le reclassement social qui participe à la lutte contre la récidive, la famille mérite une attention particulière de la part du droit répressif, qui doit redoubler de considération à son égard. Le droit carcéral n'est pas étranger à ces considérations et s'intéresse au rôle socialisateur de la famille en disposant

²¹⁴⁹ C. ROSTAING, « Préface », in C. TOURAUT, *La famille à l'épreuve de la prison*, PUF, coll. « Lien social », 2012.

²¹⁵⁰ Cette affirmation présuppose l'existence d'une famille et envisage la présence d'enfants. Le bénéfice sera tout aussi réel en l'absence de ces derniers et se réalisera uniquement à travers le lien de couple ou de parenté ascendant. La resocialisation de la personne privée de sa famille s'ancre à l'inverse dans une problématique plus complexe.

²¹⁵¹ A. P. PIRES, P. LANDREVILLE et V. BLANKEVOORT, « Système pénal et trajectoire sociale », *art. préc.* Les auteurs remarquent que « l'évaluation de l'individu passe alors par l'évaluation du milieu familial et du milieu social dans lequel cette famille s'insère ».

²¹⁵² M. ROGER, « La famille du condamné détenu », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, coll. « Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 1983, p. 325, spéc. p. 327.

qu'« en vue de faciliter le reclassement familial des détenus à leur libération, il doit être particulièrement veillé au maintien et à l'amélioration de leurs relations avec leurs proches, pour autant que celles-ci paraissent souhaitables dans l'intérêt des uns et des autres »²¹⁵³. Ce dessein « peut être qualifié d'ambitieux dans la mesure où le reclassement imposerait non seulement le maintien, mais aussi l'amélioration des relations avec les proches »²¹⁵⁴. Si le lien de famille peut être sauvegardé en l'état, son perfectionnement reste bien incertain et relève davantage de l'utopie que de la réalité. Chaque fois qu'elle peut être mise en place, la conservation de la relation familiale est cependant susceptible de favoriser à la fois l'acceptation bilatérale de la détention qu'elle rend plus supportable pour la personne enfermée et pour celles qui restent en liberté. De l'obstacle que sa négation constitue actuellement, le lien familial est susceptible de devenir un vecteur de l'efficacité de la sanction pénale. Cette mutation suppose de le mettre en présence de sanctions qui révèlent une nature différente. La resocialisation familiale reste souvent véritablement confrontée à la peine privative de liberté (§1) quand son existence est parfois confortée par la mise en œuvre de mesures alternatives à la privation de liberté (§2).

§1. La resocialisation familiale confrontée à la privation de liberté

751. - La peine privative de liberté constitue la sanction la plus sévère que le droit répressif contemporain est susceptible d'asséner à l'infacteur. Considérée comme la peine de référence, la privation de liberté connaît actuellement un recul qui se manifeste à travers l'essor des peines alternatives à l'emprisonnement²¹⁵⁵. Le recours à la privation de liberté se pose en contradiction avec le maintien du lien de famille, prison et famille étant conçues comme « deux institutions antinomiques, la première orientée vers la vie, célébrée dans les discours officiels, la seconde, parfois décrite comme "mortifère", ignorée ou vilipendée, passée sous silence ou critiquée »²¹⁵⁶. Le milieu carcéral se trouve néanmoins inéluctablement confronté à l'existence de la famille, qui subit indirectement l'incarcération de l'un de ses membres. À l'inverse, les peines alternatives à l'incarcération, plus souples et plus adaptables, favorisent par essence le maintien du lien de famille. Malgré leur développement, elles restent cependant trop peu utilisées et disparaissent souvent devant la gravité sociale représentée par certaines infractions familiales.

²¹⁵³ C. proc. pén., art. D. 402.

²¹⁵⁴ Cl. GARCIN, « Le maintien des liens familiaux et la détention », *RSC*, 2005, n° 1, p. 67.

²¹⁵⁵ 172 007 personnes sont prises en charge en milieu ouvert par les services pénitentiaires d'insertion et de probation au titre d'au moins une mesure, soit avant le jugement, soit après pour l'exécution d'un aménagement de peine. V. *Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, Direction de l'administration pénitentiaire, 1^{er} janvier 2015, p. 7.

²¹⁵⁶ P. DARBÉDA, « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe », *RSC*, 1998, p. 590.

752. - La peine privative de liberté s'entend traditionnellement de la réclusion ou de la détention criminelle et de l'emprisonnement correctionnel²¹⁵⁷. Si la durée de la privation de liberté est susceptible de varier en fonction de la gravité de l'infraction et peut être temporaire ou perpétuelle chaque fois que le crime est concerné, sa nature implique toujours la suppression ou la restriction de la liberté d'aller et venir de la personne condamnée. L'intensité contemporaine du recours à la peine privative de liberté peut paraître paradoxal quand les règles européennes s'emploient à affirmer que « les restrictions imposées aux personnes privées de liberté doivent être réduites au strict nécessaire et doivent être proportionnelles aux objectifs légitimes pour lesquelles elles ont été imposées »²¹⁵⁸ et à l'heure où le droit de la peine français est caractérisé par la subsidiarité de la privation de liberté en matière correctionnelle²¹⁵⁹. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009²¹⁶⁰ exprime en effet son attachement envers le caractère exceptionnel de la peine privative de liberté et dispose à ce titre qu'« en matière correctionnelle, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate »²¹⁶¹. Cette réforme oriente les finalités et les fonctions de la peine en affirmant que « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions »²¹⁶². La réforme pénale du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales²¹⁶³ est pensée autour du principe de personnalisation de la peine. Malgré l'avènement de politiques pénales qui tendent à s'écarter de la privation de liberté, cette peine reste cependant largement prononcée, comme en témoigne la surpopulation carcérale²¹⁶⁴. La chose peut être nuancée quand le nombre de personnes exécutant leur peine en milieu ouvert reste supérieur à celui de celles qui se voient privées de liberté²¹⁶⁵. L'incarcération souffre en outre d'un coût financier

²¹⁵⁷ V., pour ces différentes dénominations, C. pén., art. 131-1 et C. pén., art. 131-3, 1°.

²¹⁵⁸ Conseil de l'Europe, Recommandation du Comité des Ministres aux États Membres sur les Règles pénitentiaires européennes, 11 janvier 2006.

²¹⁵⁹ V. en ce sens C. pén., art. 132-24, al. 3 (ancien).

²¹⁶⁰ Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *JORF* n° 0273 du 25 novembre 2009, p. 20192.

²¹⁶¹ C. pén., art. 132-19, al. 2.

²¹⁶² C. pén., art. 132-24, al. 2 (ancien).

²¹⁶³ L. n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* n° 0189 du 17 août 2014, p. 13647.

²¹⁶⁴ V. Ministère de la Justice, *Statistique mensuelle des personnes écrouées et détenues en France*, DAP, Bureau des études et de la prospective, 1^{er} juin 2015, p. 5. Le rapport fait état de 66 674 personnes écrouées détenues pour une capacité opérationnelle de 57 810 places, ce qui porte la densité carcérale à 115,3 %.

²¹⁶⁵ Sur les 249 298 personnes prises en charge par l'administration pénitentiaire, 172 007 personnes sont suivies en milieu ouvert pour 77 291 personnes mises sous écrou. V. *Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, *op. cit.*, p. 7.

non négligeable²¹⁶⁶ et ne constitue pas la solution optimale en matière de resocialisation et d'évitement de la récidive. Son effet criminogène²¹⁶⁷ favorise par ailleurs cette dernière. L'influence de l'incarcération sur l'amplification ou la continuité de la criminalité est une préoccupation ancienne quand « ce qui importe surtout à la société, ce n'est pas que quelques criminels deviennent par hasard des hommes vertueux, c'est que le plus grand nombre des criminels ne devienne pas pire en prison ; c'est qu'ils n'en sortent pas plus dangereux qu'ils n'y sont entrés »²¹⁶⁸. L'assertion trouve encore plus de vigueur à l'endroit où les conditions contemporaines de la privation de liberté traduisent une précarité humaine et financière qui favorise l'émergence du crime. Dans ces conditions, la société n'apparaît pas prioritairement orientée vers la réinsertion d'un individu meilleur, mais se concentre avant tout sur le fait qu'il ne devienne pas plus dangereux. La disparition de la dangerosité initiale par l'incarcération reste par conséquent un luxe à l'endroit où l'objectif primordial reste la lutte contre son augmentation.

753. - Le reclassement familial est associé au reclassement social et le maintien des liens familiaux durant la période de l'incarcération facilite la délicate étape de la libération. Partant, « ces liens sont doublement indispensables : d'une part pendant la détention, ils peuvent permettre au détenu de conserver un équilibre psychologique et affectif, d'autre part ils lui assurent un soutien et une prise en charge lorsqu'il retrouve la liberté »²¹⁶⁹. La famille détient à ce titre un double rôle et met en œuvre une socialisation anticipée à travers le travail préparatoire qu'elle effectue pendant la détention en même temps qu'elle organise le retour à la liberté. La relation familiale apparaît à la fois nécessaire à la réussite de la vie carcérale et à la reprise de la vie sociale. Il existe en outre une corrélation entre les deux choses puisque l'investissement de la famille dans la première favorise la réussite de la seconde. Le lien familial émerge finalement comme un outil indispensable au temps de l'incarcération (A) et bénéficie largement au moment de la libération (B).

²¹⁶⁶ Le coût moyen annuel de la détention est estimé à 32 000 euros par personne détenue. Le budget alloué à l'administration pénitentiaire s'élève à 2,64 milliards d'euros en 2015 et représente 42,7 % du budget de la Justice. V. *Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 16.

²¹⁶⁷ V. R. GASSIN, S. CIMAMONTI et Ph. BONFILS, *Criminologie*, op. cit., n° 636, p. 572. Les auteurs remarquent que « les incidences de l'exécution des peines privatives de liberté sur la formation et l'évolution de la personnalité du délinquant ont depuis longtemps été dénoncées sous le thème : la prison, facteur criminogène ». Ils ajoutent cependant que « ce n'est pas tellement le principe de la prison que la manière dont la peine est exécutée » qui est en réalité en cause.

²¹⁶⁸ Ch. LUCAS, A. DE TOCQUEVILLE, A. M. MARCELLIN et Th. BÉRENGER, *Exposé de l'état de la question pénitentiaire en Europe et aux États-Unis*, Académie des sciences morales et politiques, 1844, p. 91.

²¹⁶⁹ *Ibid.* L'auteur précise à ce titre que « le maintien des liens familiaux, pour des personnes mises à l'écart de la société pendant un certain temps revêt un enjeu fondamental ».

A. Le lien familial, un outil indispensable au temps de l'incarcération

754. - La primauté apportée à la personnalisation de la réponse pénale tournée vers la resocialisation invite à plaider en faveur d'un phénomène de déflation carcérale. La prééminence du prononcé de courtes peines d'emprisonnement participe cependant spécialement à l'ancrage de la privation de liberté au sein d'une dynamique inflationniste. Cette dernière est particulièrement problématique quand ces sanctions particulières sont rarement propices à la resocialisation et ne sont pas automatiquement adaptées à la personnalité du condamné. Un aménagement systématique et concomitant au prononcé de la peine pourrait toutefois aboutir à une dénaturation de cette dernière et de l'autorité qui lui est inhérente²¹⁷⁰. La possibilité de césure du procès pénal, nouvellement reconnue par la réforme pénale, par l'intermédiaire de laquelle « la juridiction peut ajourner le prononcé de la peine à l'égard d'une personne physique lorsqu'il apparaît nécessaire d'ordonner à son égard des investigations complémentaires sur sa personnalité ou sa situation matérielle, familiale et sociale »²¹⁷¹, constitue alors un compromis idéal qui permet de scinder le principe de la culpabilité et le prononcé d'une peine adaptée à la personnalité et à la situation familiale du condamné.

755. - Si la privation de liberté doit théoriquement rester exceptionnelle, il est des cas dans lesquels elle émerge comme la solution répressive la plus adaptée. Cette assertion est spécialement vraie quand il s'agit de punir une infraction qui présente une gravité sociale particulière. La question du recours à la peine privative de liberté prend une dimension spécifique quand l'auteur de l'infraction est inscrit dans un lien de famille avec la victime. L'existence de la famille inscrit en effet le raisonnement dans une dimension pluripersonnelle qui ne peut faire l'économie de l'aspect relationnel et affectif du lien familial. La privation de liberté paraît néanmoins difficilement conciliable avec la préservation de la relation familiale qui unit l'auteur de l'infraction à sa victime ou aux autres membres de sa famille. Si cette sauvegarde n'est pas toujours souhaitable, il est néanmoins des cas dans lesquels elle s'avère indispensable à la resocialisation de l'infracteur et à la reconstruction de la victime. Seule une privation de liberté circonstanciée au caractère familial de l'infraction et adaptée à la personnalité de ses protagonistes semble propice au maintien du lien de famille. La famille, qui témoigne d'une volition orientée vers le maintien de ce lien, se place au sein d'un paradoxe qui lui octroie un rôle contradictoire. À travers celui de ses membres qui en est victime, la famille est nécessairement visée par l'infraction commise en son sein par l'un des siens. Du statut de victime initiale et impersonnelle de l'infraction, la famille devient

²¹⁷⁰ La dénaturation de la sanction est cependant discutable si elle a justement pour objectif initial l'aménagement de la peine.

²¹⁷¹ C. pén., art. 132-70-1, al. 1^{er}.

postérieurement la victime additionnelle de l'incarcération de l'auteur de l'infraction familiale. La privation de liberté de l'un de ses membres aboutit en effet à des conséquences affectives et patrimoniales néfastes, et participe nécessairement au déclin relationnel et structurel du lien de famille. La famille qui éprouve l'incarcération évolue néanmoins en marge de celle qui est apte à participer à la resocialisation de l'auteur de l'infraction familiale. La famille subit finalement une incarcération qu'elle est par ailleurs susceptible de rendre plus optimale dans ses finalités. La problématique de la continuité des liens familiaux ébranlés par le prononcé d'une peine privative de liberté invite à constater l'influence néfaste de l'incarcération sur le maintien des liens familiaux à l'endroit où la présence de la famille reste pourtant primordiale au bon déroulement de l'incarcération. La privation de liberté agit donc naturellement à l'encontre du maintien du lien de famille (1) quand le lien de famille est intrinsèquement propice à garantir l'efficacité de l'incarcération (2).

1. L'incarcération naturellement opposée au maintien des liens familiaux

756. - L'altération sociale qui touche la famille confrontée à l'incarcération a un impact sur l'ensemble des composantes familiales et touche tant le lien de famille structurel que le lien de famille relationnel. Elle se répercute cependant en priorité sur la relation familiale, à moins que le lien soit rompu antérieurement, auquel cas la commission de l'infraction manifeste et ne crée pas les dysfonctionnements familiaux. La disparition du lien relationnel aboutit parfois à la désagrégation de la structure familiale. La privation de liberté altère en effet en premier lieu la dimension affective du lien de famille. Elle peut tendre par la suite à une dissolution factuelle ou juridique du lien de couple et influencer négativement sur le maintien du lien de filiation. La confrontation de la famille à l'incarcération invite à la fois à constater l'influence néfaste de l'incarcération sur le maintien du lien de couple (a) et sur l'existence de la relation parentale (b).

a. L'influence néfaste de l'incarcération sur le maintien du lien de couple

757. - La privation de liberté constitue une coupure imposée à tous les protagonistes de la vie familiale. Elle engendre une mise à l'écart de la société à l'égard de la personne enfermée qui se répercute directement sur la famille. Cette dernière subit en effet une exclusion sociale et porte le sceau de l'incarcération dans la mesure où « les difficultés multiples auxquelles sont confrontés les proches contribuent à faire de la solidarité à l'égard d'un détenu une démarche pénitentielle, ou plus encore à conforter l'idée d'une responsabilité des proches et donc de

leur nécessaire amendement »²¹⁷². Le stigmate imposé par l'institution pénitentiaire au détenu se prolonge en quelque sorte dans la vie sociale de sa famille qui subit une autre peine²¹⁷³. Le constat est sans appel quand « du point de vue des familles, il est indéniable que la peine va au-delà de l'incarcération d'un de ses membres, en termes d'impact économique, social, juridique et administratif »²¹⁷⁴ et quand « pour la famille, l'un des effets principaux de l'incarcération est une détérioration du lien social avec l'entourage proche, les voisins et la famille élargie »²¹⁷⁵. La supposition de la détérioration sociale de la famille paraît alors légitime : « peut-être la famille est-elle prise en défaut, du point de vue de la socialisation lorsqu'un de ses membres se trouve privé de liberté suite à une infraction »²¹⁷⁶. Le questionnement est finalement rhétorique et la rencontre discordante quand la famille se détériore socialement en même temps qu'elle humanise l'univers carcéral. Partant, « la condamnation pénale d'un membre de la famille, au moins au sens étroit du terme, rejaillit directement sur l'ensemble de celle-ci que ce soit dans ses relations affectives, sa réputation ou dans ses revenus »²¹⁷⁷. Ces conséquences sont particulièrement prégnantes au sujet de la peine privative de liberté dont l'exécution engendre un obstacle physique et psychique à la perpétuation de la vie familiale. La privation de liberté « est une expérience difficile dont l'impact dépasse largement le vécu du détenu lui-même et provoque de nombreux "dommages collatéraux" particulièrement dans les familles »²¹⁷⁸. La législation sociale et familiale s'efforce de limiter les conséquences de l'incarcération et de préparer le retour à une vie familiale normale²¹⁷⁹ par l'intermédiaire de politiques pénales nationales et européennes²¹⁸⁰ orientées vers le maintien de la relation familiale et de mesures qui ont pour objet spécifique l'amélioration du sort des familles de détenus. Si le reclassement familial participe assurément au reclassement social, les retentissements de l'incarcération sur la famille

²¹⁷² Gw. RICORDEAU, *Les détenus et leurs proches. Solidarité et sentiments à l'ombre des murs*, Autrement, coll. « Mutations », 2008, n° 246, p. 39.

²¹⁷³ V. en ce sens les travaux de P. LE QUÉAU, « L'"autre peine", enquête exploratoire sur les conditions de vie des familles de détenus », Crédoc, *Cahier de recherche*, 2000, n° 147.

²¹⁷⁴ I. DELENS-RAVIER, « Lien familial et détention en Communauté française de Belgique », *Politiques sociales*, 2006, n° 3-4, p. 57.

²¹⁷⁵ *Ibid.*

²¹⁷⁶ P. DARBÉDA, « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe », *art. préc.* Le magistrat affirme en ce sens que « la délinquance est le reflet, d'une certaine manière, de la dissociation des familles ».

²¹⁷⁷ M. ROGER, « La famille du condamné détenu », *art. préc.* V., pour une étude détaillée des conséquences de l'incarcération sur l'emploi, M. ROGER, « Les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail », *Droit social*, 1980, p. 173.

²¹⁷⁸ I. DELENS-RAVIER, « Lien familial et détention en Communauté française de Belgique », *art. préc.*

²¹⁷⁹ V. G. RAYMOND, *Droit de l'enfance : de la conception à la majorité*, Litec, 1979, pp. 104 et s.

²¹⁸⁰ V. not. P. PONCELA, « L'harmonisation des normes pénitentiaires européennes », *RSC*, 2007, p. 126.

témoignent du fait qu'« au regard de l'exécution de la sanction, la famille est bien considérée comme victime de l'incarcération »²¹⁸¹.

758. - La privation de liberté qui impose un éloignement géographique et affectif entrave parallèlement le fonctionnement normal du lien de couple et favorise les ruptures²¹⁸². Elle altère la proximité physique et affective qui le caractérise et engendre parfois sa destruction. L'incarcération de l'un des deux membres du couple bouleverse en premier lieu l'aspect relationnel de ce lien et instaure la duplicité au sein d'un ensemble logiquement gouverné par l'unité. La chose est particulièrement néfaste quand « le partage d'un même lieu de vie participe au processus de régulation et de cohésion du couple et de la famille »²¹⁸³. Le couple, qui se caractérise par l'assemblage de deux entités, ne peut, par essence, fonctionner à travers l'individualité. Le caractère plus ou moins long du temps d'incarcération rend cependant ce fractionnement temporaire et réinstalle la possibilité du maintien de ce lien. Cette perpétuation s'avère néanmoins délicate quand la séparation physique et affective n'est pas la seule difficulté à laquelle l'incarcération confronte les membres du couple. Le membre du couple resté en liberté peut ressentir la désapprobation des autres membres de sa famille. Par ailleurs, la mobilité géographique parfois imposée à la famille par l'éloignement de l'établissement pénitentiaire « affaiblit doublement les ressources économiques des proches »²¹⁸⁴. La privation de liberté engendre dans le même temps des complications financières importantes puisqu'elle équivaut souvent à la perte d'un salaire indispensable à la vie de la famille. Cette précarisation est encore plus délicate quand la personne incarcérée était la seule à contribuer financièrement aux charges de la vie quotidienne. La perte d'un revenu peut alors aboutir à des conséquences désastreuses et paupériser à l'extrême un environnement familial souvent précaire. Les dispositifs sociaux prennent en compte ces réalités en octroyant un véritable statut social à la personne incarcérée et à sa famille par l'intermédiaire de l'affiliation obligatoire des personnes détenues « aux assurances maladie et maternité du régime général à compter de la date de leur incarcération »²¹⁸⁵. Bien que le droit social adapté à l'incarcération tende à se rapprocher de la situation qui préexistait à cette

²¹⁸¹ M. ROGER, « La famille du condamné détenu », *art. préc.*

²¹⁸² V. en ce sens le rapport de l'INSEE, « L'histoire familiale des hommes détenus », *Synthèses, Statistique publique*, n° 59, 2002, p. 6 : « plus d'une union sur dix dont l'un des membres est un détenu est rompue durant le premier mois de son incarcération ».

²¹⁸³ C. TOURAUT, *La famille à l'épreuve de la prison, op. cit.*, p. 9.

²¹⁸⁴ C. TOURAUT, « Entre détenu figé et proches en mouvement, "l'expérience carcérale élargie" : une épreuve de mobilité », *Recherches familiales*, 2009, p. 83.

²¹⁸⁵ CSS, art. L. 381-30, al. 1^{er}. Le membre du couple qui reste en liberté est susceptible de recevoir les allocations familiales et la famille peut bénéficier pendant un an des prestations du régime auquel le détenu appartenait préalablement à son incarcération, avant d'être elle-même affiliée au régime général. La famille reste alors protégée socialement même si le détenu n'effectue pas d'activité salariée lors de l'exécution de sa peine.

dernière, la famille subit néanmoins une perte économique qui affecte négativement son niveau de vie.

759. - L'incarcération, qui fait obstacle à la continuité de la relation de couple, est dans le même temps susceptible d'aboutir à la dissolution factuelle ou juridique du lien structurel de couple. La privation de liberté modifie l'évolution du lien de couple et entrave le développement du lien qu'il constitue. Le droit carcéral ne s'oppose cependant pas à la création du lien de couple notamment institutionnalisé puisque le détenu conserve le droit de se marier. L'union conjugale, civile et religieuse, peut en effet être célébrée à l'extérieur de l'établissement pénitentiaire si le détenu remplit les conditions pour bénéficier d'une permission de sortir ou à l'intérieur des murs dans le cas contraire²¹⁸⁶. Le règlement intérieur type des établissements pénitentiaires²¹⁸⁷, qui participe de la politique d'harmonisation des règles de l'incarcération, autorise en outre le détenu à conserver sa bague d'alliance ainsi que des photographies de famille²¹⁸⁸. Le droit pénitentiaire accorde en ce sens une place prioritaire au lien de famille appréhendé à travers la symbolique et le souvenir en dotant certains objets d'un régime exceptionnel. Si le mariage fait partie des événements familiaux qui motivent l'octroi d'une sortie exceptionnelle et qui sont pris en compte par les dispositions du droit carcéral²¹⁸⁹, rien n'est expressément prévu en ce qui concerne la conclusion d'un pacte civil de solidarité. La modification des dispositions qui le concernent, insufflée par la loi pénitentiaire, ouvre cependant implicitement cette possibilité aux détenus en prévoyant qu'« en cas d'empêchement grave, le greffier du tribunal d'instance se transporte au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour enregistrer le pacte civil de solidarité »²¹⁹⁰. Il demeure en outre théoriquement impossible de cumuler détention et lien de concubinage dans le sens où ce dernier repose essentiellement sur une union de fait caractérisée par une vie commune stable et continue, ce que la privation de liberté rend par essence impossible. Si sa création concomitante à la privation de liberté reste inconcevable, l'union libre commencée avant cet enfermement ne s'éteint pas automatiquement par l'incarcération qui permet des contacts discontinus.

760. - Si la réclusion ou la détention criminelle ne sont plus considérées comme une faute constitutive de divorce, le lien marital ou de partenariat peut souffrir de l'incarcération et la séparation géographique et affective peut mener à leur dissolution. Malgré l'orientation de la

²¹⁸⁶ V. en ce sens C. proc. pén., art. D. 424 et C. civ., art. 75, al. 2.

²¹⁸⁷ D. n° 2013-368 du 30 avril 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires, *JORF* n° 0103 du 3 mai 2013, p. 7609.

²¹⁸⁸ V. plus précisément l'article 24 du décret précité annexé aux règles gouvernant la détention par C. proc. pén., art. R. 57-6-18.

²¹⁸⁹ V. C. proc. pén. art. D. 424.

²¹⁹⁰ C. civ., art. 515-3, al. 2.

volonté dans le sens de son maintien, le lien de couple survit difficilement à la séparation imposée que constitue l’incarcération. Ce maintien est en outre délicat quand il entraîne une perte d’autonomie pour le membre resté en liberté, qui devient identifié par son statut de conjoint, de partenaire ou d’ancien concubin de détenu. Le droit carcéral a pris conscience de ces difficultés en instaurant pour les membres du couple la possibilité de continuer plus ou moins épisodiquement à entretenir des relations. Le maintien des liens familiaux en détention est notamment assuré par la possibilité d’entretenir des correspondances avec ses proches, de recevoir des visites ou d’obtenir des permissions de sortir²¹⁹¹. La relation épistolaire prend une importance toute particulière quand son caractère permanent s’oppose au caractère temporaire des contacts physiques que la personne incarcérée est autorisée à avoir avec les membres de sa famille.

761. - Les détenus peuvent sans restriction « correspondre par écrit tous les jours et sans limitation avec toute personne de leur choix »²¹⁹². Ce droit n’est cependant pas absolu pour les personnes prévenues à l’égard desquelles « le magistrat saisi du dossier de la procédure peut s’y opposer soit de façon générale soit à l’égard d’un ou plusieurs destinataires expressément mentionnés dans sa décision »²¹⁹³. Le droit de correspondre reste conditionné et souffre d’une absence de confidentialité justifiée par des considérations sécuritaires, qui ne s’effacent que lorsque les missives concernent un échange avec le défenseur, les autorités administratives et judiciaires françaises ou internationales ou avec les aumôniers agréés auprès de l’établissement pénitentiaire²¹⁹⁴. Dans le cas contraire, « le courrier adressé ou reçu par les personnes détenues peut être contrôlé et retenu par l’administration pénitentiaire lorsque cette correspondance paraît compromettre gravement leur réinsertion ou le maintien du bon ordre et la sécurité »²¹⁹⁵. Les correspondances échangées entre la personne incarcérée et la personne avec laquelle elle entretient une relation de couple ou les autres membres de sa famille sont donc susceptibles d’être connues de l’administration pénitentiaire et retenues par cette dernière dans certaines circonstances. Les échanges effectués entre le détenu et ses proches concernent des rapports particulièrement intimes. La lecture de ces correspondances par un tiers peut par conséquent être ressentie comme une forte ingérence dans la vie privée. Les proches de la personne privée de liberté ne peuvent cependant être exclus de ce dispositif puisqu’ils sont empreints d’une affection qui les rend particulièrement partiaux et quand ils restent le plus à même de pouvoir aider le détenu ou le prévenu à enfreindre les règles carcérales. Malgré l’entrée en vigueur de la loi pénitentiaire qui affirme ce droit, il est encore

²¹⁹¹ C. proc. pén., art. D. 145.

²¹⁹² C. proc. pén., art. R. 57-8-16, al. 1^{er}.

²¹⁹³ C. proc. pén., art. R. 57-8-16, al. 2.

²¹⁹⁴ V. L. pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *préc.*, art. 40.

²¹⁹⁵ *Ibid.*

possible de penser que « le principe fondamental de l'inviolabilité de la correspondance s'analyse en une exception dans les établissements pénitentiaires »²¹⁹⁶.

762. - En marge des conversations écrites, le droit carcéral octroie aussi la possibilité aux personnes privées de liberté d'entretenir des conversations orales avec leurs proches dans le but de préparer leur insertion²¹⁹⁷. La réforme pénitentiaire précise à ce titre que « les personnes détenues ont le droit de téléphoner aux membres de leur famille »²¹⁹⁸ et qu'« elles peuvent être autorisées à téléphoner à d'autres personnes pour préparer leur réinsertion »²¹⁹⁹. Les prévenus doivent dans tous les cas obtenir l'autorisation de l'autorité judiciaire. À l'inverse, il est particulièrement intéressant de constater que les personnes détenues bénéficient d'un véritable droit de contacter oralement les membres de leur famille alors que la communication avec d'autres personnes reste potentiellement limitée. Le maintien des liens familiaux justifie en ce lieu l'octroi d'un régime différencié et circonstancié par la qualité de l'interlocuteur. Malgré l'harmonisation souhaitée du droit pénitentiaire, il subsiste néanmoins quelques inégalités puisque chaque établissement reste en pratique maître de décider de la fréquence des appels autorisés. S'il s'exerce au sein d'une ingérence justifiée par leur statut, le droit de correspondre des personnes incarcérées reste primordial et pallie les contraintes géographiques qui rendent les visites et permissions de sortir bien moins fréquentes.

763. - Le droit pénitentiaire considère l'existence du lien de couple et œuvre pour ne pas entraver sa création et pour favoriser sa perpétuation. Il ne possède cependant pas les armes pour empêcher sa dissolution et s'efforce finalement « de limiter les conséquences de l'incarcération sur la constitution ou la dissolution de la famille »²²⁰⁰ en réinstaurant une dose d'humanité et de réalisme au sein de la rudesse carcérale. De nombreux liens de couple ne résistent toutefois pas à cette épreuve quand la rupture affective est bien plus complexe à surmonter que la rupture matérielle. Si l'incarcération n'engendre pas nécessairement la rupture conjugale, qui la précède souvent²²⁰¹, elle peut la précipiter, puisque la moitié des ruptures conjugales ont lieu dans le mois qui suit l'incarcération²²⁰². Il convient cependant de

²¹⁹⁶ Cl. GARCIN, « Le maintien des liens familiaux et la détention », *art. préc.*, spéc. p. 74.

²¹⁹⁷ C. proc. pén., art. R. 57-8-20, al. 1^{er}.

²¹⁹⁸ V. L. pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *préc.*, art. 39.

²¹⁹⁹ *Ibid.*

²²⁰⁰ M. ROGER, « La famille du condamné détenu », *art. préc.*, spéc. p. 332.

²²⁰¹ V. en ce sens Fr. CASSAN et Fr.-L. MARY-PORTAS, « Précocité et instabilité familiale des hommes détenus », *Insee Première*, 2012, n° 828, p. 1, spéc. p. 3 : « à leur entrée en prison, 40 % des détenus ont déjà connu au moins une rupture au cours de leur vie conjugale contre 18 % des autres hommes ». À l'instar de vie familiale, la vie de couple émerge donc comme un facteur de régulation des conduites sociales et contribue à l'endiguement des conduites criminelles.

²²⁰² *Ibid.* Le rapport précise que l'absence de conjoint touche 60 % de la population carcérale et s'accroît à mesure de l'augmentation de la durée de détention.

ne pas éluder les cas marginaux dans lesquels le lien de couple se crée ou se renforce pendant l’incarcération. Cette dernière reste en définitive fortement susceptible d’ébranler le lien de famille dans sa globalité puisque « la structure familiale n’est pas artificielle, elle se fonde sur des relations affectives impliquant une cohabitation »²²⁰³. L’influence négative de l’enfermement sur le maintien du lien de couple se retrouve en partie en ce qui concerne le lien de filiation. Le paradigme est toutefois différent quand le premier se caractérise par une défectibilité que ne connaît pas le second. Si l’incarcération ne peut théoriquement défaire le lien de filiation, elle peut cependant mettre un terme au maintien de la relation parentale.

b. L’influence néfaste de l’incarcération sur le maintien de la relation parentale

764. - Qu’elle se confronte ou non au maintien d’un lien de couple, l’incarcération d’un parent touche à la fois à la structure même de la famille et à sa dimension relationnelle. Le droit pénitentiaire n’est pas étranger à cette réalité et s’emploie également en ce domaine à en limiter les conséquences néfastes. La prise en compte institutionnelle de l’existence d’un lien parental s’avère primordiale à l’endroit où « l’incarcération du père ou de la mère perturbe de manière évidente la vie familiale »²²⁰⁴. Ce bouleversement est particulièrement susceptible de toucher l’enfant et la mère qui font face à la privation de liberté du père quand les statistiques révèlent un très faible taux d’incarcération féminine²²⁰⁵. Si la parenté structurelle demeure par définition indéfectible et se rapporte à un lien existant passivement, le maintien de la relation parentale nécessite à l’inverse son inclusion dans un processus dynamique d’action positive. L’incarcération d’un parent est particulièrement complexe pour l’enfant qui, « doublement victimisé par le départ du parent emprisonné et par la stigmatisation sociale ainsi induite, vit une souffrance pouvant altérer gravement son développement »²²⁰⁶. Si l’enfant apparaît dans la majorité des cas comme une victime de l’enfermement de son parent, il convient cependant de ne pas éluder une autre réalité au sein de laquelle les parents subissent l’incarcération de leur enfant. Confronter la relation parentale à la peine privative de liberté suppose de ce fait

²²⁰³ Cl. GARCIN, « Le maintien des liens familiaux et la détention », *art. préc.*, spéc. p. 68.

²²⁰⁴ M. ROGER, « La famille du condamné détenu », *art. préc.*

²²⁰⁵ Ministère de la Justice, *Statistique mensuelle des personnes écrouées et détenues en France*, *op. cit.*, p. 37. Le rapport fait état de 2 714 femmes écrouées pour un nombre total de 78 246 personnes écrouées, ce qui représente 3,5 % de la population carcérale. Si le chiffre est faible, il est cependant inquiétant puisque leur effectif a doublé au cours des trente dernières années. V. en ce sens les propos développés par O. DORMOY, « L’enfant et la prison », *Enfance*, 1992, vol. 45, n° 3, p. 251, qui considère de ce fait que « l’incarcération des femmes a toujours été perçue comme un phénomène marginal car numériquement faible donc négligé et non prioritaire ». V. aussi le rapport de Fr. CASSAN et Fr.-L. MARY-PORTAS, « Précocité et instabilité familiale des hommes détenus », *art. préc.*, qui constate que 51 500 enfants mineurs sont confrontés à un père ou un beau-père en détention.

²²⁰⁶ I. DELENS-RAVIER, « Lien familial et détention en Communauté française de Belgique », *art. préc.*

l'étude successive de la situation générale du parent incarcéré (α) et du cas plus marginal de l'enfant incarcéré (β).

a. Le parent incarcéré

765. - Appréhender l'influence de l'incarcération sur la parenté du point de vue de la privation de liberté du parent suppose de confronter ce dernier à l'exercice des obligations qui caractérisent la relation parentale qu'il entretient avec son enfant. L'autorité parentale peut s'entendre d'un « espace symbolique d'échange entre parents et enfants, loin de toute connotation autoritaire ; elle constitue un lien entre les parents et les enfants »²²⁰⁷. La fonction d'être parent inclut à la fois des « responsabilités juridiques, telles que la loi les définit, des responsabilités morales, telles que la société culturelle les impose et des responsabilités éducatives »²²⁰⁸. L'incarcération ne s'oppose normalement pas au maintien de la relation familiale dès lors que le prononcé d'une sanction pénale n'est plus une cause péremptoire de divorce et n'inclut pas automatiquement le retrait de l'autorité parentale. Si cette suppression est susceptible d'avoir lieu et devient parfois même encouragée²²⁰⁹, elle ne s'inscrit pas en corrélation avec l'incarcération. La continuité de l'exercice de ses responsabilités parentales prend en outre une importance particulière pour la socialisation du parent détenu quand « la prison déshumanise dès lors qu'elle déresponsabilise »²²¹⁰. Rester parent en prison demeure néanmoins souvent un objectif inatteignable dans la mesure où « l'incarcération érode les capacités parentales »²²¹¹. Ces dernières participent cependant à la réinsertion du parent, qui est susceptible de rester socialisé à travers leur exercice. Le maintien du lien relationnel avec l'enfant et du rôle que le parent détenu occupe dans son éducation participe au bien-être carcéral. Le dispositif civiliste prévoit néanmoins que « peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une décision expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre

²²⁰⁷ Ph. CHAILLOU, *Violence des jeunes. L'autorité parentale en question*, Gallimard, 1995, p. 55.

²²⁰⁸ G. NEYRAND, V^o « Parentalité », in J.-Y. BARREYRE et Br. BOUQUET (dir.), *Nouveau dictionnaire critique d'action sociale*, Bayard, 2006, pp. 404-406.

²²⁰⁹ La suppression de l'autorité parentale est souvent préconisée dans les faits d'incestes et de violences familiales les plus graves. Le maintien du lien parental est par conséquent appelé à jouer comme un facteur de reconstruction du lien familial dès lors que l'enfant est étranger à l'infraction. Dans le cas contraire, l'anéantissement des prérogatives parentales semble conciliable avec l'intérêt de l'enfant même si le risque psychique est parfois plus grand dans la rupture du lien.

²²¹⁰ I. DELENS-RAVIER, « Lien familial et détention en Communauté française de Belgique », *art. préc.*, spéc. pp. 60-61.

²²¹¹ J. PLANTET, « La famille à l'épreuve de la prison », *Lien social*, 1999, n^o 511, p. 10.

parent »²²¹². Ce retrait reste une faculté quand le droit ne lie pas automatiquement la propension au crime à la capacité d'éducation. Le parent incarcéré peut rester le détenteur théorique de l'autorité parentale. Il en devient cependant plus rarement l'acteur pratique. Même si le parent peut avoir accès aux documents scolaires ou administratifs qui concernent la vie de son enfant²²¹³, la privation de liberté apporte en effet un caractère fictif à son exercice. Si l'autorité parentale est théoriquement exercée conjointement par les deux parents, la barrière carcérale impose dans les faits un exercice pratique unitaire des responsabilités.

766. - Le parent détenu qui conserve l'autorité parentale ne peut logiquement obtenir la garde de ses enfants que l'incarcération rend impossible. Il peut cependant conserver le droit résiduel de visite et d'hébergement. Ce dernier « ne peut lui être refusé que pour des motifs graves »²²¹⁴, au titre desquels est parfois susceptible de figurer la sanction pénale lorsque l'infraction a été commise sur la personne de l'enfant ou quand le parent a conduit l'enfant à commettre une infraction. Dans le cas contraire, le parent incarcéré dispose théoriquement du droit de visiter et de recevoir son enfant. L'exercice de ce droit devient cependant purement illusoire quand le parent n'est précisément pas apte à l'exercer librement. Le droit effectif à conserver une relation parentale dépend en réalité uniquement de la volonté du parent qui reste libre et a la charge de l'enfant. Cette prérogative est donc très délicate à faire respecter au parent qui souffre dans le même temps des difficultés économiques et de la distance géographique provoquées par l'incarcération. La difficulté augmente au surplus lorsque cette problématique est confrontée à la survenue d'un divorce ou d'une séparation de corps et que la parentalité doit composer avec l'animosité conjugale. Conçue comme un droit-fonction unilatéralement orienté vers l'éducation de l'enfant²²¹⁵, l'autorité parentale devient purement abstraite dans le cas de l'incarcération. Cette dernière théorise la jouissance pratique de l'autorité parentale qu'elle transforme en droit-fiction. La privation de liberté aboutit finalement au retrait pratique de droits qui ne peuvent naturellement pas être transgressés.

767. - La problématique de la parentalité carcérale s'inscrit dans un processus d'ensemble plus délicat et ne peut se restreindre à une solution de principe. Si l'intérêt de l'enfant doit être recherché, il n'est pas pour autant univoque et la poursuite de cet objectif peut alternativement commander l'exercice ou l'abandon des prérogatives du parent incarcéré. Cette problématique

²²¹² C. civ., art. 378.

²²¹³ V. la Note DAP du 17 novembre 2000 relative à l'exercice de l'autorité parentale par les personnes placées sous main de justice : accès des parents incarcérés aux documents essentiels à l'exercice de l'autorité parentale.

²²¹⁴ C. civ., art. 288, al. 2.

²²¹⁵ V. not. P. MURAT, « L'État des devoirs légaux des parents envers leurs enfants », in Ph. JACQUES, *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 49, spéc. p. 50. L'auteur considère que « l'autorité parentale ne constitue pas un droit subjectif des parents » mais « qu'elle ne fait pas non plus naître seulement une responsabilité des parents ».

est gouvernée par l'équivoque et dépend de l'appréciation singulière de chaque situation familiale et infractionnelle. La stigmatisation sociale et familiale ne peut en tous les cas fonder à elle seule l'absence d'exercice de l'autorité parentale, qui semble uniquement légitime quand le contact avec le parent devient dangereux pour l'enfant. Tant que le risque relationnel n'est pas avéré, le respect du lien qui existe entre le parent incarcéré et son enfant appelle à ne pas dénier au premier l'exercice d'un droit dont il est juridiquement titulaire. Cette dynamique peut être motivée par un double bénéfice : « le fait d'accorder un droit au parent incarcéré peut être aussi bénéfique pour l'enfant que pour ce parent lui-même : il sera la preuve que le parent n'est pas complètement rejeté, que le lien familial est reconnu et protégé »²²¹⁶.

768. - La suppression de la parentalité aurait en outre pour effet de lui ôter la place résiduelle qu'il occupe au sein de l'institution familiale et de contrevenir à celle qu'il est à nouveau susceptible de tenir dans l'institution sociale. Cette inclusion n'est cependant pas évidente quand le parent libre peut être confronté au refus de l'enfant ou quand l'administration pénitentiaire ne dispose pas d'armes destinées à forcer le maintien des liens familiaux. Une telle coercition serait par ailleurs totalement impropre à régler le problème puisque la préservation des liens est conditionnée par le consentement de ses protagonistes²²¹⁷. La responsabilisation du parent incarcéré existe alors comme une solution utile à l'éclatement de la cellule familiale qui trouve paradoxalement sa cause dans l'incarcération. Si l'apparition de la prison dans la vie de l'enfant peut avoir des conséquences néfastes sur son développement, ses effets peuvent cependant parfois être atténués par la normalisation que constitue la poursuite de la responsabilité parentale du parent incarcéré. L'enfant qui subit l'incarcération à l'extérieur des murs s'oppose à celui qui naît en prison et éprouve l'expérience carcérale de l'intérieur dès le début de sa vie. Si la jeune population féminine représente une partie infime des personnes incarcérées, elle n'en constitue pas moins une réalité spécifique qu'il est primordial de ne pas négliger. La femme incarcérée peut en effet être à l'origine de la création d'un lien structurel de filiation quand elle donne naissance à son enfant en milieu carcéral. La problématique principale concerne le traitement de la grossesse, le moment de l'accouchement et la garde des nouveau-nés en milieu carcéral. L'administration pénitentiaire met en œuvre les dispositifs nécessaires à ce que « les détenues enceintes bénéficient d'un

²²¹⁶ I. MOINE-DUPUIS, « Le droit de visite du parent incarcéré », *D.*, 1999, p. 255.

²²¹⁷ Le raisonnement n'est cependant pas absolu quand sa logique inclusive s'inverse en cas d'infraction familiale grave perpétrée sur la personne de l'enfant, auquel cas la reprise de la relation parentale deviendrait destructrice. Elle ne peut servir de base à la reconstruction du lien familial quand son échec a précisément participé à la création du contexte de l'infraction. La question familiale doit en définitive être distinguée autant que possible de la question punitive quand l'inclusion de la seconde dans la première peut mener à créer chez l'enfant une dévaluation personnelle caractérisée par un trouble de l'investissement narcissique à l'intérieur duquel il se rend responsable de l'enfermement de son parent. V. en ce sens P. FERRARI, « Enfants éloignés, parents détenus », *Transitions*, 1995, n° 39, p. 27.

suivi médical adapté et que leur accouchement soit réalisé dans le service hospitalier approprié à leur état de santé »²²¹⁸. Certains établissements sont à ce titre équipés de quartiers spécialement aménagés à l'accueil de la femme enceinte et des nourrissons. Ces infrastructures sont cependant très rares et comportent un faible nombre de places²²¹⁹. Des disparités existent en outre entre la situation des mères prévenues et condamnées à de courtes peines, qui ont plus facilement accès aux nurseries pénitentiaires au sein des maisons d'arrêt, que celles condamnées à des longues peines ou affectées dans des établissements non équipés. Ce constat est inquiétant quand le maintien du lien est non seulement nécessaire au cours d'une détention provisoire ou de courte durée, mais aussi primordial dans le cas d'une condamnation à une longue peine privative de liberté. Les femmes enceintes ne consultent en outre presque jamais de médecin spécialiste. Si la mère ne peut accoucher à la maternité et être transférée en milieu hospitalier, elle doit donner naissance à son enfant à l'infirmerie de l'établissement pénitentiaire²²²⁰. Dans le cas contraire, elle y sera réintégrée avec son enfant dès que les conditions de santé de l'un et de l'autre le permettent. Le droit pénitentiaire prend en compte les enjeux sanitaires liés à l'état de grossesse de la femme incarcérée en prévoyant que « les détenues enceintes et celles qui ont gardé leur enfant auprès d'elles, bénéficient de conditions de détention appropriées »²²²¹. Cette disposition générale révèle l'orientation de la législation carcérale qui autorise la mère à garder son nouveau-né auprès d'elle pendant un certain temps. Le lien parental reste néanmoins considéré de façon insuffisante eu égard à l'importance de sa conservation pour le jeune enfant.

769. - La question du maintien physique des nourrissons auprès de leur mère incarcérée pose de grandes difficultés. Ces dernières tiennent non seulement au principe même de la garde de l'enfant, mais concernent aussi la durée de cette dernière. La garde de l'enfant auprès de sa mère incarcérée reste liée aux règles qui régissent l'autorité parentale et n'est nullement conditionnée par une autorisation du juge d'instruction pour les prévenues ou du chef de l'établissement pénitentiaire pour les détenues. Le principe demeure donc soumis à la décision de la juridiction familiale et suppose bien entendu l'existence d'infrastructures appropriées à l'accueil de l'enfant en milieu fermé. Dans le cas où le père dispose

²²¹⁸ C. proc. pén., art. D. 400, al. 1^{er}.

²²¹⁹ Seuls 4,3 % de la totalité des quartiers pénitentiaires réservés aux femmes sont équipés au sein de 29 établissements pénitentiaires qui ont aménagé une ou deux cellules pour accueillir la mère détenue et son enfant. La majorité de ces établissements sont des maisons d'arrêt, étant précisé que les établissements des Beaumettes et de Fleury-Mérogis ont les plus grandes nurseries pénitentiaires. Les nourrissons de moins de 18 mois qui vivent en prison avec leur mère, dont le nombre atteint chaque année une cinquantaine, passent en moyenne 4 à 5 mois en détention et sont la plupart du temps libérés en même temps que leur mère. V. en ce sens C. TAUBIRA, *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et individualisation des peines*, AN n° 1413, 9 octobre 2013, spéc. M. TOURRET et M. SCHWARTZENBERG, Amendement, n° CL286, p. 1, AN, 22 mai 2014.

²²²⁰ V. en ce sens C. proc. pén., art. D. 400, al. 2 qui fait état de la naissance qui a lieu au sein de l'établissement pénitentiaire.

²²²¹ C. proc. pén., art. D. 400-1.

concomitamment de l'autorité parentale et s'oppose au maintien de l'enfant au sein du milieu carcéral, les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales qui statuera en faveur de l'intérêt de l'enfant. Si ce dernier est d'ores et déjà placé en détention, il restera avec sa mère dans l'attente du prononcé de la décision de justice. La garde factuelle de l'enfant à l'intérieur de la prison n'entrave pas l'exercice de l'autorité parentale du père qui peut toujours exercer ses prérogatives par l'intermédiaire des visites. Si l'octroi du droit de garde peut engendrer des conflits entre les titulaires de l'autorité parentale, son principe emporte cependant l'adhésion. La durée de la garde suscite à l'inverse de nombreuses controverses.

770. - Le temps de garde a tout d'abord été porté à quatre années par la législation carcérale. La dégradation des conditions matérielles d'accueil, cumulée au traumatisme que peut provoquer l'enfermement sur l'enfant et au caractère tardif de la séparation, ont par la suite conduit à abaisser cette limite à dix-huit mois, délai qui n'était originellement pas prolongeable²²²². Entre maintien excessif et sortie automatique, le droit actuel semble avoir trouvé un compromis orienté vers l'octroi d'une faculté en conservant la limite d'âge de dix-huit mois tout en instaurant la possibilité de prolonger ce délai. Si cet élargissement rend moins difficile le moment de la séparation, il instaure une limite nécessairement arbitraire et reste très rare en pratique. La prolongation du temps de garde de l'enfant ne peut en effet être accordée que « sur décision du directeur interrégional des services pénitentiaires territorialement compétent, après avis d'une commission consultative »²²²³. Si la décision est personnalisée et prise au sein d'un processus qui inclut notamment le défenseur de la mère et, si possible, le père de l'enfant²²²⁴, elle instaure la possibilité d'un traitement différencié. Malgré la singularité qui caractérise chaque situation, cette dispense demeure très rarement accordée et les prolongations se limitent en pratique aux cas pour lesquels la date de libération de la mère est très proche de la sortie de l'enfant ou à la survenue d'un événement exceptionnel. L'apparition de difficultés imprévues pour l'accueil de l'enfant à l'extérieur peut notamment justifier son maintien dans l'établissement pénitentiaire. Cette situation doit cependant rester temporaire quand « dans les conditions actuelles des prisons françaises, cet âge de dix-huit mois semble d'ailleurs le plus favorable à la séparation de la mère et de l'enfant »²²²⁵. La sortie de l'enfant est en effet justifiée par le traumatisme que l'incarcération peut provoquer à mesure du développement de sa capacité à se mouvoir et de l'intégration psychique de l'enfermement.

²²²² V. circ. du 24 avril 1946.

²²²³ C. proc. pén., art. D. 401-1, al. 1^{er}.

²²²⁴ V. C. proc. pén., art. D. 401-1, al. 2.

²²²⁵ Cl. CHARRON, « Les enfants nés en prison », *RSC*, 1977, p. 864. Les législations étrangères, qui portent cet âge à plusieurs années, sont souvent bien mieux adaptées en matière d'infrastructures idoines à l'accueil et à l'éducation de l'enfant.

771. - La rencontre de l'enfance et de l'incarcération revient rapidement à concilier l'inconciliable quand « cette relation permanente de la mère avec l'enfant, en milieu carcéral, n'est pas sans poser des difficultés psychologiques pour l'un et l'autre »²²²⁶. Le maintien de la relation maternelle peut s'avérer bénéfique quand il s'effectue dans des conditions matérielles et psychologiques propices au développement de chacun de ses protagonistes. Cet avantage se matérialise par le fait que « la garde de l'enfant par sa mère jusqu'à dix-huit mois permet une relation duelle essentielle au bon développement psychologique de l'enfant et la préparation de la mère vers une vie libre ; une mère séparée de son enfant à la naissance n'aurait aucune motivation lors de sa sortie pour aller le chercher dans son nouveau foyer : elle se trouverait face à un inconnu »²²²⁷. Le milieu carcéral peut cependant altérer l'attachement spécifique qui caractérise la relation de la mère à son enfant. La première est susceptible d'osciller entre un surinvestissement et un détachement caractéristique de la dialectique de l'accaparement affectif et du rejet quand le second ne cerne pas précisément la réalité carcérale et les enjeux du contexte au sein duquel il évolue.

772. - Le temps de la séparation doit correspondre au moment où l'enfant devient capable de se mouvoir et de comprendre l'idée d'enfermement. Le milieu carcéral devient dès lors plus néfaste pour son développement que le bénéfice qui peut résulter du maintien du lien maternel. Si le nombre de femmes incarcérées concernées par la grossesse antérieure ou concomitante à l'incarcération²²²⁸ reste infime, « malgré ce maigre effectif, la maternité pose à l'administration pénitentiaire deux problèmes particuliers : celui de la femme enceinte puis celui de son enfant »²²²⁹. La rupture familiale vécue par la mère demeure particulièrement douloureuse et peut s'avérer dangereuse pour le développement de l'enfant. L'état psychologique de la mère durant la grossesse a en outre une influence sur le développement ultérieur de l'enfant et le maintien de la relation privilégiée qu'elle entretient avec lui après l'accouchement favorise son insertion sociale et familiale. La maternité joue en effet un rôle particulier dans le développement de la mère et de l'enfant et reste un facteur majoritaire de resocialisation. Le refus de cette relation peut à l'inverse aboutir à des conséquences dévastatrices sur le psychisme de la mère incarcérée et augmenter son ostracisme social et familial. Le régime carcéral octroyé à la mère qui élève son enfant en détention est empreint de la souplesse que nécessite le particularisme de la situation. La difficulté essentielle se situe néanmoins au niveau de la séparation.

²²²⁶ M. ROGER, « La famille du condamné détenu », *art. préc.*, spéc. p. 330.

²²²⁷ Cl. CHARRON, « Les enfants nés en prison », *art. préc.*, spéc. p. 869.

²²²⁸ Si beaucoup de mères sont déjà enceintes lors de leur incarcération, il convient de ne pas éluder la réalité constituée par les enfants conçus lors des différents parloirs et permissions de sortir ainsi que pendant les séjours en unités de vie familiale.

²²²⁹ Cl. CHARRON, « Les enfants nés en prison », *art. préc.*, spéc. p. 848.

773. - Si l'univers carcéral rend possible la création du lien structurel et relationnel de filiation, il n'en garantit pas la permanence. La rupture de ce lien peut s'inscrire dans une brutalité qui peut être psychiquement néfaste à l'évolution de l'enfant et à la resocialisation de sa mère. L'adaptation du moment et des conditions de la séparation semble en ce sens constituer une solution propice à atténuer les difficultés suscitées par la maternité carcérale. Cet ajustement peut mener à plaider en faveur d'un alignement presque systématique de la sortie de la mère sur celle de l'enfant. Cette mise en adéquation suscite cependant à son tour de nombreuses contrariétés. La première d'entre elles se matérialise par le fait de savoir si la sortie de l'enfant doit s'aligner sur celle de la mère ou si la libération de la mère doit se conformer à la date de sortie de l'enfant. Si le maintien supplémentaire de l'enfant dans le monde carcéral n'est pas souhaitable, il n'est pas non plus envisageable de libérer initialement des mères condamnées à de longues peines privatives de liberté²²³⁰.

774. - La solution apportée à la confrontation de l'enfance à l'incarcération doit être circonstanciée et adaptée à la singularité de chaque espèce. Cette particularisation peut cependant aboutir à des effets néfastes puisqu'elle revient à conditionner le maintien de l'enfant au moment de la sortie de la mère et à la possibilité d'avancer cette dernière dans le temps. Le rapport maternel devrait se restreindre à la création du lien structurel de filiation chaque fois que la libération de la mère ne peut être simultanée à la sortie de l'enfant. Puisque la possibilité de garde de l'enfant en milieu carcéral est uniquement conditionnée par le fait de disposer de l'autorité parentale, le retrait de la possibilité de maintien de la relation parentale à la mère qui subit une longue incarcération reviendrait donc à lui retirer initialement cette prérogative. Cela pourrait alors aboutir à un effet pervers encore plus préjudiciable et se répercuter négativement sur ses capacités d'amendement et de resocialisation. Atteindre la mère dans sa parenté et dans sa parentalité revient en effet à lui ôter son dernier espace d'individualité et de liberté et entrave considérablement sa sociabilité. Il est parallèlement nécessaire de faire état d'une seconde difficulté constituée par les grossesses de complaisance destinées à octroyer à la mère de meilleures conditions carcérales. Si ces dernières sont heureusement rares et malheureusement peu décelables, leur utilisation constitue cependant une réalité qui aboutit souvent au rejet de l'enfant non désiré et à son placement anticipé à l'extérieur de l'établissement pénitentiaire.

775. - La responsabilisation de la mère en milieu carcéral revêt une importance considérable pour sa socialisation et pour le développement interne de l'enfant. Ce dernier n'est en outre

²²³⁰ Hormis le cas dans lequel l'auteur de l'infraction a commis un crime ou un délit sur un mineur, le parent qui a été condamné à une peine privative de liberté inférieure ou égale à quatre ans ou à qui il reste la même durée à subir, quelle que soit la peine prononcée initialement, et qui exerce l'autorité parentale sur un enfant de moins de dix ans qui a sa résidence habituelle chez lui, peut bénéficier de la libération conditionnelle parentale. V. C. proc. pén., art. 729-3.

pas enfermé dans cette relation puisqu'il développe parallèlement des contacts avec le personnel pénitentiaire, les assistantes sociales, les médecins, les autres mères détenues et les autres enfants. Puisque l'enfermement de l'enfant et le moment de la séparation peuvent tous deux engendrer des conséquences néfastes sur son psychisme, la solution du moindre mal réside certainement dans la mise en place d'un processus progressif peu à peu rythmé et orienté vers la sortie du milieu carcéral. La relation parentale carcérale productive est donc celle qui est cumulativement adaptée au cas particulier qu'elle concerne, entourée de précautions destinées à accompagner la mère et l'enfant, et progressivement tournée vers une libération simultanée. En définitive, « lorsque des parents sont privés de liberté, le choix ou bien de les séparer de leurs enfants ou bien, pour éviter les effets de la séparation, d'associer ces derniers à la privation de liberté est une alternative en soi insatisfaisante »²²³¹. Quand cette dernière est impossible, il convient d'insérer des éléments d'extranéité à l'intérieur de la relation maternelle et de faire prendre conscience à l'enfant de la dualité des mondes dans lesquels il évolue²²³². Dans ce contexte, le règlement de la confrontation entre l'incarcération et le lien parental peut être orienté vers l'accord automatique d'un aménagement de peine aux jeunes mères, d'une substitution de peine pour maternité ou d'une libération conditionnelle²²³³. Une rupture trop violente peut à l'inverse s'avérer destructrice pour l'enfant et entraîner des attitudes régressives générées par l'angoisse de l'abandon et par une carence affective consécutive à sa libération²²³⁴.

776. - La prison émerge finalement comme « une réalité qui concerne directement et quotidiennement sous des formes diverses un très grand nombre d'enfants, qu'ils soient dans les murs ou hors les murs »²²³⁵. Les femmes confrontées à l'incarcération sont doublement enfermées dans la prison et dans leur maternité quand leur statut de détenue passe avant leur qualité de mère²²³⁶. Si l'univers carcéral n'est pas adapté à l'accueil de l'enfant, il n'est cependant pas certain qu'il appartienne à ce dernier de devoir à tout prix s'adapter au premier. L'inextricable adéquation de la prison et de l'enfance appelle finalement à sortir de cette

²²³¹ Avis du contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif aux jeunes enfants en prison et à leurs mères détenues, 8 août 2013, *JORF* du 3 septembre 2013.

²²³² Les permissions de sortir octroyées dans le but du maintien des liens familiaux et la libération conditionnelle parentale méritent à ce titre d'être largement déployées dans ce contexte.

²²³³ V. Avis du contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif aux jeunes enfants en prison et à leurs mères détenues, *op. cit.*

²²³⁴ V. en ce sens les développements de D. ALLES, « À l'ombre de l'incarcération des parents », *Acta psychiat. belg.*, 2001, n° 101, p. 150. Le pédopsychiatre affirme que « lors de l'incarcération d'un parent, on se trouve de manière plus générale face à une situation de séparation, de brisure de lien, avec comme conséquences chez l'enfant des angoisses d'abandon et une grande insécurité psychique » et que les enfants présentent généralement « une symptomatologie lourde et entravant leur socialisation ».

²²³⁵ O. DORMOY, « L'enfant et la prison », *art. préc.* La psychiatre affirme à ce titre que « pour les enfants comme pour les adultes la prison psychique est celle dont on sort le plus difficilement ».

²²³⁶ *Ibid.*, spéc. p. 255.

dualité inconciliable pour envisager l'existence de lieux spécifiquement dédiés à cette conciliation. Puisque l'enfant reste avant tout un intrus carcéral quand la prison demeure pour lui une anomalie, « ne pourrions-nous à l'opposé concevoir une "prison" spécialisée où l'enfant trouverait un équipement spécifique lui permettant d'évoluer à son rythme et dans un milieu le plus proche possible de la vie à l'extérieur de la détention tout en profitant de la présence de la mère ? »²²³⁷. Les conséquences de la privation de liberté d'un parent sur les enfants « sont à considérer, de manière plus large, à la lumière des notions de lien, de séparation, de parentalité, d'histoire familiale et individuelle... de même que dans l'existence de problèmes sociaux, économiques et juridiques qui émergent dans un environnement socioculturel et politique donné »²²³⁸. L'approche syncrétique de la confrontation du lien parental à l'incarcération invite à en considérer la globalité et à inverser le paradigme en pensant la réflexion du point de vue de l'enfant incarcéré. La rencontre de ces deux univers incite parallèlement à envisager la problématique spécifique de l'enfance délinquante confrontée à la privation de liberté.

β. L'enfant incarcéré

777. - La prison évolue incontestablement dans la dialectique de la coercition. Elle se conçoit comme « un lieu de contrainte qui frappe d'emblée par sa violence : violence du cadre permettant d'assurer la sécurité, violence de la privation de liberté et de ce qu'elle implique au niveau individuel et familial, violence de la vie quotidienne des détenus pris dans un système fonctionnant sur un mode totalitaire où les individus cohabitent dans la promiscuité sont coupés du monde extérieur et voient l'ensemble des aspects de la vie gérés par l'institution »²²³⁹. La dureté qui caractérise le monde carcéral se pose en contradiction avec la douceur de l'enfance. Puisque la délinquance infantile constitue malheureusement une réalité, il arrive cependant que l'enfant soit directement confronté avec le monde carcéral et en devienne un acteur particulier quand une peine privative de liberté est prononcée à son encontre. Même si le droit pénal ne conçoit cette peine qu'à l'égard des mineurs les plus âgés et en réduit généralement la temporalité, elle est parfois prononcée et il arrive alors que la séparation induite par l'incarcération soit imposée à l'enfant et subie par les parents. La confrontation du couple parental à l'incarcération d'un enfant s'ancre dans une dimension particulière et peut avoir de multiples retentissements sur la continuité du lien familial. En

²²³⁷ *Ibid.*

²²³⁸ D. ALLES, « À l'ombre de l'incarcération des parents », *art. préc.* Le pédopsychiatre étudie les effets de l'incarcération relativement à la combinaison de plusieurs facteurs que sont « les facteurs inhérents à l'enfant, les facteurs familiaux et relationnels et les facteurs circonstanciels et environnementaux ».

²²³⁹ I. DELENS-RAVIER, « Lien familial et détention en Communauté française de Belgique », *art. préc.*, spéc. pp. 57-58.

outre, l'incarcération d'un enfant ne se résume pas à celle du mineur et peut mener à un appauvrissement du parent à qui l'enfant majeur apporte une aide alimentaire. L'appauvrissement de la famille imputée à l'incarcération de l'enfant qui la soutient financièrement répond donc à celle qui a été décrite au sujet du parent ou du membre du couple incarcéré²²⁴⁰.

778. - Si l'incarcération instaure inéluctablement une coupure de la relation physique que les parents entretiennent avec leur enfant, elle ne s'oppose pas à la perpétuation des relations épistolaires, téléphoniques et même directes. L'exercice des prérogatives parentales est cependant entravé par la barrière carcérale et la responsabilité éducative devient en quelque sorte transférée à l'administration pénitentiaire. Ce déplacement est plutôt cohérent quand l'incarcération d'un enfant peut révéler l'échec du rôle et du contrôle parental. La défaillance de parentalité peut en effet donner lieu au contexte criminogène qui facilite la commission de l'infraction par l'enfant et échoue à prévenir la délinquance. Hormis le cas particulier dans lequel les parents ont volontairement mené l'enfant à commettre l'infraction et pour lequel il convient de prôner la paralysie de la relation parentale, le déclin du rôle socialisateur et régulateur de la famille se trouve généralement subi par la famille, qui évolue dans un environnement complexe. L'enfermement de l'enfant stigmatise un contexte familial au sein duquel les parents se sentent responsables et qui devient potentiellement plus néfaste pour l'avenir des autres enfants et pour la réinsertion de celui qui est condamné.

779. - Les acteurs sociaux ont un rôle primordial à jouer dans la prévention de la délinquance infantile et dans la restauration du lien parental à travers l'accompagnement des parents libres et désireux de réinvestir leurs responsabilités. Le processus d'acceptation est en outre loin d'être évident quand les parents sont susceptibles de développer une haine envers l'institution carcérale qui leur a ôté ce qu'ils ont de plus cher. L'idéologie du maintien du lien familial est uniquement susceptible de fonctionner dans le cas où ses différents protagonistes y consentent. L'adhésion au principe de la restauration du lien participe à son effectivité et le maintien de la relation familiale ne saurait de ce fait être imposé²²⁴¹. La reconstruction sociale de la victime et de l'auteur de l'infraction doit passer tant que possible par un travail collectif de régénération du lien de famille brisé par l'infraction. Malgré les efforts que produit le droit carcéral pour intégrer l'existence et la promotion du lien de famille au sein de ses prescriptions, la famille dans son intégralité demeure la victime collatérale de l'incarcération

²²⁴⁰ V. *supra*, n° 758.

²²⁴¹ La préservation du lien de famille suppose le fait que la nature de l'infraction n'ait pas d'ores et déjà annihilé toute possibilité de sa perpétuation. Si elles sont statistiquement plus rares, les violences physiques ou sexuelles commises par l'enfant sur la personne de ses parents ou de l'un d'entre eux peuvent par exemple insuffler une dynamique inversée et postuler la cessation du lien.

de l'un de ses membres. Précarisée et stigmatisée socialement, elle mérite de devenir l'objet d'une prise en charge immédiate et adaptée. Le travail de socialisation doit en ce sens avoir concomitamment lieu à l'intérieur et à l'extérieur des murs afin d'atténuer la sanction que la famille subit sans être directement coupable. L'univers carcéral se veut doublement créateur de délinquance quand, en marge de son effet criminogène pour les personnes qui y évoluent, « la prison fabrique indirectement des délinquants en faisant tomber dans la misère la famille du détenu »²²⁴². Le statut de victime attribué à la famille la fragilise d'autant plus que l'un de ses membres en est déjà la victime principale lorsqu'il est question de la répression d'une infraction familiale. La criminalité intrafamiliale ne laisse jamais indifférent et constitue une brèche dans la vie familiale qui peut difficilement être colmatée. La poursuite des relations familiales en détention se développe, mais cette ambition reste relative et limitée par l'essence même de l'incarcération et des contraintes sécuritaires qu'elle induit. Si « la reconnaissance du droit au maintien des liens familiaux représente une brèche dans le caractère total de l'institution carcérale »²²⁴³, il demeure impossible d'éluder la dimension coercitive de cet univers. Cette réalité est particulièrement préoccupante lorsque la famille se manifeste à travers son second visage et passe du statut de victime à celui d'agent participant au reclassement social de l'auteur de l'infraction. Le caractère fondamental de sa présence pour la réinsertion de la personne incarcérée doit mener à la considérer comme un allié indispensable à l'action resocialisante du droit pénal. La famille peut, à cette fin, trouver une place au sein de la coercition carcérale et émerge comme un acteur privilégié de reclassement social naturellement propice à augmenter l'efficacité de l'incarcération.

2. Le lien familial naturellement propice à l'efficacité de l'incarcération

780. - L'entrée dans le monde carcéral reste l'une des périodes engendrées par la privation de liberté les plus difficiles à surmonter. Le début de la détention est extrêmement délicat et occasionne des répercussions physiques et psychologiques sur la personne nouvellement privée de liberté. L'intégralité des référentiels qui dirigent son cadre de vie est bouleversée et nouvellement gouvernée par la sphère carcérale. Le lien familial trouve toute son utilité à l'endroit où le modèle de la coercition remplace le paradigme de la liberté. Si l'auteur de l'infraction est privé de sa liberté d'aller et venir et se trouve astreint à respecter les codes du droit carcéral, il conserve la possibilité de maintenir des relations avec ses proches. La famille, considérée au sens large du terme, émerge dans ce contexte comme un repère commun au monde du dedans et à celui du dehors. Quand elle se perpétue, la relation

²²⁴² M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1993, p. 312.

²²⁴³ M. VACHERET et N. LALONDE, « Les enjeux du maintien d'une relation enfant-parent détenu », *Politiques sociales*, 2006, n° 3-4, p. 104.

familiale constitue un facteur primordial de solidité émotionnelle et participe à la stabilité sociale de la personne privée de liberté.

781. - Le contact familial permet d'insérer l'affection au sein d'un environnement hostile et donne au détenu un moyen de surmonter l'épreuve de l'incarcération ou de la rendre moins douloureuse. La présence et le rôle que la famille occupe dans le bien-être psychologique du détenu constituent une réalité qui ne doit pas être éludée par l'administration carcérale et des outils favorisant le maintien des liens familiaux doivent être mis en place au seuil de l'enfermement. Cette préoccupation est particulièrement importante eu égard au risque de suicide, bien plus présent en milieu carcéral que dans le reste de la société²²⁴⁴, notamment au début de l'incarcération²²⁴⁵. Si le phénomène suicidaire est naturellement multicausal, « la sursuicidité carcérale »²²⁴⁶ reste souvent liée aux mauvaises conditions de détention. La discontinuité des liens familiaux exacerbe en outre l'effet de ces dernières et occupe une place particulière dans la survenue des comportements suicidaires²²⁴⁷. Le statut familial du détenu joue un rôle important dans sa propension à adopter une conduite suicidaire ou autodestructrice, laquelle est favorisée par l'existence initiale d'un terrain psychologique fragilisé et pouvant être intensifiée par la nature particulière de l'infraction commise. Les violences sexuelles intrafamiliales, qui font l'objet d'une sensibilité particulière, ostracisent notamment leur auteur au sein du milieu carcéral et l'éliminent la plupart du temps du contexte familial, ce qui a pour effet d'intensifier le risque suicidaire²²⁴⁸. La famille est en ce sens susceptible d'atténuer le bouleversement généré par l'incarcération. Cette modération prend un poids particulier face à la force du « choc carcéral »²²⁴⁹.

782. - Dans ce cadre spécifique, il apparaît primordial de préserver toutes les expressions du lien familial et de promouvoir tant la continuité du lien de couple que celle du lien de filiation. Lorsque les deux liens coexistent, la perpétuation du premier favorise cependant celle du

²²⁴⁴ V. à ce sujet les développements de J.-P. CÉRÉ, *La prison*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2007, p. 101. L'auteur évoque notamment un taux de suicide carcéral six à sept fois plus élevé que celui qui survient en milieu libre et considère l'éloignement familial comme l'une des causes de ce phénomène.

²²⁴⁵ V. not. les développements de G. DUTHÉ, A. HAZARD, A. KENSEY et J.-L. PAN KÉ SHON, « Suicide en prison : la France comparée à ses voisins européens », *Population et société*, 2009, n° 462, p. 2. Cette étude fait notamment état des statistiques suivantes : « un quart des suicides a lieu dans les deux mois qui suivent l'incarcération et la moitié dans les six premiers mois ».

²²⁴⁶ L'expression est empruntée à N. BOURGOIN, « Le suicide en milieu carcéral », *Population*, 1993, vol. 48, n° 3, p. 609.

²²⁴⁷ Les statistiques font état d'un taux de suicide égal à 13,9 sur 10 000 et d'un nombre de 1 033 tentatives de suicide pour l'année 2014. Si les chiffres sont en baisse, ils restent cependant parmi les plus élevés des taux recensés dans les pays européens et demeurent bien supérieurs à ceux qui font état des suicides et tentatives qui se produisent à l'extérieur des murs. V. *Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 9.

²²⁴⁸ N. BOURGOIN, *Le suicide en prison*, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 1994, pp. 101 et s.

²²⁴⁹ V. not. D. LHUILIER et A. LEMISZEWSKA, *Le choc carcéral : survivre en prison*, Bayard, 2006.

second, le parent libre gouvernant matériellement la sauvegarde effective du lien parental. Les dissensions personnelles qui existent entre les parents ne devraient toutefois pas entraver le maintien de la relation de l'un d'entre eux avec son enfant, en particulier quand le souhait de ces deux acteurs s'oriente vers la perpétuation du lien. La prise en charge sociale des membres de la famille qui restent libres mérite d'être orientée dans le sens de la préservation de la relation parentale, qui favorise la resocialisation du détenu en même temps qu'elle peut se conformer à l'intérêt de l'enfant. Les liens de couple et de filiation évoluent au surplus dans une complémentarité au sein de laquelle ils n'occupent pas une fonction identique.

783. - Le couple et la filiation participent tous deux au fondement de la famille, mais cette dernière ne suppose pas nécessairement leur existence cumulée. La famille peut se constituer uniquement d'un couple et les enfants ne proviennent pas nécessairement de deux parents inscrits dans un lien de couple. Le lien de couple est caractérisé par l'expression commune de volontés quand le lien de filiation est imposé à l'un de ses protagonistes. Si les causes et les conséquences diffèrent, ces liens se retrouvent cependant autour de l'affection et du sentiment qu'ils induisent, entre deux individus majeurs dans le premier cas et entre un adulte et un enfant dans le second cas. Dès lors qu'elle est privée de la possibilité de continuer la relation qui émane de l'un ou de l'autre de ces liens, la personne emprisonnée perd une partie de son identité familiale. La cessation imposée de la relation familiale, par l'administration pénitentiaire ou par le conjoint, le partenaire ou le parent qui reste en liberté, est alors susceptible d'entraîner des effets dévastateurs sur le psychisme du détenu. Cette conséquence peut, au surplus, être exacerbée lorsque la relation perdue quelque temps pour s'effacer progressivement et laisser place à une famille dont le souvenir s'estompe à la mesure de l'écoulement du temps carcéral qui suspend l'écoulement du temps social. La personne incarcérée, qui évolue avec l'espoir des rencontres et des contacts familiaux, acquiert à l'inverse une motivation qui la pousse à adopter une conduite orientée vers la resocialisation. Le droit carcéral tient compte de cette réalité en prévoyant la notification immédiate au détenu de la possibilité de communiquer avec sa famille dès son entrée dans un établissement pénitentiaire²²⁵⁰.

784. - En marge des contacts épistolaires et verbaux que le détenu ou le prévenu est susceptible d'entretenir épisodiquement avec ses proches, le droit carcéral permet la tenue momentanée de rencontres et de relations physiques dès l'entrée au sein de l'établissement carcéral. La personne détenue doit en outre « être mise en mesure d'informer sa famille de son incarcération dans les meilleurs délais »²²⁵¹. Ces dispositions participent à la prévention des

²²⁵⁰ C. proc. pén., art. D. 257.

²²⁵¹ D. n° 2013-368 du 30 avril 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires, *JORF* n° 0103 du 3 mai 2013, p. 7609, art. 2.

comportements suicidaires et respectent les droits du détenu et de sa famille qui doit pouvoir être tenue au courant de la situation géographique de l'auteur de l'infraction. La situation familiale est également prise en compte par l'intermédiaire de la notice individuelle transmise à l'établissement pénitentiaire lors du placement de la personne en détention provisoire²²⁵². Afin de faciliter matériellement la fréquence des visites et le déroulement des permissions de sortir, la personne mise en détention est logiquement affectée dans l'établissement pénitentiaire le plus proche du lieu de résidence de sa famille. Le respect de cette proximité géographique incite parfois l'administration pénitentiaire à affecter le détenu dans un établissement dont la nature ne correspond pas juridiquement à la peine prononcée²²⁵³.

785. - La considération pour le maintien de la proximité géographique des détenus et de leurs familles reste cependant illusoire et se confronte à une autre réalité : « les procédures d'affectation dans des établissements pénitentiaires ne tiennent compte qu'exceptionnellement de la proximité des proches, alors que prévalent les critères de désengorgement ou de sécurité »²²⁵⁴. La dynamique sécuritaire qui entoure certains établissements surpeuplés incite l'administration pénitentiaire à faire passer le maintien des liens familiaux au rang de considération accessoire à l'endroit où il devrait constituer un paramètre fondamental. L'isolement et le transfert ne peuvent être maniés en laissant le critère familial à la marge à l'heure où il est « urgent d'axer de manière radicalement novatrice la réinsertion des détenus en associant leurs familles »²²⁵⁵. L'insertion efficace de la famille au sein de la détention pourrait à cette fin passer par l'émergence d'une politique pénitentiaire détachée de certaines considérations utilitaires et orientée vers le rapprochement géographique du détenu et de sa famille. Cette orientation émerge comme la plus pertinente quand la proximité familiale favorise la socialisation de la personne incarcérée et quand la réinsertion participe à la lutte contre la récidive.

786. - Le droit pénitentiaire n'est pas totalement détaché du besoin de proximité géographique qui existe entre le détenu et sa famille. En marge des correspondances écrites ou orales qu'ils peuvent entretenir avec l'extérieur, les détenus ont la possibilité de recevoir des visites des membres de leur famille. Si le permis de visite ne peut normalement être refusé à ces derniers, il arrive exceptionnellement que la rupture de la communication leur soit imposée. Le juge d'instruction peut notamment prescrire à l'encontre de la personne placée en

²²⁵² V. C. proc. pén., art. D. 32-1.

²²⁵³ Il arrive parfois que la personne privée de liberté soit affectée en maison centrale en lieu et place d'un centre de détention. Cette substitution est gênante quand les dispositifs de sécurité y sont bien plus contraignants. L'embarras que suscite l'augmentation de la coercition tombe cependant devant la possibilité de maintenir le lien de famille.

²²⁵⁴ OIP, *Les conditions de détention en France*, Rapport 2003, La Découverte, 2003, p. 45.

²²⁵⁵ M. HERZOG-EVANS, « Prisons, les verrous et le droit. Le droit en prison », *Projet*, 2002, n° 1, p. 89.

détention provisoire une interdiction de communiquer pendant une période de dix jours renouvelable une fois²²⁵⁶. Si le défenseur du prévenu ne peut en aucun cas être concerné par cette mesure, elle s'applique aux membres de la famille. La paralysie des contacts reste cependant mesurée. En effet, « à l'expiration d'un délai d'un mois à compter du placement en détention provisoire, le juge d'instruction ne peut refuser de délivrer un permis de visite à un membre de la famille de la personne détenue que par une décision écrite et spécialement motivée au regard des nécessités de l'instruction »²²⁵⁷, cette décision étant susceptible de recours. L'infirmité de cette décision aura valeur de permis de visite quand sa confirmation sera définitive. L'exercice du droit de visite de la personne détenue comporte des limites similaires puisque les restrictions « résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes » peuvent mener l'administration pénitentiaire à refuser la délivrance d'un permis de visite aux membres de la famille du condamné. Cette opposition est contestable quand cette prérogative constitue normalement un droit pour le condamné. Elle révèle ainsi la difficulté engendrée par la conciliation du maintien des liens familiaux avec le caractère coercitif de la détention, et l'orientation de la politique carcérale vers la primauté du second de ces objectifs au détriment du premier.

787. - Si le contact réel de la personne privée de liberté avec sa famille constitue une nécessité théoriquement prise en compte par le droit pénitentiaire, son effectivité ne constitue cependant pas une priorité. Ce besoin tombe devant les nécessités de l'instruction ou les contraintes de l'incarcération. Cette hiérarchisation peut se comprendre quand elle paralyse la relation de couple, dont le maintien peut parfois être dangereux pour le bon déroulement de la justice. Le membre du couple en liberté est en effet le plus à même de communiquer à la personne enfermée des informations susceptibles d'entraver la recherche de la vérité judiciaire ou de lui apporter une aide dans l'irrespect des règles pénitentiaires. Ce rejet se comprend cependant beaucoup moins quand il s'applique dans le même temps au lien de filiation, dont le maintien ne présente aucune dangerosité particulière lorsque l'enfant est mineur et s'avère même bénéfique pour la socialisation de la personne incarcérée. Cette exclusion s'oppose également aux dispositions de la Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant qui prévoit notamment que les autorités étatiques « veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant »²²⁵⁸. La différence de nature et de fonction qui sépare les deux liens invite à plaider en faveur de l'accroissement de l'utilisation des

²²⁵⁶ C. proc. pén., art. 145-4, al. 1.

²²⁵⁷ C. proc. pén., art. 145-4, al. 3.

²²⁵⁸ CIDE, art. 9, 1^o.

moyens existants pour aboutir à la création d'un régime spécifique encadrant concrètement les visites des enfants à leur parent incarcéré.

788. - Si le parent resté en liberté joue incontestablement un rôle dans le déplacement géographique de l'enfant, il peut être matériellement exclu de la visite. Cette diversification peut cependant aboutir à un effet pervers et mener le parent libre, qui ne peut entrer en contact avec le parent incarcéré, à influencer négativement l'enfant, qui ne dispose pas du recul nécessaire sur la situation, ou à l'utiliser comme un intermédiaire dans la transmission de certaines informations. Inclure l'enfant en excluant le parent reviendrait alors à maintenir la possibilité d'un contact indirect entre ce dernier et la personne incarcérée. Si l'unité du régime, qui ne distingue pas et concerne généralement les membres de la famille, privilégie les nécessités de la justice, il n'est pas certain qu'elle se conforme à l'intérêt de l'enfant. Le caractère conditionnel du droit de visite se pose en outre en contradiction avec le maintien de l'autorité parentale et des droits qui y sont attachés. La rupture d'égalité qui existait auparavant entre les différents établissements pénitentiaires dont le règlement intérieur déterminait « les jours et heures de visites, ainsi que leur durée et leur fréquence »²²⁵⁹ semble cependant avoir été corrigée par l'harmonisation des règles pénitentiaires qui prévoient désormais uniquement que « la fréquence des visites que peut recevoir la personne détenue est de trois fois par semaine au moins lorsqu'elle est prévenue et d'une fois par semaine au moins lorsqu'elle est condamnée »²²⁶⁰. La correction reste toutefois partielle quand des disparités subsistent entre les personnes en fonction de leur statut. Cette différence de traitement peut sembler logique par rapport au risque de dégradation des preuves qui caractérise le stade de l'enquête, mais ne se justifie guère au regard du principe de l'innocence présumée du prévenu.

789. - Quand elles sont permises, les rencontres au parloir ont généralement lieu sans dispositif de séparation et favorisent la proximité physique entre le visité et le visiteur. La personne incarcérée peut néanmoins exceptionnellement être soumise à un parloir avec dispositif de séparation, dit « parloir-hygiaphone », à titre de sanction disciplinaire lors de la détention permanente²²⁶¹ ou sur ordre du magistrat dans le cas de la détention provisoire²²⁶². Le parloir ordinaire reste le principe. Il ne favorise pas le respect de la vie privée et ne garantit aucune intimité au couple ou à la famille, qui doivent faire l'objet d'une surveillance physique et qui peuvent être écoutés. Si elles sont parfois tolérées en pratique, les relations sexuelles

²²⁵⁹ C. proc. pén., art. 410, al. 1^{er} (ancien).

²²⁶⁰ D. n° 2013-368 du 30 avril 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires, *JORF* n° 0103 du 3 mai 2013, p. 7609, art. 29, al. 1^{er}.

²²⁶¹ V. C. proc. pén., art. R. 57-7-34, 3^o.

²²⁶² V. C. proc. pén., art. R. 57-8-8.

sont théoriquement proscrites lors de ces visites. Elles demeurent cependant « un enjeu majeur du système carcéral et un sujet de conversation permanent »²²⁶³. Cette interdiction n'est pas expressément inscrite dans le droit pénitentiaire, mais se déduit implicitement du fait qu'« imposer à la vue d'autrui des actes obscènes ou susceptibles d'offenser la pudeur »²²⁶⁴ constitue une faute disciplinaire de deuxième degré. Cette exclusion est surprenante quand leur absence peut normalement constituer une cause de divorce. Cette considération reste cependant inopérante puisqu'elle s'applique uniquement au lien conjugal et n'est pas pertinente à l'égard des autres formes de lien de couple. L'administration pénitentiaire est en outre chargée de procurer gratuitement des moyens de contraception aux personnes détenues. Cette obligation participe de même et avant tout à la lutte contre la propagation des maladies sexuellement transmissibles au sein du milieu carcéral. Les relations sexuelles se produisant entre détenus ou ayant lieu lors des visites familiales restent encore un tabou du droit carcéral : « ni vraiment interdites, ni vraiment autorisées, les relations sexuelles, source incontestable de maintien des liens conjugaux, placent l'administration pénitentiaire dans une situation très délicate »²²⁶⁵. Au demeurant, « la naissance d'enfants conçus au parloir montre bien les contradictions humaines et juridiques de cette réalité qu'il paraît difficile de nier plus longtemps »²²⁶⁶. L'existence de parloirs familiaux et la création des unités de vie familiale résolvent une partie de ce problème puisque ces infrastructures réinsèrent l'intimité dans la vie carcérale.

790. - D'abord expérimentales, les unités de vie familiale se sont concrétisées et occupent une place grandissante au sein du monde carcéral. Elles constituent un outil primordial à l'efficacité de la lutte contre l'éloignement temporel et spatial du détenu et de sa famille. Si elles sont encore peu nombreuses²²⁶⁷, les unités de vie familiale sont loin de correspondre au statut d'« Arlésienne de l'administration pénitentiaire »²²⁶⁸ qui a pu être redouté à leur égard. Elles sont considérées comme « des structures offrant aux personnes détenues condamnées la possibilité de recevoir des visites des membres de leur famille ou de leurs proches durant plusieurs heures sans surveillance dans un appartement meublé situé dans l'enceinte

²²⁶³ Gw. RICORDEAU, *Les détenus et leurs proches (...)*, op. cit., p. 146.

²²⁶⁴ C. proc. pén., art. D. 249-2, 5°.

²²⁶⁵ Cl. GARCIN, « Le maintien des liens familiaux et la détention », *art. préc.*, spéc. p. 71.

²²⁶⁶ P. DARBÉDA, « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe », *art. préc.*, spéc. p. 595.

²²⁶⁷ L'administration pénitentiaire met notamment à disposition des détenus 162 structures d'accueil des familles en attente de parloirs, 22 structures d'hébergement de nuit pour les familles géographiquement éloignées et 65 espaces aménagés pour les enfants dans les parloirs. Les statistiques font en outre état de 45 parloirs familiaux en fonction au sein de 12 établissements pénitentiaires et de 85 unités de vie familiale en fonction au sein de 26 établissements pénitentiaires. V. *Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, op. cit., p. 13.

²²⁶⁸ OIP, *Le guide du prisonnier*, La Découverte, 2004, n° 319 et s.

pénitentiaire à l'extérieur de la détention »²²⁶⁹. Ces locaux sont « spécialement conçus afin de permettre aux personnes détenues de recevoir, sans surveillance continue et directe, des visites des membres majeurs de leur famille ou de proches majeurs accompagnés, le cas échéant, d'un ou de plusieurs enfants mineurs, pendant une durée comprise entre six heures et soixante-douze heures »²²⁷⁰. Le droit pénitentiaire ne différencie pas en fonction des régimes puisque la loi pénitentiaire prévoit que « les unités de vie familiale ou les parloirs familiaux implantés au sein des établissements pénitentiaires peuvent accueillir toute personne détenue »²²⁷¹ et que ces dernières peuvent en bénéficier au moins une fois par trimestre. L'existence de ces structures participe directement à l'insertion et à la responsabilisation des détenus, et témoigne du fait que « l'importance de la problématique familiale liée aux particularités de la population a pesé sur les choix d'organisation et d'aménagement des espaces »²²⁷². Si leur nouveauté peut originellement susciter des angoisses et déstabiliser la vie carcérale, les unités de vie familiale forment désormais un outil essentiel à la réinsertion des détenus.

791. - Les unités de vie familiale permettent de concrétiser la création ou le développement de projets familiaux et réintègrent la personne privée de liberté dans son statut familial en même temps qu'elles satisfont le besoin de familles désireuses de maintenir un lien. Les unités de vie familiales ont un impact physique et psychologique extrêmement important sur la personne détenue qui se responsabilise par rapport à sa famille et à la gestion de sa détention dont elle devient un acteur positif. Elles contribuent à un processus de revalorisation personnelle et de reformation de l'identité et de la sexualité. Il demeure cependant délicat d'identifier un véritable droit à la sexualité, puisque cette dernière est conditionnée par sa reconnaissance dans la limite du cadre carcéral et familial²²⁷³. Ces structures ne se réduisent pas à la famille strictement entendue et incluent dans le même temps les proches de l'individu incarcéré. Au-delà du lien familial, elles révèlent donc une réelle considération pour la continuité du lien social et des relations affectives qui le fondent. La conception extensive que le droit pénal octroie au lien de famille dans ce cadre sert directement la réinsertion et la lutte contre la récidive. Les unités de vie familiale émergent comme un outil indispensable au maintien des liens familiaux en détention et à la réinsertion sociale. La mise en pratique de ces dispositifs révèle cependant un tableau plus sombre. De nombreux établissements

²²⁶⁹ Circ. DAP du 26 mars 2009 relative aux unités de vie familiale (UVF), *Bulletin officiel du ministère de la justice*, n° 2009-02 du 30 avril 2009.

²²⁷⁰ C. proc. pén., R. 57-8-14.

²²⁷¹ Loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, *préc.*, art. 36.

²²⁷² C. RAMBOURG, « Les unités de visites familiales : nouvelles pratiques, nouveaux liens », *Dossiers thématiques du CIRAP*, 2006, p. 5.

²²⁷³ V. en ce sens les développements de C. LANCELEVÉE, « Une sexualité à l'étroit. Les unités de visite familiale et la réorganisation carcérale de l'intime », *Sociétés contemporaines*, 2001, vol. 3, n° 83, p. 168.

pénitentiaires ne sont en effet pas encore pourvus de tels dispositifs quand certains de ceux qui ont eu l'opportunité de les mettre en place ne peuvent matériellement pas les rendre fonctionnels.

792. - Le manque de moyens financier et humain mène malheureusement à ne pas pouvoir créer ces infrastructures au sein de tous les établissements ou à ne pas pouvoir les utiliser. Le bénéfice des unités de vie familiale est souvent restreint aux personnes qui ne remplissent pas les conditions pour bénéficier d'une permission de sortir fondée sur le maintien des liens familiaux et reste donc majoritairement accordé aux détenus condamnés à de longues peines privatives de liberté. Partant, l'unité de vie familiale se cumule rarement aux courtes incarcérations et la mesure, qui est davantage considérée en pratique comme une alternative à la sortie temporaire du détenu, « constitue un palliatif pour ceux des condamnés qui n'obtiennent pas l'autorisation de retrouver ponctuellement leur famille à l'extérieur »²²⁷⁴. L'entrée de la vie privée en prison reste largement conditionnée par l'impossible entrée de la prison dans la vie privée. L'extension des conditions d'octroi des permissions de sortir accordées en vue du maintien des liens familiaux aurait alors pour effet d'amoindrir ce phénomène. L'alignement du régime des détenus à propos de cette mesure aurait pour avantage de la généraliser et d'empêcher de lier l'octroi de l'unité de vie familiale à l'absence de sa possibilité. Le respect de la vie familiale et le droit de fonder une famille restent ainsi considérablement limités par l'incarcération²²⁷⁵. S'il n'existe pas de réel droit aux relations familiales en détention, leur développement peut cependant être mis en œuvre par l'intermédiaire de thérapies familiales qui peuvent créer les conditions rendant possible le maintien d'un lien psychique entre les membres de la famille. Le décloisonnement du dedans et du dehors aurait le mérite de créer une dynamique interactionnelle non négligeable à l'heure où « les enfants de parents incarcérés se vivent eux aussi en prison »²²⁷⁶. La surpopulation carcérale « entrave également le maintien des liens familiaux, la durée et parfois le nombre des parloirs devant être réduits en maison d'arrêt pour permettre à l'ensemble des détenus d'y accéder »²²⁷⁷. La situation devient alors très préoccupante quand, « entravés dans leurs contacts avec leurs proches, privés d'intimité avec eux, les détenus

²²⁷⁴ P. DARBÉDA, « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe », *art. préc.*, spéc. p. 598.

²²⁷⁵ V. en ce sens E. PÉCHILLON, « Le respect de la vie familiale et du droit de fonder une famille limité par l'incarcération », *AJ pénal*, 2006, n° 7, p. 318, à propos de la décision Cour EDH, 18 avril 2006, *CEDH c/ RU*, req. n° 44362/04, qui considère que le refus d'autoriser l'accès à l'insémination artificielle en détention n'est pas arbitraire ni déraisonnable au regard des impératifs liés à l'incarcération. L'auteur regrette que « la mise en balance entre les droits fondamentaux de la personne détenue et l'intérêt général soit encore faussée par une conception sécuritaire et paternaliste de la période d'incarcération ». V. aussi J.-P. CÉRÉ, « Le droit à une vie familiale pour les détenus », in J.-J. LEMOULAND et L. RUBY, *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 17.

²²⁷⁶ C. ELIACHEFF, « L'enfant éloigné de son parent incarcéré », in A. BOUREGBA (dir.), *Les liens familiaux à l'épreuve du pénal*, Érès, 2002, p. 39.

²²⁷⁷ J.-J. URVOAS, *Rapport d'information sur l'encellulement individuel*, AN n° 2388, 24 novembre 2014.

affectés par la surpopulation ne peuvent que vivre plus difficilement encore la promiscuité qui leur est imposée en cellule »²²⁷⁸. Le maintien du lien familial est dès lors inversement lié au taux d'occupation des prisons, l'augmentation du second faisant obstacle à l'application du premier.

793. - L'ouverture de la prison sur l'extérieur qui émane de ces mécanismes peut en outre aboutir à des effets pervers et amplifier indirectement la coercition carcérale : « un esprit sceptique pourrait même se demander si, en pratique, les textes sur le maintien des liens familiaux n'ont pas davantage un effet sur le bon ordre pénitentiaire que sur le reclassement des condamnés »²²⁷⁹. Si la surveillance n'est pas physique, elle reste présente dans l'esprit du détenu qui continue à se discipliner. Les rencontres avec la famille sont par ailleurs susceptibles de manifester un « risque d'instrumentalisation de ces visites pour le maintien d'un équilibre interne à l'institution carcérale, ainsi que par le risque de contrôle social accru »²²⁸⁰. L'autonomisation qu'elle engendre contribuerait en ce sens à « faire que la surveillance soit permanente dans ses effets, même si elle est discontinuée dans ses actions »²²⁸¹. Cette brèche participe toutefois implicitement à la reconnaissance des effets pathogènes de l'enfermement et du confinement, et réinstalle l'altérité et la capacité de projection de l'individu. Le maintien du bon ordre pénitentiaire ne s'oppose cependant pas nécessairement au reclassement social et la politique répressive la plus cohérente reste celle qui œuvre pour la conciliation de ces deux objectifs. La présence de la famille en milieu carcéral occupe par ailleurs un rôle non négligeable dans la naissance des revendications individuelles ou collectives quand son absence a pu être identifiée comme une cause d'automutilation des détenus²²⁸². Si le dispositif est extrêmement prometteur dans son essence et dans ses finalités, son application pratique reste perfectible. Son extension aurait alors le mérite d'harmoniser le fonctionnement des établissements pénitentiaires et de ne pas défavoriser les détenus qui ne sont pas affectés dans un lieu doté d'une unité de vie familiale.

794. - Afin de développer une véritable politique d'accueil des familles en prison, un travail de formation et d'affectation de personnels adaptés à la gestion de ces lieux particuliers doit être mis en œuvre, en marge de l'amélioration de la fréquence et de la durée des parloirs familiaux ou ordinaires ainsi que du développement des permissions de sortir octroyées dans le but du maintien des liens familiaux et du déploiement de moyens technologiques favorisant

²²⁷⁸ *Ibid.*

²²⁷⁹ M. ROGER, « La famille du condamné détenu », *art. préc.*, spéc. p. 342.

²²⁸⁰ I. DELENS-RAVIER, « Lien familial et détention en Europe », *Rev. crim. et pol. techn.*, 2006, n° 4, p. 481.

²²⁸¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, op. cit.*, p. 201.

²²⁸² V. N. BOURGOIN et C. GIRARD, « Les automutilations et les grèves de la faim en prison », *RSC*, 2000, n° 3, p. 257.

le contact virtuel²²⁸³. Un statut spécifique, dont les modalités permettraient de « faciliter les visites dans des conditions strictes d'intimité, libéraliser le droit de correspondre et permettre une détention en fonction du lieu d'habitation de la famille »²²⁸⁴, pourrait à ce titre être envisagé pour les personnes rattachées au détenu par un lien de couple ou de filiation. Lorsqu'ils se cumulent à la privation de liberté, les liens familiaux ont nécessairement une influence positive sur le bon déroulement de l'incarcération et constituent à terme un gage de réinsertion. Leur conservation doit par conséquent être recherchée et mise en œuvre chaque fois que la nature de l'infraction ou que la volonté de la victime ne s'y oppose pas. Si le législateur prend en compte l'idéal du maintien du lien de famille durant l'incarcération à travers les procédures et outils nécessaires à sa sauvegarde qui constituent le dispositif existant, il est nécessaire d'œuvrer pour l'accroissement de l'utilisation de ces moyens qui restent malheureusement trop souvent ignorés ou induisent des difficultés pratiques complexes à surmonter. Le lien familial se manifeste finalement comme un facteur propice à surmonter le temps de l'incarcération. Son effet ne se limite cependant pas à la période de privation effective de la liberté et son maintien reste entièrement tourné vers les bénéfices qu'il peut engendrer au moment de la libération.

B. Le lien familial, un outil bénéfique au moment de la libération

795. - Le temps carcéral correspond théoriquement à celui de la sanction initialement prononcée. Toutefois, il est souvent réduit et le moment de la libération ne se retreint pas uniquement à la fin de la peine. La libération peut en effet prendre place au sein d'un processus gradué et progressivement orienté vers la sortie définitive. Dans cette perspective, le lien familial émerge comme un outil aux multiples vertus. Le lien de famille bénéficie au moment de la libération temporaire (1), pour justifier l'octroi de la libération conditionnelle (2) et pour soutenir le tournant constitué par la libération définitive (3).

1. Le lien familial, un outil bénéfique au moment de la libération temporaire

796. - Le détenu peut en effet bénéficier de libérations momentanées durant l'exécution de sa peine par l'intermédiaire de l'octroi de permissions de sortir, qui autorisent « un condamné à s'absenter d'un établissement pénitentiaire pendant une période de temps déterminée qui

²²⁸³ Les différents logiciels informatiques permettant l'utilisation de la visiophonie pourraient ainsi être mis en place et constituer un intermédiaire entre le contact physique et purement virtuel à l'endroit où le déplacement réel est souvent délicat pour les familles.

²²⁸⁴ Cl. GARCIN, « Le maintien des liens familiaux et la détention », *art. préc.*, spéc. p. 74.

s'impute sur la durée de la peine en cours d'exécution »²²⁸⁵ et ont « pour objet de préparer la réinsertion professionnelle ou sociale du condamné, de maintenir ses liens familiaux ou de lui permettre d'accomplir une obligation exigeant sa présence »²²⁸⁶. Le droit carcéral tient compte de l'existence de la famille quand ses dispositions permettent d'accorder une permission dans le dessein du maintien général des liens familiaux ou dans le but spécifique de se rendre auprès d'un proche gravement malade ou décédé. Le droit répressif prévoit que, dans ces dernières circonstances, « une permission de sortir d'une durée maximale de trois jours peut être accordée, d'une part aux condamnés à une peine privative de liberté inférieure ou égale à cinq ans, et, d'autre part, aux condamnés à une peine privative de liberté supérieure à cinq ans, lorsqu'ils ont exécuté la moitié de leur peine »²²⁸⁷. Dans une perspective inversée, l'établissement pénitentiaire est tenu d'informer sans délai les proches du détenu qui subit une maladie grave ou qui est décédé²²⁸⁸. Le droit carcéral respecte par ces dispositions une dynamique de réciprocité en ce qui concerne l'information de l'état de santé du détenu ou de ses proches confrontés à une situation familiale grave.

797. - Les permissions de sortir « constituent l'instrument privilégié du maintien des liens familiaux dans la mesure où elles libèrent le détenu, pendant quelques jours, de la détention et lui permettent de retrouver son foyer »²²⁸⁹. Le droit répressif appréhende plus précisément les « situations familiales ordinaires »²²⁹⁰ en prévoyant que « des permissions de sortir d'une durée maximale de trois jours peuvent être accordées en vue du maintien des liens familiaux ou de la préparation de la réinsertion sociale, aux condamnés qui ont exécuté la moitié de leur peine et qui n'ont plus à subir qu'un temps de détention inférieur à trois ans »²²⁹¹ et que « ces permissions sont accordées sans condition de délai aux condamnés exécutant une ou plusieurs peines d'emprisonnement n'excédant pas au total une durée d'un an »²²⁹². L'arsenal juridique existant prend en compte la nécessité du maintien des liens de famille quand il en fait une raison qui motive l'octroi de ces libérations momentanées. Le maintien du lien familial émerge théoriquement comme une justification potentielle de l'attribution de ces permissions. Ces dispositifs œuvrent en faveur du maintien des liens familiaux à l'extérieur de la prison. Le régime des permissions de sortir reste cependant très circonstancié à la durée de la peine prononcée ou effectuée et ne distingue pas en fonction de la nature du lien familial concerné.

²²⁸⁵ C. proc. pén., art. 723-3, al. 1^{er}.

²²⁸⁶ C. proc. pén., art. 723-3, al. 2.

²²⁸⁷ C. proc. pén., art. D. 144 et C. proc. pén., art. D. 425.

²²⁸⁸ D. n° 2013-368 du 30 avril 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires, *JORF* n° 0103 du 3 mai 2013, p. 7609, art. 30.

²²⁸⁹ M. ROGER, « La famille du condamné détenu », *art. préc.*, spéc. p. 338.

²²⁹⁰ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 4^e éd., 2011, p. 375.

²²⁹¹ C. proc. pén., art. D. 145, al. 1^{er}.

²²⁹² C. proc. pén., art. D. 145, al. 2.

Ce régime apparaît par conséquent très restrictif à l'endroit où il favorise la resocialisation familiale des courtes condamnations et élude la problématique des longues peines privatives de liberté.

798. - Quelle que soit la durée de la peine, il reste possible d'affirmer que « la famille, qu'il s'agisse de celle d'origine ou de celle d'acquisition, est à n'en pas douter le support le plus efficace de l'arrêt de la criminalité »²²⁹³. Il exclut au surplus les condamnés à de plus longues peines qui n'ont pas encore effectué la moitié de leur sanction ou ceux qui sont dans ce cas, mais à qui il reste plus de trois années de détention à effectuer. Cette exclusion est étonnante quand le maintien des liens familiaux demeure un objectif primordial à la resocialisation des condamnés à de longues peines privatives de liberté et contribue au bon déroulement du temps de l'incarcération. Les conditions d'attribution de ces permissions révèlent au surplus une vision uniforme des liens familiaux et ne distinguent pas en fonction de leur nature. Le lien de filiation mérite cependant une attention toute particulière eu égard à l'importance du maintien du lien entre l'enfant et son parent incarcéré. La présence d'un enfant pourrait alors être érigée en critère favorisant l'octroi des permissions de sortir. Cette amélioration serait par ailleurs susceptible de participer à l'émergence d'un véritable droit de l'enfant au maintien des liens avec son parent incarcéré. Cette reconnaissance aurait le mérite d'instaurer une réciprocité à l'heure où le droit au maintien des liens familiaux confronté à la détention reste surtout perçu du point de vue de la personne incarcérée. L'existence de ces réalités invite à plaider en faveur de l'instauration d'un régime qui appréhende plus uniformément les durées d'incarcération conditionnant leur accord et qui privilégie le maintien du lien parental. La refonte du droit des permissions de sortir commande à cette fin « que leur fréquence soit augmentée, que leur durée soit étendue ou encore que l'intérêt de l'enfant figure au rang des critères parmi d'autres de l'octroi de cet aménagement de peine »²²⁹⁴. Le lien familial, en particulier parental, mérite en définitive d'être pris en compte comme une condition d'octroi presque automatique de la permission de sortir et d'être privilégié par rapport au temps de détention. Ce changement s'annonce cependant délicat à l'heure où les considérations sécuritaires priment encore trop souvent sur la nécessité du maintien des liens familiaux. Les permissions de sortir sont de plus en plus difficilement accordées²²⁹⁵ et leur refus est parfois utilisé à titre de sanction disciplinaire. L'importance capitale de la famille pour la réinsertion pourrait alors mener à la mise en place d'un régime dérogatoire au sein duquel les permissions de sortir en vue du maintien des liens familiaux ne pourraient être que très

²²⁹³ M. HERZOG-EVANS, « Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées », *AJ famille*, 2009, p. 484.

²²⁹⁴ *Ibid.* L'auteur étudie les mesures issues de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 et fait état d'un « bilan particulièrement pauvre » corroboré par l'affirmation de règles de « droit essentiellement constant ».

²²⁹⁵ Le nombre de permissions de sortie accordées en 2014 s'élève à 48 481, ce qui équivaut à une baisse de 12,3 % en une année. V. *Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire, op. cit.*, p. 7.

exceptionnellement refusées. Le rejet de la demande pourrait par exemple être conditionné à une obligation de motivation chaque fois qu'elle a pour objet spécifique le maintien du lien familial.

799. - Si la libération possède un caractère temporaire, elle conserve une importance pratique considérable et contribue à l'humanisation des conditions de détention. Le maintien des liens de famille constitue un facteur qui favorise l'attribution de la permission et la mesure, qui affiche l'union simultanée du maintien des liens de famille et de la resocialisation, révèle le caractère bénéfique que la préservation des premiers implique sur la future sortie du condamné. La réinsertion se prépare par conséquent à travers la famille quand la socialisation du détenu a lieu par et pour elle. La volonté de perpétuation du lien de couple et du lien de filiation favorise l'octroi de la permission et assure à terme le succès de l'ambition resocialisante de l'incarcération²²⁹⁶. Le caractère temporaire de la mesure pose cependant quelques difficultés. La personne enfermée qui retourne momentanément au sein de sa famille peut être confrontée à des complications psychologiques dont la connaissance mérite de ne pas être négligée. L'écoulement du temps qui sépare plusieurs permissions ancre le détenu dans un sentiment d'impatience et d'attente du retour définitif. La réintégration de la prison qui suit la fin de la permission est alors chaque fois plus redoutée et plus difficile à assimiler. L'absence de sortie peut en ce sens devenir moins lourde à supporter et engendrer des conséquences moins néfastes que celles qui émanent de sorties espacées entre elles, éloignées de la libération réelle et chaque fois orientées vers la réintégration du monde carcéral. Ce constat peut mener à plaider en faveur de la restriction de ces permissions aux seuls détenus qui peuvent bénéficier rapidement de la libération conditionnelle. La solution reviendrait donc à conditionner la permission à la proximité temporelle de cette dernière. Cette restriction serait cependant discriminatoire et mènerait à renforcer le clivage et la différence de traitement qui existent entre les détenus condamnés à de courtes peines qui bénéficient souvent d'aménagements et ceux dont la longueur de la peine ne les permet pas. L'argumentation reste par ailleurs peu convaincante quand l'utilité de la permission décroît si elle est précédée d'une trop grande période de séparation. Le conflit semble donc insoluble là où le temps carcéral joue à la fois comme l'allié et l'ennemi de la personne enfermée. Si la permission de sortir favorise le maintien des liens familiaux, son caractère temporaire contrarie la constance de la relation. La libération conditionnelle émerge dans ce contexte comme un outil particulièrement adapté au maintien de cette dernière.

²²⁹⁶ V. en ce sens les développements de N. RIVERO et P.-A. STRASBURG, « Essai de prévision par critères objectifs de l'issue des permissions de sortir dans les établissements pour peine », *Arch. pol. crim.*, 1980, n° 4, p. 197.

2. Le lien familial, un outil bénéfique au moment de la libération conditionnelle

800. - Afin d'être efficace, la libération réelle du détenu doit être anticipée et intégrée dans un processus rythmé qui s'oriente progressivement vers cette fin. La libération conditionnelle parentale, autrement dénommée libération pour raison familiale, occupe une place primordiale au sein de cette dynamique. La mesure, qui est de création récente²²⁹⁷, permet d'aménager la peine privative de liberté en accordant la libération conditionnelle à « tout condamné à une peine privative de liberté inférieure ou égale à quatre ans, ou pour laquelle la durée de la peine restant à subir est inférieure ou égale à quatre ans, lorsque ce condamné exerce l'autorité parentale sur un enfant de moins de dix ans ayant chez ce parent sa résidence habituelle ou lorsqu'il s'agit d'une femme enceinte de plus de douze semaines »²²⁹⁸. Elle demeure cependant impossible à mettre en œuvre à l'égard des « personnes condamnées pour un crime ou pour un délit commis sur un mineur »²²⁹⁹, quelle que soit la durée initiale de la condamnation ou celle du temps restant à effectuer²³⁰⁰. La qualité particulière de la victime, intrinsèquement vulnérable, présume l'incapacité de l'auteur à exercer correctement l'autorité parentale envers les mineurs dont il a la charge, que ce dernier soit ou non la victime de l'infraction initiale. Si les choses ne sont pas nécessairement corrélées, la précaution est tournée vers l'intérêt de l'enfant potentiellement exposé à la dangerosité de l'auteur d'une infraction antérieurement commise sur un mineur. Dans le cas inverse, la mesure est précisément rendue possible pour favoriser l'intérêt de l'enfant dont l'épanouissement personnel nécessite le maintien de la relation avec son parent incarcéré. S'il n'est pas explicitement édicté comme une condition d'octroi de ce dispositif, l'intérêt de l'enfant émerge néanmoins comme un objectif primordial permettant à la fois la mise en œuvre ou le rejet de l'aménagement de la peine en fonction des circonstances de la commission de l'infraction.

801. - La libération conditionnelle parentale, implicitement tournée vers l'intérêt de l'enfant et vers le maintien de la relation parentale confrontée à l'incarcération, constitue une mesure d'aménagement de peine spécifique qui se distingue de la libération conditionnelle de droit

²²⁹⁷ La libération conditionnelle parentale a été créée par l'art. 122 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JORF* n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038.

²²⁹⁸ C. proc. pén., art. 729-3, al. 1^{er}.

²²⁹⁹ C. proc. pén., art. 729-3, al. 2.

²³⁰⁰ Antérieurement à la réforme pénale du 15 août 2014, les personnes condamnées « pour une infraction commise en état de récidive légale » étaient également exclues du bénéfice de ce dispositif. Si le risque d'échec de la mesure a pu être considéré comme supérieur à l'égard d'une personne condamnée en état de récidive, cette corrélation n'est pas absolue et la suppression de cette disposition est bienvenue. Elle met fin à une inégalité de traitement que le statut de récidiviste ne justifiait guère et marque un retour aux conditions d'application initiales de cette mesure.

commun par l'exigence de critères spécifiques et de conditions d'attributions objectives. L'originalité de la mesure se manifeste à travers la disparition de la condition temporelle, dès lors qu'elle n'est pas conditionnée par l'écoulement d'un temps d'épreuve, puisque la seule durée à être prise en considération est celle de la peine à subir ou restant à subir. Cette exigence déroge à celle qui caractérise le régime commun de la libération conditionnelle dont l'octroi nécessite que « la durée de la peine accomplie par le condamné [soit] au moins égale à la durée de la peine lui restant à subir »²³⁰¹. Le régime est alors beaucoup plus libéral quand la personne condamnée peut prétendre à la mesure avant même l'exécution réelle de sa peine chaque fois que la durée de cette dernière est inférieure ou égale à quatre années d'emprisonnement.

802. - La seconde condition réside dans le nécessaire exercice de l'autorité parentale par le parent incarcéré sur un mineur de dix ans ayant chez lui sa résidence habituelle²³⁰². Si le texte refuse la distinction du genre et évoque le parent sans considération de sexe, il instaure en revanche une limite arbitraire concernant l'âge du mineur sur lequel l'autorité parentale est exercée. Le seuil fixé par cette mesure, qui s'apprécie au moment de la demande de libération conditionnelle²³⁰³, ne signifie pas que la libération conditionnelle ne pourra jamais être octroyée lorsqu'un parent exerce l'autorité parentale sur un mineur de plus de dix ans. La procédure sera cependant conditionnée par le régime de la libération conditionnelle de droit commun qui est bien moins avantageux. Cette limite semble au surplus trop basse quand le développement personnel du mineur nécessite la présence de ses deux parents tant qu'il n'acquiert pas une autonomie suffisante. Elle est de même étonnamment éloignée du seuil de seize ans fixé pour la confrontation de circonstances similaires à la détention provisoire²³⁰⁴. Contrairement à ce qui est le cas pour cette dernière, l'autorité parentale n'a pas à être exercée de façon exclusive pour justifier l'octroi de la libération conditionnelle. La perspective de l'exercice commun de l'autorité parentale et la différence de statut justifient alors certainement la différence des seuils fixés. La libération conditionnelle parentale reste en outre une faculté pour l'autorité judiciaire qui sera toujours plus encline à la prononcer lorsque le parent incarcéré est le seul titulaire de l'autorité parentale. Cette limitation est dommageable puisque son exercice en commun ne signifie pas que ses cotitulaires sont réciproquement remplaçables mais au contraire complémentaires.

²³⁰¹ C. proc. pén., art. 729.

²³⁰² La résidence alternée semble en ce sens difficilement conciliable avec la libération conditionnelle parentale à partir du moment où cette dernière œuvre pour la permanence de la relation parentale.

²³⁰³ *Cass. crim.*, 2 février 2011, inédit, n° 10-83.092 : *AJ pénal*, 2012, n° 1, p. 48, note M. HERZOG-EVANS.

²³⁰⁴ V. C. proc. pén., art. 145-5.

803. - Si elle est soumise à des conditions particulières moins sévères que celles qui entourent la libération conditionnelle de droit commun, la libération conditionnelle parentale ne constitue pas pour autant un régime totalement autonome²³⁰⁵. Les efforts sérieux de réadaptation sociale qui sont exigibles au titre du prononcé de la première sont souvent recherchés pour celui de la seconde²³⁰⁶ et la libération doit souvent être justifiée même si les conditions objectivement exigées sont présentes. Dans ce contexte, la libération conditionnelle parentale « ne semble ainsi pas constituer un véritable régime particulier de libération conditionnelle, mais plutôt une excroissance du régime général autorisant la libération, en cas de conditionnelle participation essentielle à la vie familiale ». L'absence de renvoi au régime de droit commun pourrait à l'inverse mener à constater l'autonomie de la mesure. La place occupée par la libération conditionnelle parentale dans l'arsenal juridique invite cependant à penser qu'elle constitue seulement un cas d'application spécifique de la libération conditionnelle de droit commun, au sein duquel certaines des conditions originelles de cette dernière sont exclues, mais n'implique pas pour autant la suppression de celles qui ne sont pas évoquées.

804. - La recherche systématique des conditions qui entourent le régime général de la libération conditionnelle pour prononcer celle qui possède une dimension parentale semble contraire au particularisme de cette mesure et restreint considérablement la possibilité de son prononcé. La jurisprudence semble prendre ce constat en considération et s'éloigne progressivement de l'appréciation homogène des régimes de libération conditionnelle en privilégiant avant tout la « participation essentielle à la vie de famille »²³⁰⁷. L'intérêt de l'enfant peut en effet concorder avec celui de la société et la recherche cumulée de ces objectifs ne relève pas nécessairement de la contradiction²³⁰⁸. La mise en œuvre pratique de la libération conditionnelle parentale semble s'émanciper du critère de la réadaptation sociale pour se concentrer sur celui de la réadaptation parentale et correspond davantage à l'esprit de la mesure. L'appréciation de la réinsertion de la personne demandant une libération conditionnelle parentale doit être adaptée au contexte familial qui permet de la solliciter. L'absence de réinsertion sociale du condamné doit cesser de constituer un frein à l'octroi de cet aménagement particulier lorsque l'auteur de l'infraction est activement impliqué dans la vie familiale et quand la mesure participe à l'intérêt de l'enfant.

805. - Le caractère automatique de la libération peut par ailleurs avoir la vertu d'ancrer cette modalité d'aménagement de la peine dans l'idéologie du maintien des liens familiaux

²³⁰⁵ V. les développements de É. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 1209, p. 530.

²³⁰⁶ V. *Cass. crim.*, 24 novembre 2007, inédit, n° 06-82.217.

²³⁰⁷ V. *Cass. crim.*, 3 février 2010, inédit, n° 09-84.850 : *AJ pénal*, 2010, n° 7, p. 334, note M. HERZOG-EVANS.

²³⁰⁸ V. M. HERZOG-EVANS, « Libération conditionnelle parentale et intérêt de l'enfant », *art. préc.*

véhiculée par sa création. Ce mécanisme aurait l'inconvénient d'inclure systématiquement les cas dans lesquels le maintien du lien familial avec le parent incarcéré, réunissant par ailleurs toutes les conditions objectivement exigées, s'avère contraire à l'intérêt de l'enfant. Si la chose est rare, elle mérite de ne pas devenir impossible à neutraliser. La cessation doit en effet être possible chaque fois qu'elle est commandée par la protection de l'enfant par essence vulnérable. Ce constat appelle alors à plaider en faveur de l'absence d'automatisme de la libération conditionnelle parentale, qui œuvre par principe en faveur de la continuation du lien familial. L'examen invite cependant à accroître son utilisation en présence d'un lien parental et à étendre la limite d'âge du mineur nécessaire à l'octroi de cette mesure. Si le lien familial est susceptible de motiver l'octroi des libérations temporaires et conditionnelles, il demeure un outil primordial au bon déroulement du temps postérieur à l'incarcération.

3. Le lien familial, un outil bénéfique au moment de la libération définitive

806. - Les premiers instants de la remise en liberté sont souvent caractérisés par une euphorie révélatrice de la satisfaction et du soulagement qui accompagne le sentiment d'achèvement d'une perspective longtemps fantasmée. La sensation d'accomplissement physique et spirituel reste cependant souvent excessive et s'avère quelquefois illusoire. Le retour à la liberté qui n'a pas été préparé et anticipé en amont peut être aussi brutal à supporter que le choc de l'entrée dans le monde carcéral. L'incarcération engendre la perte des codes sociaux et relationnels qui gouvernent la vie en société au sein de laquelle l'ancien détenu doit se reconstruire une identité. La difficulté de l'acclimatation sociale que suppose cette restructuration individuelle augmente par ailleurs à mesure de la longueur du temps de l'incarcération. La libération peut par ailleurs engendrer une prise de conscience de l'exclusion sociale à laquelle le détenu et sa famille ont été confrontés. La stigmatisation du détenu, engendrée par son ancienne qualité, lui fait par conséquent subir « une peine après la peine »²³⁰⁹. L'hostilité du dehors répond alors paradoxalement à la protection du dedans et la sortie n'a en réalité rien d'une libération. Le constat des dangers générés par la libération sèche invite à plaider en faveur de l'accompagnement du détenu vers cette étape qui doit être pensée comme l'ultime phase d'un processus successif qui privilégie les sorties temporaires avant de mettre en place une libération conditionnelle²³¹⁰, puis définitive. L'objectif du retour

²³⁰⁹ Gw. RICORDEAU, *Les détenus et leurs proches (...), op. cit.*, p. 190.

²³¹⁰ Cette stratégie n'est cependant pas adaptable à toutes les situations familiales. V., pour la nuance de cette affirmation, Gw. RICORDEAU, *Les détenus et leurs proches (...), op. cit.*, p. 62 : « parfois, la perspective d'une demande de libération conditionnelle confronte les proches à une sortie finalement plus redoutée que souhaitée ».

« progressif à la liberté »²³¹¹, qui rythme théoriquement l'intégralité de l'incarcération, mérite cependant d'être davantage mis en œuvre en pratique. L'univers carcéral doit s'orienter vers une resocialisation graduée dont la réussite est conditionnée par la présence et par le soutien de la famille, qui constitue un gage sérieux de réadaptation sociale²³¹².

807. - La famille revêt une propension naturelle à déterminer la réussite de la resocialisation. Elle occupe parallèlement la place d'un élément particulièrement propice à endiguer le risque de récidive, particulièrement présent lors de la première année suivant la libération²³¹³. La sévérité du régime qui entoure les aménagements de la privation de liberté s'oppose alors à l'efficacité de la lutte contre la récidive. L'accompagnement familial efficace se propage sur un triple temps et doit successivement entrer dans l'incarcération, anticiper l'instant de la sortie et lui perdurer postérieurement. La famille se conçoit finalement comme une transition nécessaire entre la société et la prison et participe à la fois à la prisonisation²³¹⁴ du détenu et à la socialisation de l'ancien détenu. La propension naturelle de la famille à sortir le condamné de « l'oubliette juridique »²³¹⁵ dans laquelle il tombe après le procès s'exprime cependant difficilement dans le cadre pratique de l'incarcération²³¹⁶.

808. - L'interpénétration des univers familial et carcéral reste en définitive extrêmement délicate à mettre en œuvre. Elle demeure néanmoins nécessaire à la reconstruction sociale de la famille et du détenu, qui doit être pensée dans une perspective systémique : « favoriser le maintien d'une relation familiale en prison nécessite donc une approche globale de l'ensemble des acteurs familiaux et un dispositif assurant la circulation entre l'intérieur et l'extérieur du monde carcéral »²³¹⁷. Si le droit pénitentiaire s'emploie à favoriser le maintien des liens familiaux, la privation de liberté reste très peu propice à la réalisation de cet objectif et les défauts pratiques des mesures mises en œuvre révèlent cette incompatibilité. La nature

²³¹¹ V. C. proc. pén., art. 707, al. 3 qui dispose que « toute personne condamnée incarcérée en exécution d'une peine privative de liberté bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire, dans le cadre d'une mesure de semi-liberté, de placement à l'extérieur, de placement sous surveillance électronique, de libération conditionnelle ou d'une libération sous contrainte, afin d'éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire ».

²³¹² V. en ce sens C. proc. pén., art. 729, 2°.

²³¹³ V. J. FAVARD, *Le labyrinthe pénitentiaire*, Le Centurion, coll. « Justice Humaine », 1981, p. 205.

²³¹⁴ Le concept de prisonisation provient de l'anglicisme « prisonization » qui décrit l'influence de l'incarcération sur le détenu et rend compte de la socialisation carcérale assimilée au cours de sa peine. V. en ce sens D. CLEMMER, *The prison community*, Christopher Pub. House, 1940.

²³¹⁵ D. ALLES, « À l'ombre de l'incarcération des parents », *art. préc.*, spéc. p. 156.

²³¹⁶ La chose est d'autant plus complexe dans le cas d'une infraction familiale grave qui s'oppose par essence à la perpétuation du lien et mène parfois la famille à réduire l'infacteur au rang d'étranger et à l'écarter délibérément de l'environnement familial. L'impact de la famille est alors entièrement conditionné à sa volition puisqu'elle possède la capacité de limiter, d'annihiler ou d'inverser sa tendance socialisatrice.

²³¹⁷ Gw. RICORDEAU, *Les détenus et leurs proches (...)*, *op. cit.*, pp. 66-67.

règlementaire des normes répressives qui traitent des relations entre le détenu et sa famille évince en outre ces dernières du contrôle de constitutionnalité. Cette affirmation est cependant à nuancer dans la mesure où il n'est pas certain que ce contrôle soit plus efficace que le contrôle de légalité déjà opéré par les juridictions administratives et où le droit au maintien des liens familiaux pendant l'incarcération est généralement affirmé par la loi pénitentiaire²³¹⁸. L'importance sociale qu'elles revêtent appellerait à l'inverse à leur conférer une dimension législative qui favoriserait leur observation pratique. L'incarcération porte en effet le risque de l'isolement familial à son paroxysme et la fragilisation des liens peut gravement compromettre la réinsertion. Le droit répressif qui tient compte de ces réalités doit manifester un équilibre au sein duquel, « entre sanction et réinsertion, la prison doit réajuster sa fonction pour que la peine ne devienne pas source d'isolement social, et surtout familial »²³¹⁹. S'il n'est pas question de l'imposer, la recherche de l'effectivité du maintien des liens familiaux peut alors postuler la diminution de la coercition quand « l'obligation de préserver la continuité des liens familiaux équivaut à une double exigence de santé publique et de cohésion sociale »²³²⁰. Malgré le mouvement général de renforcement de la légalité pénitentiaire, l'ouverture de la voie contentieuse aux détenus²³²¹, et l'orientation des systèmes pénitentiaires contemporains vers l'atténuation des effets néfastes de l'enfermement, il demeure encore très difficile de rapprocher efficacement « le dedans et le dehors »²³²². Les diverses dispositions qui favorisent le maintien du lien de famille, « qu'elles soient regardées sous l'angle du respect des droits des détenus, de l'amélioration des conditions de détention ou d'une plus-value des moyens et des modalités de préparation à la sortie, n'occulent pas cependant la question, toujours prégnante, de l'allongement des peines, de la réalité des périodes de sûreté et de l'absence de perspectives de sortie pour les condamnés à perpétuité »²³²³. Le prononcé des longues peines privatives de liberté demeure une réalité inquiétante²³²⁴ à laquelle il est nécessaire de s'adapter. Si le système se libéralise, il reste

²³¹⁸ V. L. pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *préc.*, art. 35.

²³¹⁹ G. MARCHAND, « Les liens familiaux et la détention », *Sciences humaines*, 2002, n° 129, p. 8.

²³²⁰ A. BOUREGBA, « La nécessaire continuité des liens familiaux », in A. BOUREGBA (dir.), *Les liens familiaux à l'épreuve du pénal*, Érès, 2002, p. 7.

²³²¹ V. en ce sens, M. HERZOG-EVANS, « Droit commun pour les détenus », *RSC*, 1995, p. 621. L'auteur fait référence à la naissance d'un véritable droit pénitentiaire qui renforce l'exigence de prévisibilité du droit et la crédibilité de la sanction privative de liberté.

²³²² P. DARBÉDA, « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe », *art. préc.*, spéc. p. 591.

²³²³ C. RAMBOURG, « Les unités de visites familiales : nouvelles pratiques, nouveaux liens », *art. préc.*, spéc. p. 71.

²³²⁴ Au 1^{er} janvier 2015, 13 959 personnes sont condamnées à une peine privative de liberté supérieure ou égale à 5 ans. Sur ces dernières, qui constituent 23 % des personnes condamnées, 8 025 personnes sont condamnées à une peine de réclusion ou de détention criminelle. Les peines qui s'étendent de 10 à 20 ans et de 20 à 30 ans de privation de liberté sont les plus nombreuses puisqu'elles représentent respectivement 66,5 % et 24,3 % de l'ensemble de cette catégorie. Les peines inférieures à 10 ans de privation de liberté et la perpétuité restent quant à elles minoritaires puisqu'elles ne représentent respectivement que 3,2 % et 5,9 % de la même catégorie. V.,

perfectible et ces difficultés doivent mener la répression à sortir du paradigme carcéral et à privilégier autant que possible le prononcé de mesures alternatives à la privation de liberté.

§2. La resocialisation familiale confortée par les alternatives à la privation de liberté

809. - Le caractère alternatif se rapporte au fait de tenir une place ou d'assumer une fonction habituellement occupée par une autre chose. Rapportée à la privation de liberté, elle s'interprète dans une acception plurielle et se rapporte soit à l'alternative au déclenchement des poursuites pénales susceptibles d'entraîner la privation de liberté, soit à l'alternative au prononcé même de la peine privative de liberté. Les alternatives à la privation de liberté évoquées par cette étude supposent donc l'adoption d'une vision qui cumule la potentialité et la réalité de leur réalisation. Appréhendée par rapport à l'incarcération, l'alternative suppose le remplacement de cette dernière par une peine de nature différente. La peine alternative à l'emprisonnement s'entend de celle « qui peut être prononcée au lieu d'une autre et à titre de peine principale »²³²⁵. Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer à sa place une ou plusieurs peines privatives ou restrictives de liberté²³²⁶. Ces dernières peuvent également être prononcées, à la place de l'amende, pour les délits punis seulement d'une peine d'amende²³²⁷. La peine d'emprisonnement ne peut en aucun cas être prononcée cumulativement avec une des peines privatives ou restrictives de droits ni avec la peine de contrainte pénale ou celle de travail d'intérêt général²³²⁸. La peine alternative a donc par essence vocation à remplacer l'emprisonnement et à être prononcée à titre de peine principale dans le cas d'une infraction délictuelle. Quand cette dernière est punie d'une ou de plusieurs peines complémentaires²³²⁹, « la juridiction peut ne prononcer que la peine complémentaire ou l'une ou plusieurs des peines complémentaires encourues à titre de peine principale ». Dans ces circonstances, la peine complémentaire a également vocation à remplacer l'emprisonnement et se substitue à la peine principale au lieu de lui être attachée. Les sanctions alternatives à l'emprisonnement se distinguent enfin des mesures d'aménagement de peine qui sont mises à l'œuvre postérieurement au prononcé de la peine privative de liberté et relèvent des modalités d'application de la peine. Quelle qu'en soit la

pour ces statistiques, *Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire*, Direction de l'administration pénitentiaire, 1^{er} janvier 2015, p. 6.

²³²⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2014, V^o « Peine alternative », pp. 749-750.

²³²⁶ C. pén., art. 131-6.

²³²⁷ C. pén., art. 131-7.

²³²⁸ C. pén., art. 131-9.

²³²⁹ V. C. pén., art. 131-10 pour l'énumération de ces peines.

manifestation, la philosophie de commutation dans laquelle s'inscrit la mesure alternative à la privation de liberté propose de sortir de l'exécution de la sanction en milieu fermé, pour s'orienter vers un milieu semi-ouvert ou libre, ou pour mettre en œuvre des procédés qui s'écartent de la voie répressive.

810. - Le prononcé de peines alternatives à la privation de liberté résulte d'un choix de politique pénale consistant à libéraliser le cadre d'exécution de la sanction et à orienter cette dernière contre l'enfermement. Cette inclinaison résulte généralement de la reconnaissance des aspects néfastes de la privation de liberté qui peut réellement devenir pathogène pour une certaine catégorie d'infracteurs. La primauté reste malgré tout largement donnée à l'incarcération qui demeure la sanction centrale du système pénal. La prison s'est désormais humanisée et « dispose d'une place naturelle dans la mise en œuvre de toute politique pénale contemporaine »²³³⁰. Son ouverture sur l'extérieur a par ailleurs permis la juridicisation du milieu carcéral qui n'est plus une zone de non-droit. Les conditions d'incarcération restent cependant détériorées par la surpopulation carcérale et ne sont pas réellement adaptées au maintien des liens familiaux. Ce constat est particulièrement problématique alors que « le maintien des contacts avec la famille est absolument indispensable si l'on veut éviter la désadaptation familiale du détenu et faciliter par là même sa réadaptation sociale »²³³¹. Si la politique pénale carcérale tient compte de cette nécessité, elle ne peut la favoriser face à la coercition qui enserre l'incarcération.

811. - La valeur familiale atteinte par la perpétration d'une infraction n'est pas toujours la valeur prioritairement protégée par le droit répressif qui arbore une conception subsidiaire et utilitaire de la famille. La présente réflexion s'éloigne cependant de la place accordée à la famille en tant que valeur sociale pour se recentrer vers les acteurs de l'infraction familiale. Considérée au sens pénal du terme, cette dernière englobe de multiples formes et étend le lien de couple actuel au lien de couple défait ou la relation parentale à la relation d'autorité de droit ou de fait. Les configurations infractionnelles susceptibles de concerner deux membres d'une même *famille pénale* sont dès lors bien plus nombreuses que celles qui concernent la famille civile. Cumulée à la nature particulière de la relation familiale, cette considération numéraire mène à privilégier la mise en place d'une procédure de traitement adaptée à la spécificité des infractions familiales et à penser la réponse pénale qui leur est accordée du point de vue des conséquences répressives propres. Le raisonnement invite à considérer la mise en œuvre d'une procédure pénale spéciale de la famille. Pour devenir effectif et efficace, ce traitement circonstancié doit être mis en place à tous les stades de l'intervention de la

²³³⁰ J.-P. CÉRÉ, *La prison*, *op. cit.*, p. 1.

²³³¹ B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, coll. « Précis », 4^e éd., 2011, p. 212.

justice répressive et porter tant sur l'instauration d'une peine familiale spécifique que sur la mise en œuvre de mesures alternatives à la poursuite de l'infraction familiale. L'établissement d'une politique répressive adaptée au traitement des infractions familiales doit en ce sens passer par la création d'une sanction familiale et œuvrer parallèlement en faveur du développement de la médiation pénale à caractère familial. La prise en compte des propriétés du conflit familial émerge comme un paramètre essentiel à l'instauration d'une sanction répressive façonnée aux spécificités de l'infraction familiale (A) et caractérisée par une procédure de traitement adaptée aux particularités de l'infraction familiale (B).

A. Une sanction répressive façonnée aux spécificités de l'infraction familiale

812. - La mise en œuvre d'une peine spécifiquement adaptée au contexte familial dans lequel l'infraction se réalise participe d'une réflexion globalement orientée vers la préservation du lien de famille et tire les enseignements du constat des effets pathogènes de la privation de liberté sur la survie relationnelle et économique de la famille. Cette étude ne postule pas la création d'une sanction familiale uniforme capable d'englober toutes les infractions familiales, tant ces dernières sont différentes dans leur nature et dans leurs effets. Elle œuvre cependant en faveur d'une réponse pénale consciente de l'existence du lien de famille et tournée vers l'augmentation des chances de sa préservation. Le maintien des liens familiaux est actuellement affiché comme un objectif recherché par la politique pénale, mais ne fait pas l'objet d'une prise en compte effective. L'atteinte de ce dessein nécessite d'identifier des lignes d'actions prioritaires favorables à la préservation de la structure et de la relation familiale à travers la réponse pénale. La sanction familiale mérite en ce sens d'être orientée vers l'instauration d'une réponse répressive familiale majoritairement détachée du caractère pécuniaire de la sanction (1) et prônant la subsidiarité de la mesure privative de liberté (2).

1. Une réponse pénale détachée du caractère pécuniaire de la sanction

813. - L'incarcération engendre une précarisation sociale et économique qui s'avère très délicate à supporter pour les familles. L'enfermement appauvrit les familles. Cette conséquence est encore plus néfaste pour celles qui évoluent déjà au sein d'un milieu précaire. Ces dernières perdent en effet souvent une source de revenus quand elles doivent pourvoir à des dépenses financières élevées pour se rendre physiquement sur le lieu de la privation de liberté et faire face au coût engendré par la vie quotidienne. La famille du proche incarcéré se trouve souvent directement atteinte dans son patrimoine. Matériellement incapable de subvenir aux besoins des siens, elle est parallèlement dans l'impossibilité de maintenir le lien de famille relationnel avec la personne privée de liberté et émerge doublement comme la

victime collatérale de l’incarcération. Ce constat peut inciter à plaider en faveur de l’évitement du prononcé de l’amende en matière d’infraction familiale. Cette proposition reste un des maillons de la chaîne des solutions à concrétiser pour lutter contre la paupérisation des familles de délinquants. Elle a cependant le mérite de réduire partiellement cette dernière. La difficulté qui en émane tient néanmoins au fait que si la chose est vraie pour les familles victimes d’une infraction familiale, pour lesquelles la resocialisation de l’auteur est particulièrement conditionnée par le maintien du lien, elle l’est tout autant en ce qui concerne les infractions de droit commun. Partant, il n’est pas certain que la différence de situation suffise à justifier une telle différence de traitement. Une vision réaliste appelle à prôner l’évitement de la sanction pécuniaire en matière familiale et à favoriser la particularisation de cette peine quand elle est indispensable. Si la peine d’amende reste peu opportune pour régler certains conflits familiaux, l’effet dissuasif qu’elle peut engendrer la rend parfois efficace. Quand elle ne peut être évitée, il devient nécessaire de mieux la personnaliser et de la motiver strictement, dans son principe comme dans son montant. Il est en effet très rare que la peine d’amende, cumulée ou non à une peine privative de liberté, ne rejaillisse pas négativement sur les ressources de la famille de la personne qui commet l’infraction. La poursuite logique du raisonnement opérerait alors pour la suppression globale de la sanction pécuniaire générale et non circonstanciée au contexte de l’infraction. La suppression de l’ensemble des sanctions pécuniaires de l’arsenal répressif semble cependant bien trop extrême. Elle aurait pour conséquence de vider la catégorie des peines contraventionnelles de l’intégralité de sa substance et supprimerait une sanction qui constitue souvent un palliatif bien utile au prononcé de peines plus sévères. La chose pourrait finalement se retourner contre les familles en faveur desquelles elle a été pensée.

814. - Un remède intermédiaire peut alors consister en un compromis qui s’écarte de la suppression de cette catégorie pour se tourner vers la personnalisation de son régime. Les peines, au titre desquelles figurent nécessairement les sanctions pécuniaires, peuvent d’ores et déjà être personnalisées²³³². Cette adaptation existe notamment à travers le prononcé de peines alternatives à la privation de liberté ou de modalités d’aménagement de cette dernière. L’exécution des peines en milieu ouvert ou semi-ouvert permet en effet au condamné de conserver un emploi et de pouvoir continuer à contribuer aux revenus de la famille tout en étant inclus dans un processus de réhabilitation sociale. Certaines peines complémentaires sont identiquement à même d’œuvrer pour le maintien du lien familial et de ne pas amoindrir les revenus de la famille, à l’instar du stage de responsabilité parentale²³³³ qui n’est pas nécessairement exécuté aux frais du condamné et qui accompagne ou remplace la peine

²³³² C. pén., art. 132-24.

²³³³ V. C. pén., art. 131-16 et C. pén., art. 131-35-1.

contraventionnelle²³³⁴. La personnalisation de la sanction peut également avoir lieu au moment du prononcé de la peine. La nouvelle mesure d'ajournement de la peine créée par la réforme pénale du 15 août 2014 prévoit à ce titre que « la juridiction peut ajourner le prononcé de la peine à l'égard d'une personne physique lorsqu'il apparaît nécessaire d'ordonner à son égard des investigations complémentaires sur sa personnalité ou sa situation matérielle, familiale et sociale, lesquelles peuvent être confiées au service pénitentiaire d'insertion et de probation ou à une personne morale habilitée »²³³⁵. La famille émerge désormais comme un critère prioritaire de personnalisation de la peine et comme un acteur privilégié du reclassement social de la personne condamnée. L'adaptation du montant de l'amende aux conditions de vie et aux ressources pécuniaires de la famille favorise le maintien du lien qui sert directement la réinsertion sociale et participe indirectement à la lutte contre la récidive. Si les outils permettant l'adaptation de la sanction pécuniaire à la condition familiale du condamné sont déjà présents au sein du dispositif répressif, leur utilisation mérite cependant d'être généralisée dans la pratique. La sanction pécuniaire doit en outre rester subsidiaire et n'intervenir qu'en dernier recours quand une réponse pénale permettant d'éviter la paupérisation de la famille peut lui être préférée. Le changement à l'œuvre dans la politique pénale doit par conséquent se concrétiser au niveau des mentalités et des pratiques judiciaires. La sanction la plus propice au maintien du lien de famille est finalement caractérisée par une réponse pénale circonstanciée à la condition financière de la famille ou étrangère à la sanction pécuniaire. Son efficacité ne se limite cependant pas à ce champ d'action et l'évitement du caractère pécuniaire de la sanction familiale nécessite d'être corroboré par une réponse pénale orientée vers la subsidiarité de la mesure privative de liberté.

2. Une réponse pénale orientée vers la subsidiarité de la mesure privative de liberté

815. - Qu'elle concerne la détention provisoire ou l'incarcération définitive, la privation de liberté entrave généralement la capacité de la famille à préserver les liens structurel et relationnel qui la fondent. Elle engendre en outre la précarisation familiale et demeure intrinsèquement incompatible avec le maintien du lien familial. Si les effets de l'enfermement sont paradoxaux et « ne se résument pas à l'échec ou à la rupture, puisque des liens se créent, d'autres se renforcent, la plupart se transforment »²³³⁶, la mutation carcérale s'oriente cependant majoritairement vers la défection du lien familial et entrave la possibilité de sa rénovation ou de sa création. Appréhender le maintien des liens de famille dans cette

²³³⁴ V. C. pén., art. 131-18.

²³³⁵ C. pén., art. 132-70-1.

²³³⁶ C. ROSTAING, « Préface », in C. TOURAUT, *La famille à l'épreuve de la prison*, PUF, coll. « Lien social », 2012.

perspective ne consiste pas à remettre en cause les origines et les justifications de l'existence de l'institution carcérale, mais propose de recommander son retrait pour le traitement de certaines infractions spécifiques, au rang desquelles figurent les infractions familiales. Ces dernières ont pour particularité de faire constater ou d'entraîner la brisure du lien structurel ou relationnel et l'incarcération n'apparaît pas à leur égard comme un « instrument privilégié de régulation et de traitement des troubles sociaux »²³³⁷. L'exécution de la peine en milieu ouvert semble dès lors la solution la plus appropriée à la resocialisation de l'auteur de l'infraction familiale quand la détention et la réinsertion restent encore trop souvent « des injonctions contradictoires »²³³⁸. Ce constat invite à aller au-delà de l'humanisation du milieu carcéral, qui montre ses limites, pour investir le champ de la libéralisation de la sanction familiale, entendue comme le processus qui consiste à l'affranchir de la privation de liberté.

816. - L'effet néfaste de l'enfermement se ressent en premier lieu sur les courtes peines privatives de liberté, pour lesquelles l'incarcération est bien plus pathogène qu'un traitement substitutif²³³⁹. La durée sommaire de la sanction empêche en effet la naissance du rôle rédempteur et réformateur de l'incarcération en même temps qu'elle entrave toute possibilité de resocialisation et engendre souvent des libérations sèches. La privation de liberté resserrée sur un temps succinct a dès lors pour unique conséquence de se limiter au choc physique et psychologique qu'elle provoque et de désocialiser l'auteur de l'infraction. Ce constat a mené à modifier la politique pénale dans le sens de l'évitement de ces peines et de leur remplacement par des sanctions alternatives. Ce mouvement de libéralisation a cependant fait face à une dynamique parallèle d'augmentation du prononcé des longues peines privatives de liberté. L'étude cumulée de ces deux procédés mène au constat de la dualisation des durées d'enfermement, qui conjugue « la diminution du nombre d'enfermements pour de courtes périodes et l'augmentation des enfermements de longue durée »²³⁴⁰. La réunion de ces mouvements contradictoires aboutit à une certaine uniformité qui rend ce phénomène presque imperceptible. Le résultat statistique est identique mais les causes divergent cependant. La chose inquiète surtout quand elle inclut l'allongement de la durée des peines privatives de liberté. Si les problèmes sont distincts, le remplacement des courtes peines par des sanctions alternatives peut nuancer la crainte globale. Le soulagement est néanmoins de courte durée car toutes les peines alternatives ne le sont pas réellement dans leur essence. Leur prononcé n'équivaut pas toujours à l'évitement d'une peine privative de liberté et il est des cas dans

²³³⁷ Ph. COMBESSIE, *Sociologie de la prison*, La Découverte, coll. « Repères », 3^e éd., 2009, p. 4.

²³³⁸ Gw. RICORDEAU, *Les détenus et leurs proches (...)*, *op. cit.*, p. 170.

²³³⁹ L'abolition des très courtes peines d'emprisonnement, qui sont souvent criminogènes ou inefficaces pour lutter contre la récidive, a par exemple été mise en œuvre par les législations suisse, allemande ou suédoise, qui rendent très exceptionnel le prononcé des peines privatives de liberté inférieures à six mois.

²³⁴⁰ Ph. COMBESSIE, *Sociologie de la prison*, *op. cit.*, p. 64.

lesquels elles existent à l'endroit où l'incarcération n'aurait pas été originellement envisagée. Dans ce dernier cas, les peines s'ajoutent finalement à l'arsenal existant alors qu'elles devraient en constituer une alternative. L'irrespect des obligations souvent associées à ces mesures peut en outre entraîner un retour à l'incarcération, qui peut parfois être plus sévère que la peine privative de liberté qui aurait été prononcée initialement²³⁴¹. Ces défaillances constituent des problématiques à ne pas négliger au sein de la mise en œuvre du traitement des infractions familiales.

817. - Le traitement répressif accordé aux infractions familiales doit tirer les enseignements de l'effet pathogène du prononcé des peines privatives de courte durée. Les conséquences néfastes de l'incarcération ne se situent cependant pas sur le même terrain causal. Si elles sont majoritairement dues à la limitation temporelle de l'enfermement dans le premier cas, elles deviennent imputables au rôle particulier accordé à la famille dans la socialisation dans le second cas. Parce que l'incarcération entrave cette proximité particulièrement nécessaire au traitement des infractions familiales, elle doit alors être évitée à l'encontre de ces dernières, qu'il s'agisse d'envisager des courtes peines privatives de liberté ou des peines de plus longue durée. La présente réflexion ne propose pas d'adhérer aux théories abolitionnistes de la prison au sein desquelles cette dernière manifeste l'échec du système pénal. Cette vision est en effet bien trop manichéenne et élude certaines réalités sociales. En ce qu'elle brise les liens sociaux et familiaux, l'incarcération mérite cependant d'être évitée dès qu'une peine substitutive peut lui être préférée, ce qui est particulièrement souhaitable à l'égard des infractions familiales. S'il ne peut confiner à l'absolu, l'évitement de la sanction pénale en général et de la peine privative de liberté en particulier doit être considéré comme une priorité à l'égard des infractions familiales²³⁴². La prison doit sortir du paradigme au sein duquel elle est pensée comme un remède aux difficultés engendrées par la précarité sociale quand le risque carcéral qu'elle engendre pour l'individu et la société est parfois bien plus important.

818. - La problématique de l'incarcération confrontée à l'infraction familiale met en lumière un effet à la fois constructif et destructif à l'égard de liens mis à l'épreuve, à la fois idéalisés, fantasmés, déconsidérés et désincarnés²³⁴³. La personne privée de liberté oscille entre un désinvestissement et un surinvestissement familial, et peine à trouver une stabilité

²³⁴¹ V. par ex. C. pén., art. 434-42 qui fait encourir deux ans d'emprisonnement et trente mille euros d'amende en cas de violation des obligations résultant de la peine de travail d'intérêt général prononcée à titre de peine principale ou de peine complémentaire.

²³⁴² Cette exclusion demeure en effet impossible pour les crimes familiaux les plus graves qui ne laissent pas de place à la restauration du lien de famille. V. *supra*, n° 728 et s.

²³⁴³ Le traitement subsidiaire et le renforcement du lien, qui sont proposés pour les infractions familiales constituant l'objet de cette étude, ont nécessairement vocation à s'étendre aux infractions de droit commun. À l'égard de celles-ci, il convient d'aborder la famille sous deux angles opposés en protégeant celle de la victime, tout en resocialisant l'auteur de l'infraction par l'intermédiaire de sa propre famille.

émotionnelle. Partant, « on peut se poser la question de l'intérêt qu'il y a à maintenir une institution dont on n'est pas sûr que le solde fonctionnel soit globalement positif »²³⁴⁴. La suppression de la peine carcérale reviendrait cependant à adhérer à la politique du pire quand celle du moindre mal peut être conservée et améliorée « dans le sens d'une plus grande visibilité de cette part d'ombre de la démocratie »²³⁴⁵. L'univers carcéral reste en effet caractérisé par une obscurité et un hermétisme particulier qui exacerbent les effets néfastes qu'il provoque. Ce constat invite à favoriser la mise en œuvre d'une politique pénale plus transparente, qui doit tenir compte du fait que « la première exigence à imposer au système répressif est d'être présent au cœur de la société, totalement visible de tous »²³⁴⁶. La mise en œuvre de sanctions ouvertes et libéralisées peut découler plus facilement de cette clarté puisque « cela suppose une justice qui s'efforce de rétablir les dialogues rompus, et des peines tournées vers la construction d'un avenir où chacun trouve sa place »²³⁴⁷.

819. - Le maintien du lien de famille revêt une importance primordiale pour la resocialisation de l'auteur d'une infraction familiale. Le traitement approprié de cette dernière à la conservation ou à la résurrection du lien de famille nécessite de conserver le principe du prononcé de la peine alternative à la privation de liberté et le caractère subsidiaire de l'incarcération en matière correctionnelle. Si le dispositif théorique existe, l'examen révèle cependant la faiblesse de son utilisation. Partant, il convient de renforcer la mise en œuvre pratique des règles gouvernant le prononcé des sanctions répressives. Porté à son paroxysme, le raisonnement peut aussi mener à réduire l'incarcération au rang d'exception en ce qui concerne l'infraction familiale criminelle qui ne s'oppose pas toujours au maintien du lien familial. La politique de traitement de l'infraction familiale doit se tourner vers l'objectif prioritaire de protection du lien de famille et être pensée en adéquation avec le caractère subsidiaire de la privation de liberté. La mise en place de ce régime se manifesterait concrètement à travers l'augmentation du recours aux mesures alternatives à l'incarcération qui fondent d'ores et déjà un arsenal théorique très fourni. La sanction familiale doit dès lors avoir pour particularité de s'effectuer en milieu ouvert ou semi-ouvert. Cette analyse ne saurait faire l'économie de la différence de nature qui existe entre les infractions familiales. Elle propose cependant d'inverser le paradigme sanctionnateur qui caractérise actuellement ces dernières afin de modifier les repères juridiques classiques.

820. - La mise en place de cette subsidiarité généralisée pourrait aboutir à ce que le prononcé d'une peine privative de liberté à l'encontre de l'auteur d'une infraction familiale soit soumis

²³⁴⁴ Ph. COMBESSIE, *Sociologie de la prison, op. cit.*, p. 110.

²³⁴⁵ *Ibid.*, p. 112.

²³⁴⁶ A. JACQUARD, *Un monde sans prisons ?*, Seuil, 1993, p. 204.

²³⁴⁷ *Ibid.*

à une motivation spécifique de la part du magistrat qui opère ce choix en matière correctionnelle²³⁴⁸ et à l'exigence d'une motivation de la part du jury en matière d'infraction familiale criminelle. L'état de récidive de l'auteur de l'infraction familiale ou la nature criminelle de cette dernière ne justifie en effet pas l'exclusion de la justification de l'enfermement quand celui-ci est néfaste au maintien des liens familiaux, particulièrement nécessaires à la resocialisation de l'auteur. Si cette exigence est délicate à l'heure où les juridictions ne cessent d'affirmer leur indépendance et restent réticentes au contrôle des motivations de leurs décisions, souvent très larges, elle ne paraît cependant pas insensée au regard de l'importance occupée par la sauvegarde du lien de famille dans la réussite des objectifs répressifs. L'accroissement de la liberté du condamné aurait pour conséquence inversée la restriction de celle de l'institution répressive qui le condamne. Cette contradiction devient toutefois acceptable quand le processus est destiné à favoriser la réinsertion sociale des auteurs d'infractions familiales. La politique sanctionnatrice accordée à la criminalité familiale doit se fonder sur la dialectique de l'échange entre l'auteur et sa victime dans le but de « favoriser et renforcer les modes de contrôle sociaux informels ou plus doux, les modes de gestion des problèmes par la médiation, l'organisation de rencontres entre auteurs d'infractions et victimes visant toujours à dédramatiser, mettre en place des réparations, expliquer, faire comprendre »²³⁴⁹. La réponse pénale apportée aux infractions familiales doit finalement s'orienter vers la substitution d'une justice négociée par la famille à celle qui lui est imposée et doit s'inscrire davantage dans la gestion d'un ordre social que dans celle d'un ordre juridique. Quand il constitue une peine principale ou complémentaire, le stage de responsabilité parentale peut alors occuper une place de premier ordre dans l'adaptation de la réponse pénale aux carences éducatives des parents. Cette sanction vise à rappeler à ces derniers les obligations juridiques, économiques, sociales et morales qu'implique l'éducation d'un enfant²³⁵⁰. Elle souffre cependant d'un manque de moyens humains et financiers, et reste malheureusement largement inappliquée. L'accroissement de son utilisation permettrait alors d'entrer dans une démarche éducative et constructive adaptée au contexte familial de l'infraction. Cette mesure doit également être développée en tant qu'alternative aux poursuites. La dynamique libérale doit être appréhendée comme une réponse systémique à la criminalité familiale et ne peut se contenter du domaine de la sanction. Afin d'être complète, cette ouverture doit en effet s'étendre au seuil de la procédure répressive et affecter la mise en œuvre de mesures alternatives aux poursuites, au titre desquelles la médiation pénale à caractère familial suscite un intérêt particulier.

²³⁴⁸ V. les dispositions de C. pén., 132-19, al. 2 qui restreignent la motivation des peines d'emprisonnement sans sursis en matière correctionnelle aux cas dans lesquels l'auteur de l'infraction n'est pas en état de récidive légale.

²³⁴⁹ A. JACQUARD, *Un monde sans prisons ?*, op. cit., p. 70.

²³⁵⁰ V. *supra*, n° 434.

B. Une procédure de traitement adaptée aux particularités de l'infraction familiale

821. - La médiation se rapporte à un « mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de leur imposer comme décision juridictionnelle, à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique »²³⁵¹. Plus généralement considérée comme « tout mode informel de résolution par un tiers des conflits qui auraient dû *a priori* être résolus dans les formes par un juge de l'espèce traditionnelle »²³⁵², la médiation se caractérise par une dimension collective et peut concerner l'entité familiale. Dans cette acception, elle lui appartient ou lui est destinée, et cette entremise consiste à faire parvenir deux protagonistes de la même famille ayant un différend à un accord commun. Le procédé prend une tournure particulière quand le différend en présence se rapporte à une infraction pénale. La nature spécifique de l'acte infractionnel aboutit en effet nécessairement à un déséquilibre entre l'auteur et sa victime puisque « l'infraction s'inscrit dans une relation préexistante et qui bien souvent perdurera au-delà de la réponse pénale »²³⁵³. Ces deux protagonistes peuvent par conséquent difficilement évoluer dans un rapport égalitaire, ce qui est pourtant nécessaire à la réussite de la médiation. La médiation pénale ne constitue pas une sanction alternative à l'incarcération, mais intervient au stade initial de la procédure en tant que mesure alternative au déclenchement des poursuites pénales²³⁵⁴. La réussite de cette mesure aboutit à un classement sans suite de l'affaire quand son échec ou son irrespect peut engendrer le déclenchement des poursuites. Sa mise en œuvre permet de réparer le dommage subi par la victime et de mettre fin au trouble résultant de l'infraction, tout en contribuant au reclassement de l'auteur des faits.

822. - En tant qu'« instrument de politique criminelle »²³⁵⁵, la médiation pénale peut être mise en œuvre par le ministère public chaque fois que cette autorité estime « qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits »²³⁵⁶. Cette mesure peut être proposée par le ministère public à la victime de l'infraction, mais ne

²³⁵¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V^o « Médiation », 1^{re} acception, p. 647.

²³⁵² J. CARBONNIER, « Réflexions sur la médiation », in *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992, p. 11.

²³⁵³ Cl. LIENHARD et J.-P. COPIN, « Médiation pénale familiale : un mode alternatif au contentieux pénal familial », *AJ famille*, 2002, p. 254.

²³⁵⁴ V. en ce sens C. proc. pén., art. 41-1, 5^o.

²³⁵⁵ Chr. LAZERGES, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC*, 1997, p. 187.

²³⁵⁶ C. proc. pén., art. 41-1, al. 1^{er}.

peut jamais lui être imposée²³⁵⁷. La victime peut aussi directement demander à ce qu'il soit procédé à une médiation. Cette demande expresse est d'ailleurs obligatoire si elle concerne des violences qui « ont été commises par le conjoint ou l'ancien conjoint de la victime, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son ancien partenaire, son concubin ou son ancien concubin »²³⁵⁸, étant précisé qu'il ne pourra être procédé à une autre mission de médiation si les mêmes personnes commettent une nouvelle fois des violences. Cette disposition spécifique provient du fait que la victime est présumée ne pas consentir à la médiation pénale dans le cas où elle saisit le juge aux affaires familiales pour bénéficier d'une ordonnance de protection dans le cadre de la commission de violences conjugales²³⁵⁹.

823. - Lorsque le ministère public a connaissance de la perpétration d'une infraction familiale, il se contente généralement de mettre en œuvre la médiation à l'égard des infractions qui présentent une gravité relative, à l'image des atteintes aux biens, des atteintes à l'autorité parentale ou des injures, menaces et violences légères. Même si elles sont d'une moindre gravité ou constituent des violences psychologiques, ces dernières devraient bénéficier de la procédure dérogatoire réservée aux violences conjugales quand elles se commettent dans le cadre d'un couple actuel ou défait. La médiation pénale peut cependant constituer une réponse adaptée à leur traitement à partir du moment où la victime désire se reconstruire à travers le dialogue et la compréhension. La méfiance qui entoure la mise en œuvre de cette alternative aux poursuites répressives dans le cadre des violences conjugales manifeste cependant l'attachement des politiques pénales à l'exclusion du lien de famille quand l'infraction se commet dans ce contexte particulier²³⁶⁰. La victime qui bénéficie initialement d'une ordonnance de protection peut cependant s'orienter postérieurement vers une justice négociée au sein de laquelle elle occupe un rôle actif. Le conditionnement de la médiation à sa demande expresse et son interdiction en cas de récidive traduisent dès lors une méfiance légitime eu égard à la nature des actes perpétrés. Cette suspicion ne doit toutefois pas entraver la mise en œuvre pratique de la médiation par des autorités qui agissent trop

²³⁵⁷ Avant la réforme du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, la mesure était subordonnée à l'accord des deux parties. L'auteur de l'infraction a cependant été exclu de cet assentiment puisque la mesure alternative est par définition davantage conforme à ses intérêts.

²³⁵⁸ C. proc. pén., art. 41-1, 5°.

²³⁵⁹ V. en ce sens L. n° 2010-769 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* n° 0158 du 10 juillet 2010, p. 12762, art. 30.

²³⁶⁰ V. *supra*, n° 729 et s.

souvent en vue de l'exclusion du lien. La volonté libre et consciente de la victime qui s'exprime dans le sens de son maintien doit alors être particulièrement considérée²³⁶¹.

824. - La prise en compte de la volonté de la victime n'est cependant pas automatique et il est encore de nombreux cas dans lesquels la victime refuse le bénéfice de la médiation ou pour lesquels un accord ne parvient jamais à être trouvé. Les poursuites demeurent donc majoritairement déclenchées suite à la commission d'une infraction familiale de moindre gravité à l'endroit où leur évitement permet de favoriser la resocialisation de l'auteur et la reconstruction de la victime. La présente étude propose en effet d'étendre l'utilisation de la médiation pénale à caractère familial à la majorité des infractions familiales qui ne portent pas une atteinte grave à l'intégrité psychique, physique ou sexuelle de la victime majeure ou mineure. En marge de l'évitement du prononcé de la peine privative de liberté une fois que les poursuites sont déclenchées, cette recherche défend le contournement de la répression par une politique d'action publique spécifique à l'égard des infractions familiales les moins graves.

825. - La politique d'action publique réservée aux infractions familiales qui portent atteinte au lien de famille structurel ou aux manifestations obligationnelles du lien de famille relationnel mérite d'être orientée vers la proposition systématique de médiations à la victime. L'efficacité du traitement des infractions familiales précédemment décrites peut se concrétiser dans une dialectique alliant la responsabilisation de l'auteur et la reconstruction thérapeutique de la victime. Sa réalisation, qui propose de restaurer l'équilibre originel modifié par l'infraction, suppose cependant une rupture relative du lien familial et du rapport qui existaient initialement entre l'auteur et sa victime. La volonté de cette dernière doit être orientée vers sa propre reconstruction et vers l'intégration de la resocialisation de l'auteur dans ce processus. La réussite de la médiation est en effet conditionnée par la rémission et l'indulgence dont la victime fait preuve quand elle conserve une capacité de discussion et de compréhension. L'échange doit être tourné vers l'avenir et satisfaire aux besoins de chacun de ses protagonistes puisque « la réparation morale souhaitée par la victime connaît un début de réalisation dans le dialogue avec l'agresseur »²³⁶². La médiation qui se réalise au sein de cette optique peut finalement constituer un remède constructif à l'inefficacité du cercle vicieux dans lequel s'inscrivent la sanction pénale et la délinquance, et plus particulièrement l'incarcération et la récidive.

²³⁶¹ Toute la difficulté réside alors dans la preuve de la liberté du consentement de la victime. Le caractère familial de l'infraction risque au surplus de provoquer une suspicion qui doit mener à une prise en compte particularisée de chaque situation.

²³⁶² A. JACQUARD, *Un monde sans prisons ?*, op. cit., p. 206.

826. - L'amplification du recours à la médiation dans le cadre des infractions familiales existe comme une nécessité à l'heure où les affaires traitées concernant le droit pénal et la famille restent minoritaires²³⁶³, et où « l'évolution de nos mœurs pousse les individus à rechercher des solutions consensuelles, négociées, apaisantes, aux conflits familiaux dans l'espoir de limiter les traumatismes imposés aux enfants par des parents qui se déchirent »²³⁶⁴. L'accroissement peut résulter de la mise en place d'une véritable politique de sensibilisation judiciaire et familiale aux bienfaits de cette procédure. L'information des familles peut aussi être corroborée par l'instauration de thérapies familiales dans et hors de la détention. L'accompagnement thérapeutique de l'ensemble des membres de la famille permettrait en effet la mise en œuvre de stratégies de restauration du lien de famille incluant l'auteur et la victime de l'infraction. Si certaines familles se désagrègent inéluctablement suite à la perpétration de l'infraction et que d'autres se reconstruisent en excluant l'auteur de cette dernière, la mise en œuvre de ces procédures complémentaires permettrait de les confronter à une réalité de laquelle elles peuvent s'émanciper. Le raisonnement participe en un sens à l'idée de justice restaurative qui, « par la continuité des principes fondamentaux du procès pénal qu'elle promeut et les promesses d'une considération accrue de l'ensemble des personnes concernées par le conflit de nature criminelle, peut conduire en ce sens à une rupture épistémologique essentielle en pénologie »²³⁶⁵. Ce changement est désormais consacré par le code de procédure pénale qui dispose qu'« à l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative »²³⁶⁶. Cette dernière s'entend de « toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission »²³⁶⁷. L'esprit de la justice négociée s'écarte cependant de notre procédure répressive traditionnelle et peine à s'inscrire dans les mentalités. Si la justice restaurative semble particulièrement propice à enserrer le traitement des infractions familiales, son essence demeure un obstacle épistémologique à l'encontre duquel il convient de lutter.

²³⁶³ V. en ce sens les statistiques rapportées par Chr. LAZERGES, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *art. préc.*, qui chiffrent cette catégorie à 30 % de l'ensemble des médiations. Les médiations sont quant à elles intégrées dans la catégorie résiduelle des sanctions exclusives de l'emprisonnement et de l'amende qui ne représentent que 1,56 % des sanctions prononcées dans le cadre des atteintes à la famille. V. *Annuaire statistique de la Justice*, 2011-2012, p. 173.

²³⁶⁴ J. COPPER-ROYER, « La médiation alternative à la solution contentieuse des litiges familiaux », *Gaz. Pal.*, 1989, 1, doct. p. 49.

²³⁶⁵ R. CARIO, « Les victimes et la Justice restaurative », in P. ZEN-RUFFINEN, *Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de P.-H. BOLLE*, Helbing and Lichtenhahn, 2006, p. 529.

²³⁶⁶ C. pén., art. 10-1, al. 1^{er}.

²³⁶⁷ C. pén., art. 10-1, al. 2.

827. - Si elle n'a pas nécessairement vocation à englober l'intégralité du traitement des infractions, la justice restaurative qui œuvre simultanément vers la resocialisation de l'infacteur, la reconstruction de la victime et le rétablissement de la paix sociale, est particulièrement propice à encadrer la gestion de la plupart des infractions familiales au sujet desquelles elle révèle l'« urgence de l'évolution de notre système de justice pénale »²³⁶⁸. Cette recherche confronte la philosophie restaurative aux infractions familiales et propose de généraliser les perspectives offertes par la médiation à l'endroit où la tenue d'un procès est nécessairement réductrice. La globalisation recherchée peut être atteinte par l'extension de la médiation pénale à tous les stades de la procédure en érigeant la victime en acteur principal de la gestion de l'acte infractionnel. La médiation pénale ne serait plus restreinte à son statut d'alternative aux poursuites, mais aurait vocation à enserrer la globalité de la réponse pénale et deviendrait un outil fondamental de justice restaurative. Loin d'adhérer à l'idéologie victimaire ou à la privatisation de la justice pénale²³⁶⁹, cette préconisation a pour objet la restauration du lien social et propose d'appréhender la criminalité familiale dans une optique systémique. Cette dernière favorise la resocialisation de l'auteur de l'infraction familiale et la reconstruction de sa victime tout en permettant de lutter contre la récidive et de diminuer la surpopulation carcérale afin de servir parallèlement la réinsertion sociale.

²³⁶⁸ R. CARIO, « Les victimes et la Justice restaurative », *art. préc.*

²³⁶⁹ Les mesures alternatives aux poursuites évoluent en effet au détriment de la judiciarisation des troubles à l'ordre public. V. en ce sens X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *RSC*, 2002, p. 245.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

828. - Rapportée à la réponse pénale, la déconsidération du lien de famille se manifeste comme un obstacle à l'efficacité de la répression. Cette entrave s'exprime à travers la déconsidération du rôle occupé par le lien familial au sein de la sanction pénale. La famille constitue une pièce maîtresse de la régulation des conduites sociales et œuvre en faveur de la préservation des conduites criminelles. Le maintien des liens qu'elle engendre émerge donc comme un critère primordial de socialisation. La sanction pénale doit être pensée en adéquation avec la préservation du lien de famille afin de pouvoir œuvrer en faveur de la réinsertion du condamné et de la lutte contre la récidive. Quand il manque de considération pour l'objet familial, le droit répressif entrave sa propre efficacité. La coercition inhérente au milieu carcéral fait cependant obstacle au maintien des liens familiaux. Si la prison s'humanise et s'ouvre sur l'extérieur, la privation de liberté et la préservation des liens de famille structurel et relationnel restent souvent des objectifs inconciliables.

829. - La famille confrontée à l'incarcération de l'un de ses proches devient une victime collatérale²³⁷⁰. Cette rencontre est complexe quand « la barrière de la prison est ambivalente puisqu'elle peut aussi bien rapprocher les familles que les séparer »²³⁷¹. L'institution familiale est fragilisée par la privation de liberté qui entrave nécessairement la survie de ses composantes. L'incarcération affaiblit les ressources économiques de la famille et fait obstacle à la continuité physique de la vie familiale. Le monde carcéral contredit également le maintien des relations affectives des membres de la famille et produit des effets psychologiques néfastes pour la personne enfermée et ses proches. L'incarcération contribue à créer une précarité financière et affective défavorable à la préservation du lien familial et « les familles de détenus constituent une zone d'ombre persistante à la périphérie des institutions carcérales »²³⁷². Partant, « la question des liens familiaux place l'institution carcérale dans une posture paradoxale : alors que la prison produit une rupture physique entre les détenus et leurs proches, elle est contrainte de créer des espaces et d'offrir des temps de continuité entre la vie en détention et la vie familiale afin de préserver les acteurs d'une rupture affective »²³⁷³. L'incarcération influence négativement le maintien des liens qui unissent les protagonistes de la famille et affecte tant le lien de couple que la relation parentale. La confrontation de

²³⁷⁰ Cette qualité est notamment prise en compte par le droit de l'Union européenne qui œuvre pour le renforcement des droits fondamentaux et procéduraux des victimes et des membres de leur famille qui doivent recevoir des informations, un soutien et une protection spécifique. V. la Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.

²³⁷¹ P. DARBÉDA, « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe », *art. préc.*, spéc. p. 598.

²³⁷² C. TOURAUT, *La famille à l'épreuve de la prison*, *op. cit.*, p. 3.

²³⁷³ M. ROGER, « Les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail », *art. préc.*, spéc. p. 177.

l'enfant avec le milieu carcéral dans lequel évolue son parent engendre des problématiques qui nécessitent un traitement spécifique quant aux infrastructures et à l'accompagnement social et thérapeutique. Les lieux de privation de liberté ne disposent malheureusement pas toujours des moyens nécessaires pour assurer efficacement la perpétuation de ces relations. Il est malgré tout primordial d'œuvrer davantage dans le sens du maintien du lien de couple et de la relation parentale, indispensable à l'amélioration des conditions qui entourent le temps carcéral.

830. - La famille joue un double rôle et émerge parallèlement comme un acteur privilégié de reclassement social pour la personne privée de liberté. Sa fonction socialisatrice est cependant mise en défaut par le prononcé de la peine privative de liberté. Le lien familial manifeste une double utilité : outil indispensable à la socialisation carcérale, il bénéficie également au bon déroulement du moment de la libération et à la réinsertion sociale du condamné. La présence de la famille contribue à lui attribuer un rôle actif par l'intermédiaire duquel il devient acteur de son incarcération. L'extension du temps de privation de liberté peut cependant annihiler les effets bénéfiques de la famille. Les rencontres avec cette dernière peuvent être vécues difficilement par le détenu quand elles sont trop espacées dans le temps et le retour entre les murs contribue à la répétition du choc carcéral qui est chaque fois plus difficile à supporter. Par l'intermédiaire des visites aux parloirs ou en unités de vie familiale, et à travers l'octroi de permissions de sortir ou de libérations conditionnelles, le droit carcéral s'efforce de concilier le maintien des liens familiaux avec la coercition. Ces procédures souffrent cependant de nombreux défauts fonctionnels ou conjoncturels à la situation du détenu pour qui l'incarcération s'oppose globalement à la possibilité de sauvegarde ou de reconstruction du lien de famille.

831. - Humanisée et orientée vers la juridicisation du monde carcéral, la peine privative de liberté reste malgré tout inopportune et impropre à assurer efficacement le maintien du lien de famille. Au lieu de se confronter à l'incarcération, la resocialisation familiale peut être confortée par la mise en place de mesures alternatives à la privation de liberté. Cet objectif est essentiel à l'égard du traitement procédural à accorder aux infractions familiales qui se commettent dans et par la famille. Le maintien du lien de famille conditionne tout particulièrement la resocialisation de l'auteur de ces dernières et devient parfois nécessaire à la reconstruction de la victime. La perpétuation de la relation familiale émerge paradoxalement comme un critère indispensable à la restauration de l'identité sociale de l'auteur et de la victime. Le contexte spécifique dans lequel se produit l'infraction familiale invite à plaider en faveur de l'instauration d'une procédure de traitement adaptée à ses propriétés.

832. - La politique sanctionnatrice accordée aux infractions familiales peut passer par la création d'une sanction à caractère familial. La peine familiale que cette recherche propose de considérer ne se rapporte pas à une sanction spécifique préétablie ayant vocation à enserrer l'intégralité des infractions familiales. Un tel dispositif confinerait à l'absurdité tant ces dernières diffèrent dans leur nature et dans leurs conséquences. La peine familiale véhicule à l'inverse un paradigme particulier dans lequel la sanction doit être pensée en adéquation avec le caractère familial de l'infraction. Cette dénomination désigne par emphase la sanction qui tient compte du rôle particulier occupé par le lien de famille dans le traitement de l'infraction familiale et qui se conforme à des critères spécifiques. La sanction familiale est en premier lieu celle qui contribue à une réponse pénale détachée du caractère pécuniaire de la sanction²³⁷⁴. La sanction familiale est en second lieu celle qui tire les enseignements du caractère pathogène et criminogène de l'enfermement, et est orientée vers la subsidiarité de la mesure privative de liberté. La réponse pénale attribuée aux infractions familiales, traditionnellement tournée vers le rejet du lien de famille, mérite d'être pensée au sein d'une dualité qui tient compte de leur gravité et d'être particularisée en fonction de la nature de l'infraction familiale à laquelle elle répond. Si la réponse pénale apportée aux infractions familiales les plus graves a naturellement vocation à s'orienter vers le rejet du lien de famille, cette exclusion n'est cependant pas absolue et doit composer avec la volonté de la victime et du reste de la famille. À l'inverse, la réponse pénale apportée aux infractions familiales qui présentent une moindre gravité doit nécessairement se tourner vers l'inclusion du lien de famille et vers l'instauration d'une peine à caractère familial²³⁷⁵.

833. - L'instauration de mesures alternatives ne se restreint pas au domaine de la sanction. Dans une optique systémique, elle peut englober l'intégralité de la procédure pénale en se rapportant aux mesures alternatives au déclenchement des poursuites répressives. La mise à l'écart des poursuites pénales peut notamment être réalisée à travers le développement de la médiation pénale à caractère familial qui reste entièrement conditionnée à la volonté de la victime de l'infraction. La médiation accorde une place prioritaire à la reconstruction du lien de famille et s'inscrit dans l'esprit de la justice restaurative qui a pour particularité de privilégier à la fois la réinsertion de l'auteur, la reconstruction de la victime et le maintien de la paix sociale. Les infractions qui ont trait au lien de famille structurel ou à la sphère obligationnelle du lien de famille relationnel sont particulièrement propices à un traitement détaché de l'incarcération. Ce renoncement est cependant plus délicat pour celles qui portent

²³⁷⁴ Cette préconisation procède de l'évidence selon laquelle la peine financière amplifie encore la paupérisation économique de familles évoluant souvent déjà dans un contexte environnemental précaire et entrave les déplacements géographiques susceptibles de contribuer au maintien du lien de famille.

²³⁷⁵ La peine à caractère familial peut être entendue comme celle qui se rapporte à la sanction prononcée en pleine conscience des potentialités socialisatrices de la famille et qui privilégie l'alternative à l'incarcération en excluant l'amende.

atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'un membre de la famille et devient pratiquement impossible quand elle inclut l'intégrité sexuelle ou une victime mineure. Le traitement des infractions familiales ne doit pas être unitaire. Il peut néanmoins être harmonieux et orienté vers le respect d'axes prioritaires au titre desquels figure notamment la subsidiarité de l'enfermement face à la primauté de l'alternative ouverte.

834. - Cette recherche propose en définitive de constater les propriétés originales qui caractérisent les infractions familiales et de leur accorder une procédure de traitement différenciée qui affecte tant la nature de la sanction que le choix initial du mode de traitement. Le traitement répressif qui s'oriente vers la prise en compte du lien de famille et le caractère subsidiaire de la privation de liberté a par ailleurs vocation à s'étendre aux infractions extrafamiliales. Il s'agit donc moins de modifier l'arsenal répressif existant, qui semble propice à une gestion procédurale circonstanciée au caractère familial de l'infraction, que d'orienter la politique criminelle en faveur du choix de certains outils. Le caractère subsidiaire de l'incarcération mérite également d'être étendu à l'ensemble des infractions familiales qui le justifient et de ne pas être automatiquement restreint à la matière correctionnelle. Cette politique circonstanciée ne constitue cependant pas un absolu et reste susceptible de varier en fonction des acteurs étatiques et des protagonistes individuels. Si les très courtes peines privatives de liberté méritent presque exclusivement d'être écartées du système répressif, les mesures alternatives aux poursuites ou les peines familiales subsidiaires à l'incarcération et à l'amende ne peuvent pas s'étendre à l'intégralité des infractions familiales. Il demeure une catégorie résiduelle de ces comportements qui empêche la restauration ou le maintien du lien de famille. La gravité sociale particulière qui caractérise les infractions familiales portant atteinte à l'intégrité psychique, physique ou sexuelle du membre de la famille annihile souvent ces possibilités et reste sujette à un traitement répressif orienté vers la punition de l'auteur et l'endigement de sa dangerosité. Cet objectif est particulièrement manifeste quand la victime de l'infraction est un mineur qui peut être inscrit dans un lien de parenté avec son auteur. Le traitement qui privilégie l'alternative à la répression ou la sanction familiale reste en définitive un idéal à promouvoir au sujet des infractions familiales tant que la gravité de ces dernières n'anéantit pas ces possibilités.

CONCLUSION DU TITRE II

835. - La négation du lien de famille fait illégitimement obstacle à l'efficacité de la répression. Le défaut de considération dont souffre le lien familial s'étend à l'ensemble de la répression et se manifeste tant au sujet de l'acte infractionnel qu'à l'égard de sa sanction. Rapportée à la norme pénale, la notion d'efficacité s'émancipe de la technique d'évaluation pour devenir un révélateur de la capacité d'adaptabilité du droit. L'environnement familial occupe une place particulière quand la norme répressive qui le saisit doit s'adapter à ses spécificités et ne peut se contenter de satisfaire aux conditions qui forgent généralement l'efficacité du droit pénal. La norme pénale familiale efficace est celle qui est circonscrite et adaptée aux propriétés de l'infraction familiale qu'elle définit et qu'elle réprime.

836. - À travers ses composantes structurelle et relationnelle, la famille émerge comme une institution naturellement régulatrice des conduites sociales et formatrice de la personnalité individuelle. Le lien familial qui en émane œuvre cumulativement à l'harmonie de la famille et de l'ordre social en participant à la préservation et à l'endiguement de la commission des infractions. La négation du lien de famille qui transparaît à travers l'étude des dispositions répressives se présente alors comme une discordance inapte à atteindre cet impératif. En négligeant les spécificités familiales, le droit pénal agit finalement à l'encontre de ses propres finalités et fonde son inefficacité. L'indifférence du droit répressif se pose en conformité avec le caractère subsidiaire du lien de famille qui fonde la répression. La famille reste considérée comme une valeur sociale digne de protection subsidiaire et comme un fondement accessoire de l'application du droit pénal. Elle assiste dans le même temps à la négligence du rôle qu'elle occupe dans l'efficacité répressive. Le droit répressif semble se détourner de la particularisation que devrait entraîner l'existence de la famille sur la conception et l'application des normes qui la concernent.

837. - Le droit répressif néglige en premier lieu le rôle naturel que peut occuper la famille au sein du processus de création de l'infraction. La production de cette dernière peut alternativement se rapporter à la conception intellectuelle de la norme pénale familiale ou à sa concrétisation pratique, détachée du prononcé de la sanction qui l'accompagne. Le droit répressif exclut le lien familial de l'intégralité de cette dynamique : écarté de la réflexion intellectuelle aboutissant à la rédaction de la norme, il est également évincé de l'étude du contexte pratique des circonstances menant à son respect ou à sa transgression. Ce rejet s'avère néfaste pour la matière répressive qui mériterait de considérer la présence et les spécificités du lien de famille pour parvenir à s'appliquer efficacement. Confronté à l'acte infractionnel, la famille doit successivement être prise en compte en tant qu'objet naturellement destiné à influencer les prémices de l'infraction et à en orienter les conséquences

procédurales. Si la famille peut exceptionnellement devenir promotrice de criminalité, sa propension naturelle la pousse à agir vers l'endiguement de cette dernière. Le droit répressif ignore malheureusement trop souvent les effets anticriminogènes de la prise en compte du contexte familial dans la création de ses normes et en fait l'objet d'une conviction très limitée quand il est question de l'inclusion de la famille dans la recherche de la vérité judiciaire au sein de laquelle la méfiance supplante souvent la confiance qui devrait lui être accordée.

838. - La négation dont le droit répressif fait preuve à l'égard du lien familial se manifeste en second lieu au sujet de la sanction pénale. Confrontée à la dimension pratique de l'infraction, le défaut de reconnaissance dont souffre le lien de famille le transforme en obstacle pratique à l'efficacité de la répression alors qu'il pourrait en être un facteur. Le droit répressif néglige le rôle fondamental que peut occuper la famille au sein de la politique d'exécution de la sanction. Cette déconsidération est malheureuse puisque la répression qui se détache de l'objet familial auquel elle se confronte factuellement entrave sa propre efficacité. Le maintien des liens familiaux constitue un facteur opérant et primordial de socialisation et mérite à ce titre d'avoir une influence particulière dans le choix de la sanction à attribuer aux infractions, notamment quand ces dernières revêtent une dimension familiale. Le prononcé de la sanction doit être pensé en adéquation avec l'objectif de continuité ou de reconstruction du lien de famille afin de privilégier la réinsertion de l'auteur de l'infraction et de limiter les risques de récidive. L'inclusion de la dimension familiale de l'infraction dans le prononcé et l'application de la sanction pénale œuvre dans une dynamique simultanément active et proactive. Cet objectif se trouve néanmoins entravé par la peine privative de liberté qui s'oppose naturellement à la perpétuation des liens de famille structurel et relationnel. Le constat des effets néfastes de la privation de liberté sur le maintien des liens nécessaires à l'efficacité de la répression amène finalement à plaider en faveur de la sortie du domaine carcéral.

839. - Cette recommandation a particulièrement vocation à s'appliquer à la sanction des infractions familiales pour le traitement desquelles le maintien du lien de famille s'avère primordial. L'amende et la peine privative de liberté doivent revêtir un caractère subsidiaire quand elles mettent en défaut la fonction socialisante de la famille. La politique sanctionnatrice accordée aux infractions familiales mérite de s'orienter vers la primauté de la peine familiale, qui consiste à sanctionner ces comportements en adéquation avec les propriétés accordées au lien de famille. Le prononcé de sanctions alternatives peut être étendu au stade liminaire de la procédure pénale pour privilégier la mise en œuvre de mesures alternatives à la poursuite de l'infraction familiale. La médiation pénale à caractère familial est à cette fin particulièrement propice à participer au processus de restauration dans lequel doit entrer la réponse pénale attribuée à l'infraction familiale.

840. - L'analyse cumulée des manifestations de l'obstacle que constitue la négation du lien de famille pour l'efficacité de la répression au sein de la création de l'infraction, de sa poursuite, du choix et de l'application de sa sanction invite à formuler plusieurs observations. La répression des infractions familiales ne saurait être cohérente si elle maintient l'indifférence dont elle fait actuellement preuve envers les particularités du contexte qui les caractérise et si elle continue d'éluder le rôle fondamental de la famille dans la resocialisation et la lutte contre la récidive. L'efficacité de la répression souffre actuellement du désintérêt qu'elle manifeste à l'encontre de l'objet familial. Ce détachement est paradoxal quand le maintien du lien de famille constitue la clef de l'efficacité de la gestion des infractions familiales. La politique répressive gagnerait en ce sens à réinstaurer la famille et les enjeux qu'elle suscite dans l'intégralité du processus de création et d'application de la norme pénale familiale. Le maintien du lien de famille dans la répression émerge comme un facteur de santé publique et de stabilité sociale. Dans cette optique, le lien familial doit être pris en compte par les politiques publiques de gestion des comportements infractionnels qui se rapportent à la famille. Si une sanction unique ne peut s'adapter à toutes les infractions familiales, l'adaptation du traitement de ces dernières à leur caractère spécifique est possible.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

841. - Le lien familial confronté à la répression laisse transparaître un double visage. En marge du fondement accessoire qu'il constitue pour la répression, il entrave cette dernière. L'obstacle que ce lien représente pour le droit pénal se manifeste également au sein d'une dichotomie contradictoire : la prise en compte de la famille fait obstacle à l'effectivité de la répression quand sa négation entrave l'efficacité de cette dernière. Si la conséquence est identique, elle diffère dans ses fondements. L'obstacle familial émerge simultanément d'une prise en considération légitime et d'une indifférence illégitime du droit pénal envers le lien de famille. L'obstacle résulte de l'existence de la famille dans le premier cas tandis qu'il est dû à la façon dont elle est appréhendée dans le second cas. Obstacle à l'effectivité ou à l'efficacité de la répression, selon qu'il est respectivement considéré ou ignoré, le lien familial se trouve aux confins de deux attitudes opposées. Cette discordance n'est pas exempte d'incohérences. Si le premier de ces comportements privilégie la sauvegarde de la paix familiale et de la cohésion sociale, le second semble au contraire opérer à l'encontre de ces objectifs.

842. - Lorsque la présence du lien de famille aboutit au retrait de la répression, il fait obstacle à son effectivité, cette dernière étant considérée comme sa capacité à s'appliquer de façon tangible. L'analyse du rôle occupé par le lien familial dans le retrait de l'application de la répression affiche une double fonction à travers laquelle il opère alternativement comme un obstacle moral à l'existence de l'infraction ou comme un obstacle matériel à sa poursuite. Qu'il se manifeste à travers l'une ou l'autre de ces situations, le lien de famille entraîne chaque fois l'absence de mise en œuvre de la répression. Ce repli n'est cependant pas imputable aux mêmes causes : la solidarité familiale fonde les immunités d'ordre moral alors que l'existence des immunités d'ordre matériel et l'exigence de la plainte préalable de la victime sont essentiellement dues à des considérations sociales. L'immunité familiale affective émerge comme un fondement globalement harmonieux du retrait répressif qu'elle engendre. L'indétermination de son régime juridique suscite de nombreuses controverses qui révèlent le déplacement contemporain de ses fondements.

843. - L'analyse du lien de famille qui entrave matériellement l'application de la répression révèle une complexité puisqu'il se manifeste à travers deux domaines distincts : une entrave au déclenchement de l'action publique alternativement obligatoire ou optionnelle. Cet empêchement se manifeste à travers l'immunité familiale d'ordre patrimonial dans le premier cas et laisse émerger la question du rôle à accorder à la plainte préalable de la victime dans le second cas. Le régime juridique de cette immunité reste cependant largement controversé et la plainte de la victime, qui peut être considérée comme une alternative cohérente, constitue

désormais une entrave résiduelle à l'application de la répression. La prise en compte du lien familial comme entrave à l'application de la répression révèle finalement une instabilité et un manque d'harmonisation. L'examen manifeste en outre une conception restreinte de la famille et accorde une place trop limitée à l'individu qui reste l'acteur passif de la poursuite des dissensions familiales. L'amenuisement de la gestion individuelle de l'application de la répression peut sembler paradoxal à l'heure où le lien familial qui fonde cette dernière est utilisé au bénéfice de la primauté individuelle.

844. - La négation du lien de famille est à l'inverse susceptible de faire obstacle à l'efficacité de la répression à partir du moment où la prise en compte de ses particularités aurait le mérite de la rendre plus cohérente. L'indifférence au contexte familial au sein duquel se produit l'infraction fait illégitimement obstacle à l'application efficace de la répression. Ce détachement englobe l'ensemble de la répression. Il se manifeste tant au niveau de la création et de la poursuite de l'acte infractionnel qu'à celui de la nature de sa sanction et de ses modalités d'exécution. L'analyse démontre un rejet partiel des spécificités familiales par l'application du droit pénal et constate l'absence de politique pénale adaptée aux spécificités du crime familial. Ce détachement est extrêmement paradoxal puisque cette particularisation constitue un gage de son efficacité. En tant qu'instrument de régulation sociale, la famille mérite à l'inverse d'être intégrée dans une procédure de création et de traitement spécifique des infractions qui se commettent en son sein. La subsidiarité qui se retrouve à l'égard du rôle lui étant accordé dans la création et dans le traitement de la répression doit devenir une priorité. Cette étude recommande une inversion du paradigme auxiliaire au sein duquel la famille est appréhendée.

845. - L'insertion de la famille dans le droit pénal participe à l'augmentation de la privatisation des infractions qui comportent une dimension familiale et de leur procédure de traitement. En négligeant les spécificités du contexte environnemental de la perpétration de l'infraction et les capacités intégratrices de la famille, le droit pénal agit finalement à l'encontre de ses propres intérêts. La famille mérite d'être prise en compte au niveau de la création de la norme pénale familiale. Ses spécificités et ses capacités doivent parallèlement conduire à mettre en place une procédure de traitement particulière des infractions se produisant en son sein. Si les deux entités ne possèdent pas les mêmes moyens d'action, la famille et le droit pénal aspirent à l'absence de criminalité. Elles sont dès lors susceptibles d'évoluer dans une dynamique complémentaire. Le maintien des liens familiaux émerge en définitive comme un objectif indispensable à l'application d'une répression cohérente et d'une réponse pénale efficace à la criminalité familiale.

CONCLUSION GÉNÉRALE

846. - L'objet de la présente recherche était d'examiner les rapports qu'entretient le droit pénal avec le lien familial. À travers une lecture originale du croisement de ces deux institutions, il s'agissait d'observer l'impact spécifique de la présence du lien de famille sur l'application des règles répressives. L'antinomie qui émanait originellement de la confrontation du lien familial au droit pénal s'est effacée devant le caractère à la fois inéluctable et nécessaire de cette rencontre. Adoptant une vision globale, cette étude a conduit à analyser les règles qui président la théorie générale de l'infraction, à détailler celles qui commandent spécialement les incriminations à dimension familiale et à examiner l'ordonnement de la procédure pénale qui les entoure. En constatant l'existence d'un changement de paradigme dans l'appréhension répressive du lien de famille, cette recherche a eu pour ambition d'analyser et de découvrir les principes qui caractérisent le phénomène actuel de mutation de la protection pénale de la famille. À travers une double perspective d'observation et de prospection, elle a montré que le droit criminel entretient des relations complexes avec la famille.

847. - Le lien familial modifie incontestablement l'application classique des règles du droit répressif et peut alternativement fonder la répression ou faire obstacle à son application. La présence du lien de famille affectant la mise en œuvre du droit répressif se manifeste à travers un double mouvement de transformation et de retrait de la répression. La modification est donc susceptible de se réaliser tant positivement que négativement, et le droit répressif reste rarement neutre face au contexte familial. Le lien de famille qui fonde la répression emprunte le visage d'un élément constitutif ou d'une circonstance aggravante de l'infraction et peut rendre cette dernière purement ou accessoirement familiale. Le lien de famille qui engendre le retrait de la répression agit comme une caractéristique négative de son existence. L'analyse de ces différentes réactions s'écarte de l'uniformité et laisse apparaître une discordance révélant une réponse pénale divergente en fonction du lien familial considéré.

848. - Le lien de famille structurel souffre d'un désintérêt manifeste de la part du droit répressif qui ne lui accorde qu'une protection fictive dont le but réel est de défendre des valeurs sociales étrangères à la famille. Les infractions qui se rapportent à la structure de l'institution familiale ne peuvent en ce sens être considérées comme des infractions familiales. Le lien de famille relationnel demeure quant à lui uniquement appréhendé car sa prise en compte inclut simultanément la protection des membres de la famille considérés en

tant qu'individus²³⁷⁶. La protection de l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de la personne, particulièrement de l'individu vulnérable, justifie dès lors par destination la protection de la famille dont il fait partie. Le lien de famille existe parfois comme une entrave légitime à l'application effective de la répression. Son éviction demeure à l'inverse un obstacle illégitime à l'efficacité de cette dernière.

849. - La présente recherche observe un ensemble infractionnel disparate et désordonné, fondé sur une politique pénale familiale incohérente, voire inexistante. La protection répressive accordée à la famille s'avère généralement trop restreinte et insuffisante, quand elle n'est pas illusoire ou obsolète. Au terme de cette recherche, il est possible d'affirmer que la famille, appréhendée subsidiairement et protégée de façon apparente par le droit répressif, reste l'objet d'une désaffection particulière et ne constitue pas une valeur sociale digne de protection pénale. L'édification d'une classification inédite des infractions familiales semble délicate à concrétiser puisque la majorité des incriminations analysées s'émancipe précisément d'une dimension familiale. La concrétisation de cette ambition devient presque impossible dans la mesure où le droit répressif prend en compte un lien familial fluctuant et plurivoque.

850. - Protégé du droit pénal, le lien familial s'étend bien au-delà des frontières traditionnelles de la famille. La recherche d'un droit pénal spécial de la famille laisse finalement émerger des droits pénaux spéciaux de la famille. Le droit pénal contemporain se caractérise par sa propension à protéger l'intégrité physique, psychique et sexuelle de l'individu et à défendre le mineur vulnérable. L'examen révèle l'existence d'un désintérêt généralisé à l'encontre du lien familial, ce qui suscite l'inquiétude car sa prise en compte constitue un atout fondamental pour l'édification et la mise en œuvre cohérente des règles pénales. Si la réalisation d'une typologie fonctionnelle de l'infraction familiale semble difficilement atteignable, le traitement procédural de l'infraction à dimension familiale peut cependant être adapté à ses spécificités. La réintégration du lien familial dans le droit pénal au stade de la procédure répressive est susceptible d'aboutir à la mise en œuvre d'une politique pénale spécifique fondée sur les vertus prophylactiques et réintégratrices du lien de famille. Si des progrès ont été réalisés en ce sens, des incohérences subsistent.

851. - Deux enseignements ressortent finalement de cette réflexion. Les règles du droit répressif s'orientent, d'une part, vers la protection prioritaire et accrue de l'individu membre

²³⁷⁶ V. en ce sens les conclusions de D. FENOUILLET et V. MALABAT, « Le droit pénal et la famille », *in Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Actes du xx^e colloque de l'Association Française de Droit Pénal, Cujas, 2012, n° 78, p. 99. Les auteurs lient ce détachement au fait « que la protection de l'individu l'emporte désormais sur la prise en compte du groupe familial ».

de la famille, intégré dans un lien de couple, dans un lien de filiation ou dans un lien d'autorité. Le lien de famille souffre, d'autre part, d'une protection pénale contingente révélant une appréhension subsidiaire et utilitaire. Le rôle de la famille dans l'endiguement de la délinquance et dans la resocialisation de l'auteur de l'infraction impose cependant au législateur de considérer son intégration dans le traitement des infractions. Quand ces dernières se produisent dans un environnement familial, la recherche de la restauration ou du maintien du lien de famille doit guider la réponse pénale chaque fois que les conditions de leur réalisation le permettent. Un raisonnement prospectif amène à envisager deux orientations contradictoires au sein desquelles l'accroissement du désintérêt répressif pour le lien de famille côtoie la réintégration du lien familial dans le droit répressif. Cette réinsertion reste cependant délicate tant que la matière pénale refuse de saisir intégralement la réalité constituée par le lien familial.

852. - Malmené et utilisé, le lien familial conserve son statut de « parent pauvre du droit pénal »²³⁷⁷ et mérite de devenir le sujet d'une protection effective. Il faut donc sortir de la logique instrumentale pour que la rencontre des notions ne soit plus conjoncturelle. Le lien familial doit exister comme un idéal à poursuivre et, de moyen, doit devenir une fin. Ce dessein est indispensable quand le droit pénal qui ne tient pas compte du contexte dans lequel se produit l'infraction qu'il a pour mission de sanctionner risque de participer à son propre dévoiement. Un droit pénal spécial de la famille fondé sur un lien familial pénal remodelé et consacré aux infractions réellement familiales se rapporterait toutefois à une catégorie infractionnelle résiduelle, ce qui pourrait entraîner la dépénalisation d'un pan de la matière pénale et conduire à l'accroissement de la gestion privée des conflits familiaux. Le traitement d'une partie des infractions familiales actuelles serait réservé à la famille, qui porterait ainsi en elle son propre remède. La cohérence réinstaurée du lien familial dans le droit pénal de la famille pourrait alors paradoxalement aboutir à la propre désintégration de la matière, qui retournerait à son état originel. La tentation de vouloir à nouveau intervenir dans le règlement des conflits familiaux par l'intermédiaire d'un lien familial pénal sans cesse recomposé serait alors présente. Phœnix du droit répressif, le lien familial pénal renaîtrait de ses cendres et oscillerait éternellement entre mort et résurrection. À la croisée des droits, la rencontre entre la famille et le droit pénal risque paradoxalement de ne jamais se produire.

²³⁷⁷ P. COUVRAT, « La famille, parent pauvre du droit pénal », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, coll. « Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 1983, p. 133.

ANNEXE

Infraction	Article	Infraction purement familiale (élément constitutif)	Infraction accessoirement familiale (circonstance aggravante*)	Infraction familiale par nature	Infraction familiale par destination	Infraction extrafamiliale
ATTEINTES AU LIEN FAMILIAL STRUCTUREL						
Atteintes au lien structurel de couple						
<i>Atteintes à la formation du lien de couple matrimonial</i>						
Mariages de complaisance (mariages blancs et mariages gris)	L. 623-1 CESEDA	X				X
Atteintes à l'intégrité physique commises contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union	222-3 6° CP 221-4 10° CP 222-8 6° CP 222-10 6° CP 222-12 6° CP 222-13 6° CP		X			X
Célébration de manière habituelle par le ministre du culte d'une cérémonie religieuse avant l'union matrimoniale civile	433-21 CP	X				X
<i>Atteintes à la perpétuation du lien de couple matrimonial</i>						
Bigamie par nature (époux)	433-20 al. 1 CP	X				X
Bigamie par destination (officier d'état civil)	433-20 al. 2 CP	X				X
Viol et agression sexuelle commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait (« Inceste »)	222-24 4° CP 222-28 4° CP		X		X	
Atteinte sexuelle commise sans violence sur la personne d'un mineur âgé de plus de quinze ans	227-27 CP	X		X		
Fait pour l'officier d'état civil de ne pas respecter les exigences formelles du droit matrimonial (en particulier quant à la vérification de l'absence d'union matrimoniale préalable)	R. 645-3 CP	X				X

Infraction	Article	Infraction purement familiale (élément constitutif)	Infraction accessoirement familiale (circonstance aggravante*)	Infraction familiale par nature	Infraction familiale par destination	Infraction extrafamiliale
Atteintes au lien structurel de filiation						
<i>Atteintes au lien de filiation biologique</i>						
Défaut de déclaration de naissance par le père de l'enfant	R. 645-4 CP	X				X
Substitution, simulation ou dissimulation d'enfant	227-13 CP	X				X
Fait pour les professionnels de santé de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles qui en légitiment l'accès et d'exercer ces activités en ne respectant pas les conditions de forme et de fond nécessaires	511-24 CP 511-25 CP	X				X
Obtention illicite d'embryons, trafic et entremise en vue de cette finalité / Obtention, recueil ou prélèvement illicite de gamètes / Atteintes à l'anonymat	511-6 CP 511-9 CP 511-10 CP 511-15 CP 511-16 CP	X				X
Interruption illégale de la grossesse d'autrui	L. 2222-2 CSP	X				X
Interruption de la grossesse pratiquée ou tentée sans le consentement de l'intéressée	223-10 CP	X				X
Défaut de remise ou de déclaration de l'enfant trouvé	R. 645-5 CP	X				X
Provocation à l'abandon d'enfant né ou à naître	227-12 al. 1 CP	X				X
<i>Atteintes au lien de filiation affectif</i>						
Reconnaissances blanches / de complaisance : Reconnaissance d'un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française	L. 623-1 CESEDA	X				X
Entremise en vue de l'adoption d'un enfant né ou à naître dans un but lucratif	227-12 al. 2 CP	X				X
Entremise à la gestation pour autrui	227-12 al. 3 CP	X				X

Infraction	Article	Infraction purement familiale (élément constitutif)	Infraction accessoirement familiale (circonstance aggravante*)	Infraction familiale par nature	Infraction familiale par destination	Infraction extrafamiliale
ATTEINTES AU LIEN FAMILIAL RELATIONNEL						
Atteintes aux obligations familiales horizontales – Issues du lien de couple						
Violences conjugales physiques, psychologiques et sexuelles	<i>Toute atteinte à l'intégrité physique, psychologique ou sexuelle commise dans le cadre d'une relation de couple actuelle ou passée</i>		X		X	
Violation des obligations qui découlent de l'ordonnance de protection	227-4-2 CP	X				X
Absence de notification du changement de domicile par l'auteur des violences au créancier de la contribution ou des subsides	227-4-3 CP	X				X
Harcèlement psychologique au sein du couple	222-33-2-1 CP	X			X	
Abandon de famille	227-3 CP	X				X
Organisation ou aggravation frauduleuse de son insolvabilité	314-7 al. 1 CP	X				X
Atteintes aux obligations familiales verticales – Issues du lien de filiation						
Atteintes aux obligations verticales unilatérales (verticalité descendante)						
Atteinte à la scolarisation de l'enfant	227-17-1 al. 1 CP	X			X	
Atteinte à l'assiduité scolaire	R. 624-7 al. 1 CP	X			X	
Soustraction d'un parent à ses obligations légales	227-17 al. 1 CP	X			X	
Soustraction d'enfant par un ascendant	227-7 CP	X			X	
Non-représentation d'enfant	227-5 CP	X			X	
Absence de notification du changement de domicile aux titulaires d'un droit de visite et d'hébergement par un parent titulaire de l'autorité parentale (infraction satellite à la non-représentation d'enfant)	227-6 CP	X			X	

Infraction	Article	Infraction purement familiale (élément constitutif)	Infraction accessoirement familiale (circonstance aggravante*)	Infraction familiale par nature	Infraction familiale par destination	Infraction extrafamiliale
<i>Atteintes aux obligations verticales bilatérales (verticalité descendante et ascendante)</i>						
Délaissement de mineur	227-1 CP	X				X
Privation de soins et d'aliments	227-15 al. 1 CP	X				X
Exposition d'enfant	227-15 al. 2 CP	X				X
Atteintes à la vie et à l'intégrité physique ou psychique qui se commettent en famille	<i>Toute atteinte à l'intégrité physique ou psychique commise dans le cadre d'une relation de filiation ou d'autorité</i>		X			X
Atteintes à l'intégrité sexuelle du mineur de quinze ans qui se commettent en famille	227-25 CP 227-26 CP		X		X	
Atteintes à l'intégrité sexuelle du mineur de plus de quinze ans qui se commettent en famille sans violence, contrainte, menace ni surprise	227-27 CP	X		X		

***L'aggravation par le lien de famille vertical**

- Aggravation des atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique de la personne qui se commettent par un descendant sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs (exclusion uniquement pour les menaces)
- Aggravation des atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique de la personne qui se commettent sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur
- Aggravation des atteintes à la liberté et à la dignité de la personne qui se commettent par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de la personne qui se livre à l'infraction ou par une personne qui a autorité sur elle ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions
- Aggravation des comportements attentatoires à la liberté sexuelle de la personne quand elles sont commises par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait

***L'aggravation par le lien de famille horizontal**

- Absence d'aggravation par l'horizontalité collatérale
- Aggravation des atteintes volontaires à l'intégrité physique ou psychique et à la liberté sexuelle de la personne qui se commettent par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité
- Aggravation identique lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime
- Aggravation des infractions de violences, de menaces ou de destruction, dégradation ou détérioration du bien d'autrui commises à l'égard du conjoint, des ascendants ou des descendants en ligne directe ou sur toute autre personne vivant habituellement au domicile de certaines personnes en raison des fonctions particulières qu'elles exercent

BIBLIOGRAPHIE

(Classement par ordre alphabétique)

OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS, MANUELS ET DICTIONNAIRES

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 1993.

BARREYRE (J.-Y.) et **BOUQUET (Br.)**, *Nouveau dictionnaire critique d'action sociale*, Bayard, 2006.

BÉNABENT (A.)

- *Droit de la famille*, L.G.D.J., 3^e éd., 2014.
- *La famille*, Litec, coll. « Manuels », 11^e éd., 2003.

BENTHAM (J.), *Théorie des peines et des récompenses – Traité des preuves judiciaires*, T. 2, Société Belge de Librairie, 3^e éd., 1840.

BONIS-GARÇON (É.) et **PELTIER (V.)**, *Droit de la peine*, Litec, 2015.

BOULOC (B.)

- *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 24^e éd., 2015.
- *Procédure pénale*, Dalloz, coll. « Précis », 24^e éd., 2014.
- *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, coll. « Précis », 4^e éd., 2011.

BOULOC (B.), **FRANCILLON (J.)**, **MAYAUD (Y.)** et **ROUJOU DE BOUBÉE (G.)**, *Code pénal commenté article par article*, Dalloz, 1996.

CARBASSE (J.-M.)

- *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3^e éd., 2014.
- *Introduction historique au droit pénal*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1990.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, T. 1, PUF, coll. « Quadrige », 2004.

CASTELLAN (Y.), *La famille*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 5^e éd., 1996.

COMTE-SPONVILLE (A.), *Dictionnaire philosophique*, PUF, coll. « Perspectives critiques », 4^e éd., 2013.

CONTE (Ph.) et **MAISTRE DU CHAMBON (P.)**

- *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. « U », 7^e éd., 2004.
- *Procédure pénale*, Armand Colin, 4^e éd., 2002.

CONTE (Ph.), *Droit pénal spécial*, Litec, 4^e éd., 2013.

CORNU (G.)

- (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 10^e éd., 2014.
- *La famille*, L.G.D.J., 9^e éd., 2006.
- *La famille*, Domat, 1984.

COURBE (P.) et **GOUTTENOIRE (A.)**, *Droit de la famille*, Sirey, 6^e éd., 2013.

CUSSON (M.), *La criminologie*, Hachette, 4^e éd., 2005.

DEL VECCHIO (G.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953.

- DELMAS-MARTY (M.)**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992.
- DESPORTES (Fr.) et LE GUNEHEC (Fr.)**, *Droit pénal général*, Éd. Economica, 16^e éd., 2009.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.)**, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947.
- DREYER (E.)**
- *Droit pénal général*, Litec, coll. « Manuel », 3^e éd., 2014.
 - *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2^e éd., 2012.
- FENOUILLET (D.)**, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. « Cours », 3^e éd., 2013.
- GARÇON (É.-A.)**
- *Code pénal annoté*, T. 2, éd. refondue par M. ROUSSELET, M. PATIN et M. ANCEL, Sirey, 1956.
 - *Code pénal annoté*, Sirey, 1901-1906.
- GARRAUD (R.)**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. 2, Sirey, 3^e éd., 1913.
- GASSIN (R.), CIMAMONTI (S.) et BONFILS (Ph.)**, *Criminologie*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2011.
- GASSIN (R.)**, *Criminologie*, Dalloz, coll. « Précis », 3^e éd., 1994.
- GUINCHARD (S.)** (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23^e éd., 2015-2016.
- GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.)**, *Procédure pénale*, Litec, 10^e éd., 2014.
- HEGEL (G. W. Fr.)**, *Principes de la philosophie du droit* (1820), PUF, coll. « Fondements de la politique », 1998.
- HÉLIE (F.)**, *Traité de l'instruction criminelle*, T. 4, « De l'instruction écrite », Éd. Plon, 1866.
- HERZOG-EVANS (M.)**, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 4^e éd., 2011.
- JULLIEN (Fr.)**, *Traité de l'efficacité*, Grasset, 1996.
- LARGUIER (J.)**, *Criminologie et science pénitentiaire*, Dalloz, 10^e éd., 2005.
- LARGUIER (J.), CONTE (Ph.) et FOURNIER (S.)**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Mémentos », 15^e éd., 2013.
- LAZERGES (Chr.)**, *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan, coll. « Traité de sciences criminelles », 2000.
- LE BLANC (M.) et CUSSON (M.)** (dir.), *Traité de criminologie empirique*, Broché, 4^e éd., 2010.
- LEPAGE (A.) et MATSOPOULOU (H.)**, *Droit pénal spécial*, PUF, coll. « Thémis », 2015.
- LITTRÉ (P.-É.)**, *Dictionnaire de la langue française*, Éd. Encyclopaedia Britannica, 1999.
- MALABAT (V.)**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Hypercours », 6^e éd., 2013.
- MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.)**, *Introduction au droit*, L.G.D.J, coll. « Droit Civil », 5^e éd., 2014.
- MAYAUD (Y.)**, *Droit pénal général*, PUF, 5^e éd., 2015.
- MERLE (R.) et VITU (A.)**
- *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, T. 2, Cujas, 5^e éd., 2001.
 - *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, T. 1, Cujas, 7^e éd., 1997.
 - *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, T. 3, Cujas, 6^e éd., 1982.
- MERLE (R.)**, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis », 1957.
- MURAT (P.)** (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, coll. « Dalloz action », 6^e éd., 2013.
- ORTOLAN (J.-L.-E.)**, *Éléments de droit pénal*, T. 1, « Pénalités, juridictions, procédure », Plon, 4^e éd., 1875.
- PIN (X.)**, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours », 6^e éd., 2014.
- PINEAU (J.)**, *Traité élémentaire de droit civil, La Famille*, PUM, 1982.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.)**, *Traité pratique de droit civil français*, L.G.D.J, 2^e éd., 1962.

PRADEL (J.) et DANTI-JUAN (M.), *Droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, Cujas, 6^e éd., 2014.

PRADEL (J.)

- *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014.
- *Procédure pénale*, Cujas, 16^e éd., 2011.

PUECH (M.)

- *Droit pénal*, Litec, 1988.
- *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas, 1976.

RASSAT (M.-L.) et ROUJOU DE BOUBÉE (G.), *Droit pénal général*, Ellipses, 3^e éd., 2014.

RASSAT (M.-L.)

- *Droit pénal spécial – Infractions du code pénal*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2014.
- *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001.

ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis et droit privé », 6^e éd., 2001.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Sirey, 2^e éd., 1951.

ROUX (J.-A.), *Cours de droit criminel français*, T. 1, « Droit pénal », Sirey, 2^e éd., 1927.

RUSS (J.) (dir.), *Dictionnaire de philosophie*, Armand Colin, 4^e éd., 2011.

DE SAVIGNY (F.-Ch.), *Traité de droit romain*, T. 1, Firmin Didot, 1840.

DE SINGLY (Fr.), *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, 4^e éd., 2010.

STÉFANI (G.) et LEVASSEUR (G.), *Droit pénal général et criminologie*, Dalloz, 2^e éd., 1961.

STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », 20^e éd., 2007.

STÉFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et JAMBU-MERLIN (R.), *Criminologie et sciences pénitentiaires*, Dalloz, coll. « Précis », 5^e éd., 1982.

SUTHERLAND (E. H.) et CRESSEY (D. R.), *Principe de criminologie*, Cujas, 1966.

TERRÉ (Fr.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil, La famille*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2011.

VÉRON (M.), *Droit pénal spécial*, Armand Colin, coll. « U », 14^e éd., 2012.

VITU (A.), *Droit pénal spécial*, Cujas, 1982.

VOUIN (R.), *Droit pénal spécial, Les infractions contre les biens, les personnes, la famille, les mœurs et la paix publique*, T. 1, Dalloz, 3^e éd., 1971.

OUVRAGES SPÉCIAUX :

MONOGRAPHIES, THÈSES ET TRAVAUX COLLECTIFS

AMSELEK (P.), *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, L.G.D.J., 1964.

ANCEL (M.), *La défense sociale*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1985.

ANDORNO (R.), *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, L.G.D.J., 1996.

ARIÈS (Ph.), *Finie, la famille ? Tradition et nouveaux rôles*, Autrement, 1975.

ARISTOTE

- *Les politiques* (334 av. J.-C.), Flammarion, 1990.
- *La poétique* (335 av. J.-C.), Seuil, 1980.

BACHELARD (G.)

- *La philosophie du non : essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique*, PUF, 8^e éd., 1981.
- *La formation de l'esprit scientifique*, Librairie philosophique J. Vrin, 1^{re} éd., 1938.

BAUDELAIRE (Ch.), *Curiosités esthétiques*, Calmann-Lévi, 1867.

BAWIN-LEGROS (B.), *Sociologie de la famille. Le lien familial sous questions*, De Boeck, coll. « Ouvertures sociologiques », 1996.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines* (1764), Flammarion, 2010.

BERNOUX (Ph.), *La sociologie des organisations*, Seuil, 1985.

BOILEAU (N.), *Art poétique*, chant III, vers 48, Flammarion, 1998.

BONNEAUDEAU (R.), *La parenté et le droit pénal*, Thèse, Lille, 1968.

BOSSUET (J.-B.), *Œuvres complètes de BOSSUET*, T. 8, « Controverse », Éd. Outhenin-Chalandre fils, 1836.

BOUDON (R.), *À quoi sert la notion de « structure » ? Essai sur la signification de la notion de structure dans les sciences humaines*, Gallimard, 1968.

BOURDELOIS (B.), *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN-Joly, 1993.

BOUREGBA (A.) (dir.), *Les liens familiaux à l'épreuve du pénal*, Érès, 2002.

BOURGOIN (N.), *Le suicide en prison*, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 1994.

CARBONNIER (J.)

- *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J, 10^e éd., 2001.
- *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. « Forum », 1996.
- *Essais sur les lois*, Éd. Defrénois, 2^e éd., 1979.
- *Le régime matrimonial, Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Thèse, Bordeaux, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932.

CÉRÉ (J.-P.), *La prison*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2007.

CHAILLOU (Ph.), *Violence des jeunes. L'autorité parentale en question*, Gallimard, 1995.

CLEMMER (D.), *The prison community*, Christopher Pub. House, 1940.

Collectif, *Le droit non civil de la famille*, PUF, coll. « Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 1983.

COMBESSIE (Ph.), *Sociologie de la prison*, La Découverte, coll. « Repères », 3^e éd., 2009.

COMMAILLE (J.) et MARTIN (Cl.), *Les enjeux politiques de la famille*, Bayard, coll. « Société », 1998.

COMMAILLE (J.), STROBEL (P.) et VILLAC (M.), « Fondements et traditions philosophiques », *La politique de la famille*, La Découverte, coll. « Repères », 2002.

COOPER (D.), *Mort de la famille*, Seuil, coll. « Essais », 1971.

COPPARD-BRITON (Y.), *L'examen de personnalité. Étude théorique et pratique*, Thèse, Rennes 1, 1969.

COURTIN (Chr.), *L'immunité en droit criminel français*, Thèse, Nice, 1999.

CUSSON (M.), *Le contrôle social du crime*, PUF, 1983.

DANA (A.-Ch.), *Essai sur la notion d'infraction pénale*, L.G.D.J, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », T. 23, 1982.

DANTI-JUAN (M.), *L'égalité en droit pénal*, Cujas, coll. « Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers », T. 6, 1987.

DEBUYST (Ch.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, T. 2, « La rationalité pénale et la naissance de la criminologie », De Boeck Université, coll. « Perspectives criminologiques », 1998.

DECHENAUD (D.), *L'égalité en matière pénale*, L.G.D.J, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », T. 45, 2008.

DELAISI DE PARSEVAL (G.) et JANAUD (A.), *L'enfant à tout prix*, Seuil, 1983.

- DELAISI DE PARSEVAL (G.)**, *Famille à tout prix*, Seuil, 2008.
- DELPRAT (L.)**, *L'autorité parentale et la loi*, Studyrama, coll. « Éclairages », 2006.
- DOLTO (Fr.)**, *Quand les parents de séparent*, Éd. du Seuil, 1988.
- DURKHEIM (É.)**
- *L'éducation morale*, Cours de sociologie dispensé à la Sorbonne en 1902-1903, PUF, 2^e éd., 2012.
 - *De la division du travail social* (1893), PUF, 8^e éd., 1967.
- DUVAL-ARNOULD (D.) et DUVAL-ARNOULD (M.)**, *Droit et santé de l'enfant*, Mimi Edition, Masson, coll. « Droit médical pratique », 2002.
- ENGELS (Fr.)**, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État* (1884), Éd. Sociales, 1975.
- ESCOFFIER-GIALDINI (C.)**, *La vision pénale de la famille*, Thèse, Aix-Marseille III, 1994.
- FAVARD (J.)**, *Le labyrinthe pénitentiaire*, Le Centurion, coll. « Justice Humaine », 1981.
- FENOUILLET (D.) et DE VAREILLE-SOMMIÈRES (P.) (dir.)**, *La contractualisation du droit de la famille*, Economica, coll. « Études juridiques », 2001.
- FERRAND (M.) et JASPARD (M.)**, *L'interruption volontaire de grossesse*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1987.
- FERRI (E.)**, *La sociologie criminelle*, Arthur Rousseau, 1893.
- FIZE (M.)**, *La Démocratie familiale : relations parents-adolescents*, Presses de la Renaissance, 1990.
- FOUCAULT (M.)**, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1993.
- FRAZER (J. G.)**, *Totemism and exogamy – A Treatise on Certain Early Forms of Superstition and Society*, vol. 1, MacMillan, 1910.
- GABEL (M.), LEOVICI (S.) et MAZET (Ph.) (dir.)**, *Le traumatisme de l'inceste*, PUF, 4^e éd., 2002.
- GARAPON (A.) et SALAS (D.)**, *La République pénalisée*, Hachette, coll. « Questions de société », 1996.
- GHITTI (J.-M.)**, *L'État et les liens familiaux : mécanismes de la domination*, Éd. du Cerf, coll. « Recherches morales », 2004.
- GIDDENS (A.)**, *The Transformation of Intimacy*, Polity Press, 1992.
- GIOANNI (P.)**, *Le particularisme du droit pénal de la famille*, Thèse, Nice, 1992.
- GLANDIER-LESCURE (N.)**, *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006.
- GODELIER (M.)**, *Métamorphoses de la parenté*, Fayard, 2004.
- HAESEVOETS (Y.-H. L.)**, *L'enfant victime d'inceste, De la séduction traumatique à la violence sexuelle, Réflexion théorico-clinique sur la psychopathologie de l'inceste*, De Boeck, coll. « Oxalis », 1997.
- HÉMARD (J.)**, *Les sanctions pénales en droit privé*, Thèse, Lille, 1946.
- HERBERT (M.)**, *L'immunité de l'article 380 du code pénal relative aux soustractions commises entre proches parents*, Thèse, Rennes, 1933.
- HÉRITIER (Fr.)**, *Les deux sœurs et leur mère : anthropologie de l'inceste*, éd. Odile Jacob, 1994.
- HIRSCHI (Tr.)**, *Causes of Delinquency*, University of California Press, 1969.
- DE JACOBET DE NOMBEL (C.)**, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 55, 2006.
- JACQUARD (A.)**, *Un monde sans prisons ?*, Seuil, 1993.
- JEANCLOS (Y.)**, *Injuste justice ? La dynamique pénale au XX^e siècle*, Litec, coll. « Essais », 2013.
- KANT (E.)**, *Métaphysique de mœurs - Première partie - Doctrine du droit*, Librairie philosophique J. Vrin, 1971.
- KELSEN (H.)**
- *Théorie générale des normes*, PUF, 1996.
 - *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Dalloz, 1962.
- DE LA BOÉTIE (É.)**, *Discours de la servitude volontaire* (1549), Flammarion, 1993.

- LABBÉE (X.)**, *Le droit commun du couple*, Presses Universitaires du Septentrion, 2012.
- DE LANNOY (J.-D.) et FEYEREISEN (P.)** (dir.), *L'inceste, un siècle d'interprétation*, PUF, 1992.
- LASCOUMES (P.)**, *Prévention et contrôle social. Les contradictions du travail social*, Masson, 1977.
- LEBOVICI (S.), DIATKINE (R.) et SOULÉ (M.)** (dir.), *Nouveau traité de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, PUF, coll. « Quadrige », 2004.
- LELONG (St.)**, *L'inceste en question – Secret et signalement*, L'Harmattan, coll. « Études psychanalytiques », 2009.
- LEVASSEUR (G.)**, *Cours de droit pénal spécial*, « Les cours de droit », Paris, 1967-1968.
- LÉVI-STRAUSS (Cl.)**
- *Anthropologie structurale*, vol. 1, Plon, 1958.
 - *Les structures élémentaires de la parenté*, PUF, 1949.
- LÉVY-BRUHL (L.)**, *La morale et la science des mœurs*, PUF, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 16^e éd., 1971.
- LHUILIER (D.) et LEMISZEWSKA (A.)**, *Le choc carcéral : survivre en prison*, Bayard, 2006.
- LOMBROSO (C.)**, *Le crime, causes et remèdes*, Schleicher frères, coll. « Bibliothèque internationale des sciences sociologiques », 1899.
- LOPEZ (G.)**, *Violences sexuelles sur les enfants*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 3309, 1999.
- LOYSEL (A.)**, *Institutes coutumières*, éd. Dupin et Laboulaye, 1846 (réimpression Genève 1971).
- LUCAS (Ch.), DE TOCQUEVILLE (A.), MARCELLIN (A. M.) et BÉRENGER (Th.)**, *Exposé de l'état de la question pénitentiaire en Europe et aux États-Unis*, Académie des sciences morales et politiques, 1844.
- MADER (L.)**, « L'évaluation législative : pour une analyse empirique des effets de la législation », Payot, 1985.
- MAISTRE DU CHAMBON (P.)**, *Les aspects modernes de l'obligation de faire en droit pénal, civil et judiciaire*, Thèse, Grenoble II, 1980.
- MARÉCHAL (J.-Y.)**, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003.
- MAURY (O.)**, *Famille et droit pénal*, Thèse, Paris II, 2006.
- MAZEAUD (H.)**, « La règle morale et la règle de droit », *Cours de droit civil*, 1954-1955.
- MILLARD (É.)**, *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, L.G.D.J, 1995, n° 283.
- MILLARD (É.)**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2006.
- MONTESQUIEU (Ch.-L.)**, *Le spicilège*, Pensée n° 1007, IV, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 1991.
- MORGAN (L.-H.)**, *Ancient Society*, MacMillan, 1877.
- MORIN (É.)**, *Sur l'interdisciplinarité, Carrefour des sciences*, Actes du colloque du Comité National de la Recherche Scientifique « Interdisciplinarité », Éd. du CNRS, 1990.
- PARAT (H.)**, *L'inceste*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2004.
- PASCAL (Bl.)**, « Pensées », in *Œuvres Complètes*, Seuil, 1963.
- PILLEBOUT (J.-Fr.)**, *Le pacs, Pacte civil de solidarité*, Litec, 3^e éd., 2007.
- PIN (X.)**, *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », T. 36, 2002.
- PORTALIS (J.-É.-M.)**, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1804)*, Confluences, coll. « Voix de la Cité », 2004.
- LE QUÉAU (P.)**, « L'«autre peine», enquête exploratoire sur les conditions de vie des familles de détenus », Crédoc, *Cahier de recherche*, 2000.
- RABEYRIN-PUECH (P.)**, *Parents désunis et protection pénale de l'enfant*, Thèse, Lyon III, 1992.

RASSAT (M.-L.), *Pour une politique anti-criminelle du bon sens*, La Table Ronde, coll. « Les idées de la liberté », 1983.

RAYMOND (G.), *Droit de l'enfance : de la conception à la majorité*, Litec, 1979.

RECKLESS (W. C.) et CUBER (J. F.), *The Crime Problem*, Literary Licensing, 1967.

RICOEUR (P.)

- *Amour et justice*, Seuil, coll. « Points Essais », 2008.
- *Le juste*, Esprit, coll. « Philosophie », 1995.

RICORDEAU (Gw.), *Les détenus et leurs proches. Solidarité et sentiments à l'ombre des murs*, Autrement, coll. « Mutations », 2008.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J, 1949.

ROLLAND (P.), *Les contradictions du droit pénal et du droit civil. Essai de solution au problème de l'autonomie*, Thèse, Lyon II, 1958.

ROUDINESCO (É.), *La famille en désordre*, Le livre de poche, coll. « Essais », 2010.

ROUGEUL (Fr.), *Familles en crise - Approche systémique des relations humaines*, Goerg, coll. « Thérapie & Systémique », 2003.

ROUSSEAU (J.-J.)

- *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762), éd. Flammarion, 1992.
- *Œuvres complètes*, T. 3, *Du contrat social ; Ecrits politiques*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1964.

ROUSSEL (L.), *La famille incertaine*, Odile Jacob, coll. « Opus », 1999.

ROUVILLOIS (Fr.) et GAVINI (Chr.), *L'efficacité des normes : réflexion sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'Innovation Politique, 2006.

ROYANT (S.), *L'autonomie du droit pénal en question*, Thèse, Montpellier I, 2002.

RUFFIEUX (G.), *La sanction des obligations familiales*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 138, 2014.

SHORTER (E.), *Naissance de la famille moderne*, Seuil, coll. « Points-Histoire », 1977.

DE SINGLY (Fr.)

- *Le lien familial en crise*, Rue d'Ulm, Presses de l'École normale supérieure, 2007.
- *Le soi, le couple et la famille*, Nathan, 1996.

SOLAIRE (P.), *L'inceste entre analyse et vécu, Le mur du silence*, Privat, 2002.

STÉFANI (G.) (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956.

SUDRE (Fr.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 12^e éd., 2015.

DE TERSSAC (G.) (dir.), *La théorie de la régulation sociale de J.-D. REYNAUD, Débats et prolongements*, La Découverte, coll. « Recherches », 2003.

THÉRY (I.), *Le démariage. Justice et vie privée*, Odile Jacob, 1993.

TREVES (R.), *Sociologie du droit*, PUF, 1995.

VALOTEAU (A.), *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, PUAM, 2006.

VAN MEERBEECK (Ph.), *L'infamille ou la perversion du lien*, De Boeck, coll. « Oxalis », 2003.

VERNY (É.), *Le membre d'un groupe en droit pénal*, L.G.D.J, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », T. 37, 2002.

VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne : cours d'histoire de la philosophie du droit*, Montchrestien, 1975.

VON BERTALANFFY (L.), *La théorie des systèmes*, Dunod, 1973.

WILLM (St.), *De la bigamie en droit criminel*, Thèse, Bordeaux, 1898.

ARTICLES, ÉTUDES, CHRONIQUES ET ACTES DE COLLOQUES

AEBI (M. F.), « Famille dissociée et criminalité : le cas Suisse », *Bulletin de Criminologie*, vol. 1, 1997, n° 23, p. 53.

ALLES (D.), « À l'ombre de l'incarcération des parents », *Acta psychiat. belg.*, 2001, n° 101, p. 150.

ALT-MAES (Fr.)

- « Privation d'aliments ou de soins envers un mineur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, Fasc. 20, 2011, n° 4.
- « Délaissement de mineurs », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, Fasc. 20, 2009, n° 6.
- « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP G*, 2000, I, n° 48, p. 275.
- « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? », *RSC*, 1987, p. 347.

ALVAREZ (J.), « Violences intrafamiliales : des réponses juridiques et judiciaires duales », in *Le lien familial, entre autorité, autonomie et authenticité, Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 35, p. 111.

AMAR (J.)

- « Contraventions contre les personnes, manquement à l'obligation d'assiduité scolaire », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. R. 624-7, Fasc. 20, 2008.
- « PACS et immunités familiales », *Dr. pén.*, 2000, chron. 32.

AMBROISE-CASTÉROT (C.) et FRICERO (N.), « La loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites aux femmes : nouvelles armes juridiques », *RJPF*, 2010, n° 9, p. 8.

AMBROISE-CASTÉROT (C.), « Les infractions parentales », *D.*, 2013, chron. p. 1846.

ANCEL (M.)

- « Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle », *Arch. pol. crim.*, 1975, p. 15.
- « Commentaires sur G. STÉFANI, *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* », *RIDC*, 1956, vol. 8, n° 3, p. 502.

ANDOLFI (M.), MENGHI (P.), NICOLO (A.-M.) et SACCU (C.), « L'interaction dans les systèmes rigides », *Réseaux, Systèmes, Agencements*, 1979, n° 1, p. 25.

ARIÈS (Ph.), « De la famille médiévale à la famille moderne », in *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, coll. « Points-Histoire », 1973, p. 253.

ATIAS (Chr.), « Le contrat de substitution de mère », *D.*, 1986, chron. p. 147.

AZAVANT (M.), « Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple », *Dr. fam.*, 2006, n° 10, ét. 40.

BAILLEAU (Fr.), CARTUYVELS (Y.) et DE FRAENE (D.), « La criminalisation des mineurs et le jeu des sanctions », *Déviance et société*, 2009, vol. 33, n° 3, p. 257.

BALDES (O.)

- « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén.*, 2010, n° 4, ét. 7.
- « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *Dr. fam.*, 2010, n° 3, alerte 17.

DE BALZAC (H.), « Mémoires de deux jeunes mariés », in *La comédie humaine, Scènes de la vie privée, Études de mœurs*, Furne, 1842.

BARGHOLTZ (H.), « La large prohibition européenne des châtiments corporels infligés aux enfants », *AJ famille*, 2005, n° 6, p. 221.

BARON (É.), « Existe-t-il un droit pénal commun ? », *Dr. pén.*, 2013, n° 9, p. 17.

BATIFFOL (H.), « Existence et spécificité du droit de la famille », in *Les réformes du droit de la famille, Arch. phil. dr.*, 1975, T. 20, p. 7.

- BATTEUR (A.),** « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD Civ.*, 2000, n° 4, p. 759.
- BAZIN (É.),** « Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples », *JCP G*, 2010, n° 39, p. 957.
- BELINGA (O.),** « Brisez le silence avant qu'il ne vous brise ! », *AJ famille*, 2010, p. 520.
- BEN KEMOUN (L.),** « La confiance violée de l'enfant : refonder la norme pénale », *D.*, 2002, p. 491.
- BÉNABENT (A.),** « L'ordre public en droit de la famille », in Th. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 27.
- BERGONNIER-DUPUY (G.),** « Famille(s) et scolarisation », *Revue française de pédagogie*, 2005, n° 151, p. 5.
- BERISTAIN (A.),** « Protection pénale de la famille – Motifs et limites de l'incrimination d'abandon de famille », *RDPC*, 1967, n° 8, p. 770.
- BERNAT DE CÉLIS (J.),** « La politique criminelle à la recherche d'elle-même », *Arch. pol. crim.*, 1977, n° 2, p. 3.
- BERTIN (Ph.),** « L'insolvabilité organisée et sa répression pénale », *Gaz. Pal.*, 1985, I, p. 332.
- BICHERON (Fr.),** « La protection de la famille par le droit pénal », in B. TEYSSIÉ (dir.), *Code pénal et code d'instruction criminelle : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 539.
- BLANCHARD (Chr.),** « Le tourisme procréatif : consolider ou réprimer l'illicite – Le droit pénal », in *La famille en mutation*, *Arch. phil. dr.*, 2014, T. 57, p. 349.
- BOISSON (M.),** « Petit lexique contemporain de la parentalité. Réflexions sur les termes relatifs à la famille et à leurs usages sociaux », in P. GRELLEY (dir.), *Nouvelles figures de la parentalité*, IS, CNAF, 2008, n° 149, p. 11.
- BONFILS (Ph.) et VERGÈS (É.),** « Chronique législative », *RSC*, 2007, p. 337.
- BONFILS (Ph.)**
- « Atteintes à la filiation », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, 2008, n° 1.
 - « Omission de témoigner en faveur d'un innocent », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 434-11, Fasc. 20, 2008, n° 2.
 - « Bigamie », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2007, n° 1.
 - « Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *RSC*, 2007, p. 337.
- BONNEFOY (A.),** « La répression des crimes et délits commis contre les enfants », *RSC*, 1951, p. 601.
- BORGETTO (M.),** « La maltraitance en établissement », *RDSS*, 2006, p. 967.
- BOUCHARD (J.-P.),** « Évolution sémantique, pénale et répressive d'un crime hors du commun : le parricide », *Revue d'études et d'informations de la gendarmerie*, 1997, n° 185, p. 56.
- BOULOC (B.),** « Mariage et droit pénal », *Rev. pénit.*, 1964, p. 285.
- BOUREGBA (A.),** « La nécessaire continuité des liens familiaux », in A. BOUREGBA (dir.), *Les liens familiaux à l'épreuve du pénal*, Érès, 2002, p. 7.
- BOURGOIN (N.) et GIRARD (C.),** « Les automutilations et les grèves de la faim en prison », *RSC*, 2000, n° 3, p. 257.
- BOURGOIN (N.),** « Le suicide en milieu carcéral », *Population*, 1993, vol. 48, n° 3, p. 609.
- BOURRAT-GUEGUEN (A.)**
- « Commentaire de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal », *Dr. fam.*, 2010, n° 6, ét. 15.
 - « Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre les violences au sein du couple, à propos de la loi du 9 juillet 2010 », *JCP G*, 2010, n° 30, p. 805.
 - « Les incidences du PACS en droit pénal », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé, Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI*, 2002, p. 213.
- BRETON (A.),** « L'enfant incestueux », in *Aspect nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL*, T. 1, « Études de droit privé, de droit public et de droit comparé », Pédone, 1974, p. 320.
- BROCARD (L.),** « Le rôle de la famille dans l'économie nationale », in *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Sirey, 1930, p. 285.

BRUSORIO (M.), « Renforcement de la prévention et de la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *RJPF*, 2006, n° 6, p. 6.

CAILLOSSE (J.), « Esquisse d'une réflexion sur une fausse évidence : l'efficacité du droit », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique - Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 154.

CANEPÀ (G.) et BANDINI (T.), « La personnalité des victimes des délits d'inceste », Étude criminologique, Institut d'Anthropologie criminelle de l'Université de Gênes, *Revue internationale de police criminelle*, 1967, p. 141.

CANNAT (P.)

- « Chronique de criminologie : les délinquants sexuels », *RSC*, 1951, n° 4, p. 706.
- « Les infanticides », *RSC*, 1949, p. 389.

CARBONNIER (J.)

- « Réflexions sur la médiation », in *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992, p. 11.
- « Préface », in *Les réformes du droit de la famille*, *Arch. phil. dr.*, 1975, T. 20.
- « Terre et ciel dans le droit du mariage », in R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS (dir.), *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges RIPERT*, vol. 1, « Droit de la famille », L.G.D.J., 1950, p. 325.

CARDI (C.), « La “mauvaise mère” : figure féminine du danger », *Mouvements*, 2007, n° 49, p. 27.

CARIO (R.), « Les victimes et la Justice restaurative », in P. ZEN-RUFFINEN, *Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de P.-H. BOLLE*, Helbing and Lichtenhahn, 2006, p. 529.

CARRIER (N.), « La dépression problématique du concept de contrôle social », *Déviance et société*, 2006, vol. 30, n° 1, p. 4.

CARTUYVELS (Y.), « Droit pénal et droits de l'homme, un retournement ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les droits de l'Homme : épée ou bouclier du droit pénal ?*, FUSL, 2007, p. 23.

CASALIS (M.-Fr.), CHAPALAIN (M.) et GUYOT (Fr.), « Une femme sur dix victime de violences conjugales en France », *AJ famille*, 2002, p. 249.

CASSAN (Fr.) et MARY-PORTAS (Fr.-L.), « Précocité et instabilité familiale des hommes détenus », *Insee Première*, 2012, n° 828, p. 1.

CASTAIGNÈDE (J.), « L'effectivité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », in R. NÉRAC-CROISIER, *Le mineur et le droit pénal*, L'Harmattan, coll. « Logique juridique », 1997, p. 77.

CASTELLA (C.), « Sur une mise en lumière inédite du droit pénal de l'adoption », *RDSS*, 2008, p. 740.

CASTRO (D.), « Avant-propos », in *Incestes*, L'esprit du Temps, coll. « Psychologie », 1995.

CÉRÉ (J.-P.), « Le droit à une vie familiale pour les détenus », in J.-J. LEMOULAND et L. RUBY, *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 17.

CHACORNAC (J.), « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC*, 2008, p. 849.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et MILLARD (E.), « Efficacité et énoncé de la norme », in P. HAMMJE, L. JANICOT et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif - Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso, coll. « Lejep », 2013, p. 63.

CHARIOT (P.) et BOUROBKA (N.), « La violence dans le couple : aspects médicaux », *AJ famille*, 2003, p. 41.

CHARRON (Cl.), « Les enfants nés en prison », *RSC*, 1977, p. 864.

CHAUMONT (É.), « Polygamie », in M.-A. AMIR MOEZZI (dir.), *Dictionnaire du Coran*, éd. Robert Laffont, coll. « Bouquins », 2007, p. 679.

CHAUVIÈRE (M.), « Familialisme et régulation sociale ou aspects de la démultiplication du concept de famille », in *Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales*, *Annales de Vaucresson*, 1987, n° 37/2, p. 207.

CHEVALIER (P.), « Mariage mixte, loi applicable au consentement et contrôle de l'intention matrimoniale », *Gaz. pal.*, 2001, n° 102, p. 9.

CHEVALLIER (J.)

- « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, 1993, n° 4, p. 111.
- « La rationalisation de la production juridique », in C.-A. MORAND (dir.), *L'État propulsif*, Publisud, 1991, p. 11.

CHOUKROUN (C.), « L'immunité », *RSC*, 1959, p. 29.

CIMAMONTI (S.), « L'ordre public et le droit pénal », in Th. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 89.

CLÉMENT (G.) et CLÉMENT (B.), « Les immunités familiales », in *Les immunités pénales, Actualités d'une question ancienne*, PUF, CEPRISCA, coll. « Colloques », 2011, p. 49.

COHEN (L.), « Les lectures de l'inceste – Du signalement aux remèdes », in *Violences en famille - Conflits privés, pudeurs publiques, Cahiers de la sécurité intérieure*, 1997, n° 28, p. 33.

COHET-CORDEY (Fr.), « Préface », in Fr. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit, Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000, p. 9.

COLLET-ASKRI (L.), « La protection pénale de l'enfant victime des conflits entre ses parents divorcés », *RDSS*, 2000, n° 2, p. 285.

COMMAILLE (J.)

- « L'autorité parentale en question », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Chr. CHOAIN (dir.), *L'autorité parentale en question*, PU Septentrion, 2003, p. 221.
- « Point de vue – Violences intrafamiliales : l'exigence d'une politique publique », in *Violences en famille - Conflits privés, pudeurs publiques, Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 28, 1997, p. 9.
- « Les sciences du politique », in J. COMMAILLE & Fr. DE SINGLY, *La famille, l'état des savoirs*, La Découverte, 1991, p. 413.
- « Ordre familial, ordre social, ordre légal – Éléments d'une sociologie politique de la famille », *L'Année sociologique*, 1987, vol. 37, p. 265.
- « Présentation », in *Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales, Annales de Vaucresson*, 1987, n° 37/2, p. 7.

CONTE (Ph.)

- « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in J. BIGOT, M. BILLIAU, Cl. BOITEAU et L. CADIER (dir), *Études offertes à Jacques BÉGUIN*, Litec, 2005, p. 141.
- « Effectivité, inefficacité, sous-effectivité, surefficacité,... : variations pour droit pénal », in *Mélanges CATALA*, Litec, 2001, p. 127.

COPPER-ROYER (J.), « Abandon de famille et récession », *Gaz. Pal.*, 1994, I, p. 296.

CORNET (J.), « La nocivité des punitions corporelles : point de vue des scientifiques », *AJ famille*, 2005, n° 6, p. 226.

CORNU (G.), « La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la filiation) », *D.*, 1971, chron. p. 165.

CORPART (I.)

- « Intensification de la lutte contre les violences conjugales. Commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Dr. fam.*, 2010, n° 11, ét. 28.
- « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le Code pénal », *RJPF*, 2010, n° 6, p. 8.
- « Haro sur les violences conjugales », *RLDC*, 2007, n° 35, p. 42.
- « L'inceste en droit français », *Gaz. pal.*, 1995, n° 2, doct. p. 888.

COSTE (Fr.-L.)

- « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité », *D.*, 1997, p. 179.
- « Comment dire la loi qui ne dit pas l'inceste », in *L'inceste et autres violences*, Bull. CLCJ, 1989, n° 20, p. 35.

COUVRAT (P.)

- « La famille, parent pauvre du droit pénal », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 133.
- « Le droit pénal et la famille », *RSC*, 1969, p. 807.

CRETIN (Th.), « La preuve impossible ? De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements », *RSC*, 1992, p. 53.

DALIGAND (L.), « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *LPA*, 1995, n° 53, p. 56.

DANTI-JUAN (M.), « Abandon pécuniaire de famille », *Rev. pénit.*, 2010, chron. p. 655.

DARBÉDA (P.), « Le maintien des relations familiales des détenus en Europe », *RSC*, 1998, p. 590.

DEBOVE (Fr.), « L'overdose législative », *Dr. pén.*, 2004, n° 10, ét. 12.

DÉCHAUX (J.-H.), Compte rendu de lecture de B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille. Le lien familial sous questions*, *Revue Française de Sociologie*, 1998, n° 2, p. 452.

DECHEIX (P.), « Interruption illégale de grossesse », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 223-10 à 223-12.

DEFFERRARD (F.), « La "suspicion légitime" contre les violences au sein des couples ou le nouveau "référé protection" », *Dr. pén.*, 2010, n° 11, ét. 27.

DEFOORT (C.), « Regards critiques sur le régime pénal applicable aux infractions de nature sexuelle commises contre les mineurs », *Rev. pénit.*, 2006, n° 4, p. 763.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.)

- « Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes », *RLDC*, 2010, p. 75.
- « La filiation en question », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, A. DONVAL, Ph. JEAMMET et N. ROULAND (dir.), *Inventons la famille*, Bayard, coll. « Société », 2001, p. 18.
- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Ch. MOULY*, T. 1, Litec, 1998, p. 281.
- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249.
- « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.*, 1992, p. 33.

DELENS-RAVIER (I.)

- « Lien familial et détention en Communauté française de Belgique », *Politiques sociales*, 2006, n° 3-4, p. 57.
- « Lien familial et détention en Europe », *Rev. crim. et pol. techn.*, 2006, n° 4, p. 481.

DELMAS SAINT-HILAIRE (J.-P.), « Recel de malfaiteur (art. 434-6, c. pén.), délit poursuivi et étudié rarement mais généralement confondu avec l'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France (art. 21, ord. 2 nov. 1945) : « vrai » et « faux » recel de malfaiteur », *RSC*, 2004, p. 645.

DELMAS-MARTY (M.), « Les contradictions du droit pénal », *RSC*, 2000, chron. p. 1.

DELORS (G.), « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC*, 2011, p. 599.

DEPADT-SEBAG (V.), « De la nécessité d'une réforme de l'article 16-7 du Code civil relatif à l'interdiction de la gestation pour autrui », *Revue générale de droit médical*, 2004, n° 12, p. 135.

DESCOLA (Ph.), « L'impossible dissociation entre nature et culture », in P.-H. GOUYON et H. LERICHE (dir.), *Aux origines de l'environnement*, Fayard, 2010, p. 207.

DÉSIRY (R.), « Convient-il de déférer à nouveau l'infanticide à la compétence de la Cour d'assises ? », *D.*, 1948, chron. p. 81.

DETRAZ (St.), « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. pal.*, 2010, n° 63, p. 10.

DEVÈZE (J.), « La sexualité en droit pénal contemporain », in J. POUMAREDE et J.-P. ROYER (textes réunis et présentés par), *Droit, histoire et sexualité*, L'espace juridique, 1987, p. 291.

DONATI (P.), « La relation comme objet spécifique de la sociologie », *Revue du MAUSS*, La Découverte, 2004/2, n° 24, p. 236.

DONVAL (A.), « Point de vue d'un psychosociologue », in G. EID, *La famille, le lien et la norme* (Actes du colloque de l'Institut des Sciences de la Famille, Université Catholique de Lyon, 10-11 mai 1996), L'Harmattan, 1997, p. 267.

DORMOY (O.), « L'enfant et la prison », *Enfance*, 1992, vol. 45, n° 3, p. 251.

DORSNER-DOLIVET (A.), « Les infractions en matière d'éthique biomédicale – Respect et protection du corps humain », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 16 à 16-13.

DOUCET (J.-P.), « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. pal.* 1972, II, doct. p. 727.

DOUCHY-OUDOT (M.)

- « Nouvelle compétence du juge aux affaires familiales : l'ordonnance de protection issue de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Procédures*, 2010, alerte 37.
- « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures*, 2010, ét. 9.

DREIFUSS-NEITTER (Fr.)

- « Atteintes à la filiation », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-12 à 227-14, 2000.
- « Délaissement de mineur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-1 et 227-2, 1998, n° 11.
- « Le désir d'enfant face au droit pénal », *RSC*, 1986, n° 2, p. 275.

DUBREUIL (A.), « La protection pénale de la famille en droit français », in R. GANGHOFER (dir.), *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, PU Strasbourg, 1992, p. 183.

DUCOULOUX-FAVARD (Cl.), « L'organisation frauduleuse de son insolvabilité en droit pénal français », *LPA*, 23 novembre 1998, n° 140, p. 4.

DUPIRE (Ph.), « Famille, besoin, travail et société civile chez HEGEL », in J. CHEVALLIER (dir.), *La société civile*, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1986, p. 33.

DURKHEIM (É.)

- « Le crime, phénomène normal », in D. SZABO (dir.), *Déviance et criminalité*, Armand Colin, 1970, p. 65.
- « La famille conjugale », *Revue philosophique*, 1921, n° 90, p. 2.
- « La prohibition de l'inceste et ses origines », *L'Année sociologique*, 1896-1897, vol. 1, p. 4.
- « Introduction à la sociologie de la famille », *Extrait des Annales de la Faculté des lettres de Bordeaux*, 1888, n° 10.

DUSSY (D.), « Père et fille à l'épreuve d'un procès pour inceste », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2008, n° 1, p. 161.

DUTHÉ (G.), HAZARD (A.), KENSEY (A.) et PAN KÉ SHON (J.-L.), « Suicide en prison : la France comparée à ses voisins européens », *Population et société*, 2009, n° 462, p. 2.

DUVERT (C.), « Bigamie », *J.-Cl. Pénal Code*, Art 433-20, Fasc. 20, 2009.

EEKELAAR (J.), « Droit de la famille et contrôle social », in *Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales, Annales de Vaucresson*, 1987, n° 37/2, p. 227.

ELIACHEFF (C.), « L'enfant éloigné de son parent incarcéré », in A. BOUREGBA (dir.), *Les liens familiaux à l'épreuve du pénal*, Érès, 2002, p. 39.

ENDRÉO (G.), « Bigamie et double ménage », *RTD Civ.*, 1991, p. 263.

ENGELS (Fr.), « La famille monogamique », in *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*, Éd. Sociales, 1975.

EOCHE-DUVAL (Chr.)

- « Mariage et droit pénal. La pénalisation des célébrations religieuses effectuées sans mariage civil a-t-elle encore un sens ? », *Rev. pénit.*, 2013, n° 1, p. 109.
- « Faut-il dépénaliser les célébrations religieuses effectuées sans mariage civil ? », *D.*, 2012, p. 2615.

ESMEIN (P.), « L'abandon de famille - Commentaire de la loi du 23.07.42 », *JCP G*, 1942, I, p. 297.

FAGET (J.), « Conflit public, pudeur privée. Le traitement des plaintes pour violences conjugales », in *Violences en famille - Conflits privés, pudeurs publiques, Cahiers de la sécurité intérieure*, 1997, n° 28, p. 101.

- FALCONI (A.-M.)**, « Pour une construction socio-judiciaire des violences aux enfants », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 35, p. 133.
- FARRINGTON (D. P.)**, « Families and Crime », in J. Q. WILSON et J. PERTERSILIA, *Crime and public policy*, Oxford University Press, 2011, p. 130.
- FARSÉDAKIS (J.)**, « Faire face à la violence au sein de la famille – Initiatives législatives récentes. Le cas grec », in *Du monde pénal, Mélanges en l'honneur de P.-H BOLLE*, Helbing and Lichtenhahn, 2006, p. 325.
- FATIN-ROUGE STÉFANINI (M.), GAY (L.) et VIDAL-NAQUET (A.)**, « Préface », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique - Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 13.
- FENOUILLET (D.) et MALABAT (V.)**, « Le droit pénal et la famille », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Actes du XX^e colloque de l'Association Française de Droit Pénal, Cujas, 2012, p. 53.
- FENOUILLET (D.)**,
- « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté – Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », in *La famille en mutation, Arch. phil. dr.*, 2014, T. 57, p. 37.
 - « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », in *La famille en mutation, Arch. phil. dr.*, 2014, T. 57, p. 95.
 - « Le détournement d'institutions familiales », in A. DECOCQ, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER (dir.), *Mélanges Philippe MALAURIE*, Éd. Deffrénois, 2005, p. 237.
- FERRAND (A.)**, « La structure des systèmes de relations », *L'Année sociologique*, 1997, vol. 47, n° 1, p. 37.
- FERRARI (P.)**, « Enfants éloignés, parents détenus », *Transitions*, 1995, n° 39, p. 27.
- FERREIRA (N.)**, « L'efficacité du droit... pour quoi faire ? », in P. HAMMJE, L. JANICOT et S. NADAL, *L'efficacité de l'acte normatif - Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso, coll. « Lejep », 2013, p. 23.
- FIERENS (J.)**, « État et Familles », in *Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales, Annales de Vaucresson*, 1987, n° 37/2, p. 249.
- FLEURY (J.)**, « Avant-propos », in N. JONAS, *La famille*, Bréal, coll. « Thèmes et débats », 2007.
- FLOUR (J.)**, « Cours de droit criminel », *Les cours de droit*, 1954, p. 9.
- FLÜCKIGER (A.)**, « L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, n° 138, p. 83.
- FOSSIER (Th.)**, « Un droit de la famille centré sur la parentalité », in P. GRELLEY (dir.), *Nouvelles figures de la parentalité, IS, CNAF*, 2008, vol. 5, n° 149, p. 32.
- FOUCAULT (M.)**, « La gouvernementalité », Leçon au Collège de France (1978), *Actes*, 1986, n° 54, p. 13.
- FOURNIER (G.)**, « La référence à l'autorité à l'égard de l'enfant en sciences criminelles », in *Étude offerte à H.D. COSNARD, La terre, la famille, le juge*, Economica, Travaux et recherches de la faculté de droit et de sciences politiques de Rennes, 1990, p. 223.
- FRICERO (N.)**, « Protection des victimes de violences au sein du couple, le cadre procédural », *RJPF*, 2010, n° 11.
- GABA (H.-K.)**, « La défense des intérêts de l'enfant victime de maltraitance commise par ses représentants légaux », *Dr. fam.*, 2002, n° 4, chron. p. 9.
- GARCIN (Cl.)**, « Le maintien des liens familiaux et la détention », *RSC*, 2005, n° 1, p. 67.
- GARÈCHE (A.)**, « Loi et ordre moral », in *Le Monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Economica, 2008, p. 441.
- GASSIN (R.)**, « Le droit pénal : droit public ou droit privé ? », *Problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, 1991, p. 51.
- GAUVIN (F.)**, « De l'obscurité à la clarification du droit - À propos du délit d'abandon pécuniaire de famille », *JCP G*, 2010, n° 6, p. 141.
- GENDREL (M.)**, « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *Rev. pénit.*, 1964, vol. 88, p. 31.
- GEURTS (M.)**, « Violences conjugales : pour une véritable cohérence entre le code pénal et le code civil », *AJ famille*, 2003, p. 412.

GOBERT (M.), « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, à propos de la maternité de substitution », *RTD Civ.*, 1992, p. 513.

GODENZI (A.) et DE PUY (J.), « La prévention primaire des violences dans la famille, Un bilan des connaissances », in *Le lien familial, entre autorité, autonomie et authenticité, Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, p. 59.

GONTHIER (Fr.) et LAMARCHE (M.), « Faute en famille », in *Études à la mémoire de Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS*, PU Bordeaux, 2003, p. 177.

DE GOUSTINE (P.), « Les limites de la répression de la non-représentation d'enfant », *Revue droit de l'enfance et de la famille*, 1991, n° 32, p. 149.

GOUTAL (J.-L.), « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC*, 1980, n° 4, p. 933.

GOUTTENOIRE (A.) et PIERROT (C.), « De nouveaux moyens pour lutter contre les violences conjugales », *Dr. fam.*, 2004, n° 11, alerte 55.

GOUTTENOIRE (A.)

- V° « Atteintes à l'autorité parentale », *Rép. pén.*, 2012.
- « La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale », *AJ famille*, 2010, p. 518.
- V° « Enfance », *Rép. pén., D.*, 2004, n° 13.
- « Droit pénal de la famille, question d'actualité », *AJ famille*, 2002, p. 244.
- « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ famille*, 2002, p. 244.

GUÉRY (Chr.)

- « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pénal*, 2010, p. 126.
- « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.*, 1998, chron. p. 47.

GUÉVEL (D.), « La famille incestueuse », *Gaz. pal.*, 2004, doct. 3043, p. 2.

GUIHO (P.), « Acquisition de la nationalité française par mariage : la bigamie, obstacle à l'assimilation à la communauté française », *D.*, 1995, n° 7, p. 108.

GUYOT (Fr.), « Politiques pénales en matière de violences conjugales », *AJ famille*, 2003, p. 407.

HASSLER (Th.), « La solidarité familiale confrontée aux obligations de collaborer à la justice pénale », *RSC*, 1983, p. 437.

HAUSER (J.)

- « Le droit pénal des aliments et assimilés (suite et fin) », *RTD Civ.*, 2011, p. 751.
- « L'Assemblée plénière et le fœtus : brèves remarques », *RTD Civ.*, 2001, p. 560.
- « L'individu, la famille et le droit », in G. EID, *La famille, le lien et la norme* (Actes du colloque de l'Institut des Sciences de la Famille, Université Catholique de Lyon, 10-11 mai 1996), L'Harmattan, 1997, p. 45.
- « Un nouveau né : l'enfant conventionnel ? », *D.*, 1996, chron. 182.
- « Le fondement du délit d'abandon pécuniaire de famille », *JCP G*, 1974, I, p. 2617.

HELMAN (C. G.), « The Family Culture: A useful concept for family practice », *Family Medicine*, 1991, n° 23, p. 376.

HÉRITIER-AUGÉ (Fr.), « Les sociétés humaines et la famille », in *Encyclopaedia Universalis*, 1985, vol. 7, p. 745.

HÉRON (J.), « Existe-t-il des règles de non-imputation ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à G. CORNU*, PUF, 1994, n° 1, p. 217.

HERZOG-EVANS (M.)

- « Libération conditionnelle parentale et intérêt de l'enfant », *AJ pénal*, 2010, p. 334.
- « Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées », *AJ famille*, 2009, p. 484.
- « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ famille*, 2005, n° 6, p. 212.
- « Prisons, les verrous et le droit. Le droit en prison », *Projet*, 2002, n° 1, p. 89.
- « Droit commun pour les détenus », *RSC*, 1995, p. 621.

HEUSCHLING (L.), « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique juridique - Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 27.

HUGUENEY (L.), « Les dommages et intérêts dus par le souteneur à la prostitués », *RIDP*, 1946, p. 74.

HUYNEN (S.), « Le droit pénal protecteur de la famille », *JT*, 1946, p. 249.

JACOPIN (S.), « Le droit pénal de l'obligation alimentaire : l'abandon de famille à l'épreuve du droit civil », *LPA*, 2010, n° 125, p. 48.

JAWORSKI (V.), « Abandon pécuniaire de famille et coparentalité, de l'importance des valeurs protégées par la loi pénale », *JCP G*, 2004, I, n° 3, p. 102.

JEAMMAUD (A.), « Le concept d'effectivité du droit », in PH. AUVERGNON (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, PU Bordeaux, 2^e éd., 2008, p. 36.

JEAMMET (Ph.), « Les assises narcissiques de la symbolisation », *Revue française de psychanalyse*, 1989, n° 6, p. 1765.

JEANDIDIER (W.)

- « Vol », *J.-Cl. Pénal Code*, art. 311-1 à 311-16, Fasc. 20, 2014, n° 151.
- « Des immunités entre époux ou parents », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 380, 1989, n° 64.

JEULAND (E.)

- « L'égalité dans les liens de droit », *Arch. phil. dr.*, 2008, n° 51, p. 30.
- « L'énigme du lien de droit », *RTD Civ.*, 2003, n° 3, p. 455.

JOUBERT (Chr.), « Psychanalyse du lien familial », in *Le divan familial*, 2004/1, n° 12, p. 161.

JUNGER-TAS (J.), « Changes in the family and their impact on delinquency », *European Journal on Criminal Policy and Research* 1/1, 1993, p. 27.

KATZ (Cl.), « La dénonciation calomnieuse : une arme redoutable de dissuasion au service des auteurs de violences sexuelles », *Gaz. Pal.*, 2005, n° 152, p. 2.

KIEFE (S.), « Abandon de famille en droit français », *Gaz. pal.*, 1972, n° 2, doct. p. 720.

KOERING-JOULIN (R.), « Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à J. PRADEL*, Cujas, 2006, p. 309.

LABBÉE (X.)

- « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. pal.*, 2012, n° 334, p. 5.
- « Le ministre et les violences dans le couple », *D.*, 2009, p. 2814.
- « Reconstruire la famille, un droit commun pour le couple ? », *LPA*, 2007, n° 254, p. 4.

LABERGE (D.), « Futur pénal, fiction pénale : débat autour des notions de privatisation et de désinvestissement étatique », *Déviance et société*, 1988, vol. 12, n° 2, p. 169.

LABRUSSE-RIOU (C.)

- « Couple et lien affectif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, p. 75.
- « Droits de l'homme et institution des liens familiaux : une relation explosive ou pervertie ? », in G. EID, *La famille, le lien et la norme* (Actes du colloque de l'Institut des Sciences de la Famille, Université Catholique de Lyon, 10-11 mai 1996), L'Harmattan, 1997, p. 54.

LACOUR (Cl.), « La personne âgée vulnérable : entre autonomie et protection », *Gérontologie et société*, 2009, n° 131, p. 187.

DE LAGRANGE (É.)

- « La crise de la famille », in *Études dédiées à A. WEILL*, Dalloz, 1983, p. 353.
- « La femme mariée abandonnée », *D.*, 1957, chron. p. 215.

LAMARCHE (M.)

- « Ne confondons pas polygamie et bigamie ! Distinguons unions légales et unions de fait », *Dr. fam.*, 2010, n° 7-8, alerte 47, p. 3.
- « Éviction du domicile familial du concubin ou du pacsé violent : l'analogie entre mariage et concubinage est-elle toujours possible ? », *Dr. fam.*, 2010, n° 3, alerte 12.
- « Violences faites aux femmes : le droit et les faits », *Dr. fam.*, 2008, n° 7, alerte 57.

LAMEYERE (X.), « La préhension pénale des auteurs d'infractions sexuelles », *AJ pénal*, 2004, p. 54.

DE LAMY (B.), « Le droit pénal spécial à l'épreuve du droit pénal et de la procédure pénale », *Dr. pén.*, 2013, n° 9, p. 1.

LANCELEVÉE (C.), « Une sexualité à l'étroit. Les unités de visite familiale et la réorganisation carcérale de l'intime », *Sociétés contemporaines*, 2001, vol. 3, n° 83, p. 168.

LARGUIER (J.)

- « Mort et transfiguration du droit pénal », in *Mélanges ANCEL*, T. 2, Pédone, 1975, p. 125.
- « Rigueur pénale et protection de l'enfance (à propos de la loi du 13 avril 1954, relative à la répression des crimes et délits commis contre les enfants) », *D.*, 1955, chron. p. 44.

LARRIBEAU-TERNEYRE (V.), « Un téléphone portable comme bouclier antiviolence », *Dr. fam.*, 2010, n° 1, repère 1.

LASCOUMES (P.)

- V° « Effectivité », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 1993, p. 217.
- « L'émergence de la famille comme intérêt protégé par le droit pénal », in *La famille, la loi, l'Etat, de la Révolution au Code civil*, I. THÉRY et C. BIET (dir.), Centre G. POMPIDOU, 1989, p. 341.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « Précisions jurisprudentielles sur le champ d'application du délit d'abandon de famille », *Dr. fam.*, 2011, n° 91, p. 7.

LAUMANN (E. O.) et MARSDEN (P. V.), « Microstructural analysis in interorganizational systems », *Social Networks*, 1982, n° 4, p. 343.

LAZERGES (Chr.)

- « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, 2004, p. 194.
- « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC*, 1997, p. 187.

LECLERC (M.), « Avant-propos », in *Violences en famille - Conflits privés, pudeurs publiques, Cahiers de la sécurité intérieure*, 1997, n° 28, p. 5.

LÉCUYER (B.-P.), « Régulation sociale, contrainte sociale et "social control" », *RFS*, 1986, vol. 8, n° 1, p. 78.

LEGAL (A.), « L'institution du divorce et le droit pénal », in *Mélanges offerts à P. VOIRIN*, L.G.D.J., 1966, p. 519.

LÉGER (S.), « Les infractions de nature sexuelle commises à l'encontre des mineurs », *Arch. pol. crim.*, 1999, p. 11.

LEMOULAND (J.-J.)

- « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 43.
- « L'avenir du mariage », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p. 253.
- « Le tourisme procréatif », *LPA*, 2001, n° 62, p. 24.

LEPAGE (A.), « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G*, 2010, n° 12, p. 335.

LEROYER (A.-M.), « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements, et continuité du droit, Mélanges en l'honneur de M. GOBERT*, Economica, 2004, p. 247.

LEVASSEUR (G.)

- « Les transformations du droit pénal concernant la vie familiale », in *Les réformes du droit de la famille*, *Arch. phil. dr.*, 1975, T. 20, p. 57.
- « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en France », *Rev. inter. dr. pén.*, 1964, p. 755.

LEVI MAKARIUS (R.) et LEVI MAKARIUS (L.), « Essai sur l'origine de l'exogamie et de la peur de l'inceste », *L'Année sociologique*, 3^e série, 1955-1956, p. 173.

LÉVI-STRAUSS (Cl.)

- « Préface », in P. BEILLEVAIRE, *Histoire de la famille*, Armand Colin, 1986.
- « La famille », *Annales de l'université d'Abidjan*, série F, T. 3, 1971.

LIENHARD (Cl.) et COPIN (J.-P.), « Médiation pénale familiale : un mode alternatif au contentieux pénal familial », *AJ famille*, 2002, p. 254.

LINDON (R.), « La famille accordéon », *JCP G*, 1965, I, n° 1965, p. 57.

LOBE-LOBAS (M.), « La prévention et la répression des violences commises au sein du couple ou contre les mineurs (analyse de la loi du 4 avril 2006) », *LPA*, n° 139, 2006, p. 5.

LOPEZ (G.), « La violence dans le couple : aspects psychologiques », *AJ famille*, 2003, p. 416.

LOPEZ-REY (M.), « La protection pénale de la famille », *Rev. crim. et pol. techn.*, 1964, p. 106.

LOUVET (J.), « Violence, délinquance et législation anti-familiale », *Gaz. pal.*, 1977, n° 2, p. 540.

MAISTRE DU CHAMBON (P.), « Quelques réflexions sur le droit pénal de la famille », *JCP G*, 2011, n° 1, p. 10.

MAIZY (M.-B.) et CHOPIN (M.), « La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection, une réponse adaptée aux violences intrafamiliales », *AJ famille*, 2010, p. 514.

MALABAT (V.)

- « Morale et droit pénal », in D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p. 219.
- « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 71.

MALAURIE (Ph.), « Sur le PACS », *Dr. fam.*, 1999, hors-série, p. 30.

MARCHAND (G.), « Les liens familiaux et la détention », *Sciences humaines*, 2002, n° 129, p. 8.

MARÉCHAL (J.-Y.)

- « La difficile preuve du délit de célébration de mariages religieux avant le mariage civil », *JCP G*, 2013, n° 15, p. 427.
- « Privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention ? », *D.*, 2006, p. 2446.

MARMIER (M.-P.), « De la condition préalable au délit de non-représentation d'enfant (article 357 du Code pénal) », *RSC*, 1970, p. 569.

MARQUET (J.), « Couple parental – couple conjugal, multiparenté – multiparentalité, Réflexions sur la nomination des transformations de la famille contemporaine », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, « Penser la pluriparentalité et la pluriparenté », 2010, vol. 41, n° 2, p. 51.

MASSIP (J.), « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », *Deffrénois*, 1990, n° 3, p. 149.

MAUREL (O.), « Les conséquences des châtiments corporels infligés dans le cadre de l'éducation », *AJ famille*, 2005, n° 6, p. 224.

MAYAUD (Y.)

- « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », in *Regards croisés*, Cujas, coll. « Actes et Études », 2012, p. 473.
- « Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ? », in *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 541.

MAYER (D.)

- « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.*, 1988, chron. p. 213.
- « La protection de l'enfant en droit pénal », in *Travaux de l'association H. Capitant*, T. 30, 1979, p. 273.

MAZEAUD (D.), « Droit pénal et droit des contrats (les liaisons fructueuses) », in *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Cujas, coll. « Actes et Études », 2012, p. 101.

MCCORD (J.), « Family Relationships, Juvenile Delinquency, and Adult Criminality », *Criminology* 29/3, 1991, p. 397.

MEULDERS-KLEIN (M.-Th.)

- « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD Civ.*, 1988, p. 657.
- « Famille, État et sécurité économique d'existence dans la tourmente », *JT*, 1986, p. 3.
- « Famille, État et sécurité économique d'existence à la fin du XX^e siècle », Rapport de synthèse finale présenté au V^e Congrès mondial de l'Association internationale de Droit de la Famille, Bruxelles, 1985, p. 12.
- « La personne, la famille et la loi au sortir du XX^e siècle », *JT*, 1982, p. 141.

MÉZARD (A.), « Le traitement judiciaire des violences conjugales », *AJ famille*, 2003, p. 410.

MICHEL (A.), « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », in *Les réformes du droit de la famille, Arch. phil. dr.*, 1975, T. 20, p. 131.

MIRABAIL (S.)

- « Abandon de famille : simplification ou déstructuration ? », *D.*, 2010, n^o 7, p. 397.
- « Les obligations personnelles au sein du couple », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p. 117.

MISTRETTA (P.), « Pour un droit pénal de l'avortement lisible et intelligible », *Gaz. pal.*, 2015, n^o 223, p. 11.

MOINE-DUPOIS (I.), « Le droit de visite du parent incarcéré », *D.*, 1999, p. 255.

MONACHON DUCHÊNE (N.), « L'obligation alimentaire devant le juge pénal... et l'abandon de famille devant le Jaf », *JCP G*, 2006, I, n^o 36, p. 165.

MONÉGER (Fr.), « La polygamie en questions... », *JCP G*, 1990, I, p. 3460.

MONNIER (J.-Cl.), « Les aspects pratiques du droit pénal de la famille », *Revue juridique d'Ile de France*, 1996, n^o 42-43, p. 243.

MONTAS (A.) et ROUSSEL (G.), « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *Arch. pol. crim.*, 2010, n^o 32, p. 289.

MORIN (Th.), JALUZOT (L.) et PICARD (S.), « Femmes et hommes face à la violence », *Insee Première*, 2013, n^o 1473, p. 1.

MOULIN (V.), « Approche psychocriminologique de l'agir criminel violent : dynamique relationnelle, processus et fonction du passage à l'acte dans le cadre des violences intra-familiales », *Rev. crim. et pol. techn.* 2006, n^o 4, p. 398.

MOUSSERON (P.), « Les immunités familiales », *RSC*, 1998, p. 291.

MUCCHIELLI (L.)

- « Une société plus violente ? Une analyse socio-historique des violences interpersonnelles en France, des années 1970 à nos jours », *Déviance et société*, 2008, n^o 32, p. 115.
- « La place de la famille dans la genèse de la délinquance », *Regards sur l'actualité*, n^o 268, 2001, p. 31.
- « Monoparentalité, divorce et délinquance juvénile », *Déviance et société*, 2001, vol. 25, p. 217.
- « La dissociation familiale favorise-t-elle la délinquance ? Arguments pour une réfutation empirique », *Recherches et Prévisions*, 2000, n^o 61, p. 35.

MULON (É.) et CASEY (J.), « Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal », *Gaz. Pal.*, 2010, n^o 315, p. 6.

MULON-MONTÉLAN (É.), « La répression pénale en droit de la famille, ou comment réduire à néant l'espoir de la coparentalité », *RJPF*, 2002, n^o 10, p. 29.

MURAT (P.)

- « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », in *La famille en mutation*, *Arch. phil. dr.*, 2014, T. 57, p. 285.
- « L'État des devoirs légaux des parents envers leurs enfants », in Ph. JACQUES, *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 49.
- « Proposition de loi sur les violences intrafamiliales : beaucoup de symboles pour quelle efficacité ? », *Dr. fam.*, 2006, n° 4, repère 4.
- « La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ? », *Dr. fam.*, 2001, n° 11, p. 10.

NADAL (S.), « L'efficacité des règles de droit pour repère : quel(s) horizon(s) ? », in P. HAMMJE, L. JANICOT et S. NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif - Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso, coll. « Lejep », 2013, p. 14.

NAST (M.), « Commentaire de la loi du 23.07.42 relative à l'abandon de famille », *DC*, 1943.

NEIRINCK (Cl.)

- « Inceste : qui peut définir la famille ? », *Dr. fam.*, 2011, n° 11, repère 10.
- « L'enfant, être vulnérable », *RDSS*, 2007, n° 1, p. 5.
- « De la parenté à la parentalité », in A. BRUEL, J. FAGET, L. JACQUES, M. JOECKER, Cl. NEIRINCK et G. POUSSIN (dir.), *De la parenté à la parentalité*, Erès, 2001.
- « Commentaires des projets de loi relatifs à l'éthique biomédicale », *LPA*, 1992, n° 75, p. 5.

NÉRAC (Ph.), « Les garanties d'impartialité du juge répressif », *JCP*, 1978, I, p. 2890.

NÉRAC-CROISIER (R.)

- « Droit pénal et mineur victime : indifférence ou protectionnisme ? », in R. NÉRAC-CROISIER et J. CASTAIGNÈDE (dir.), *La protection judiciaire du mineur en danger, aspects de droit interne et de droits européens*, L'Harmattan, 2000, p. 15.
- « L'efficacité de la protection pénale du mineur victime d'abus sexuel », in *Le mineur et le droit pénal*, L'Harmattan, 1997, p. 13.

NERSON (R.) et RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Jurisprudence française en matière de droit civil – Personnes et droits de famille », *RTD Civ.*, 1983, p. 103.

NEUBURGER (R.), « Préface », in É. DURKHEIM, *La prohibition de l'inceste et ses origines* (1897), Payot et Rivages, coll. « Petite Bibliothèque Payot », 2008, n° 676, p. 17.

NEYRAND (G.), V° « Parentalité », in J.-Y. BARREYRE et Br. BOUQUET (dir.), *Dictionnaire critique d'action sociale*, Bayard, 2006, p. 404.

OCQUETEAU (Fr.), « Journée d'études – Violences intrafamiliales », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 35, p. 239.

OST (F.), « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in J. CLAM, et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et Société », L.G.D.J., 1998, p. 423.

PATIN (M.), « La légalité républicaine et la répression de l'infanticide », *RSC*, 1947, p. 185.

PEDRON (P.), « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-17, Fasc. 20, 2008.

PÉDROT (P.), « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP G*, 1991, I, n° 3, p. 3483.

PERELMUTTER (C.), « On achève bien les enfants », *Gaz. pal.*, 2010, n° 84, p. 7.

PERRIN (C.), « L'enfant tyran ou de la violence intrafamiliale », *Dialogue – Recherches cliniques et sociologiques sur le couple et la famille*, 2003, n° 160, p. 59.

PERRIN (S.), « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.*, n° 6, 2010, ét. 16.

PIN (X.)

- « La responsabilité pénale des parents du fait de leur enfant mineur – Les voies de la pénalisation : entre culpabilisation et responsabilisation », in Ph. Jacques, *Être parent aujourd'hui*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 67.
- « La privatisation du procès pénal », *RSC*, 2002, p. 245.
- « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », *Rev. pénit.*, n° 1, 2001, p. 83.
- « La vulnérabilité en matière pénale », in F. COHET-CORDET (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000, p. 122.

PINATEL (J.), « L'environnement familial », *RSC*, 1954, p. 792.

PIRE (D.), « Logement familial et violences conjugales », *Revue trimestrielle de droit familial*, n° 3, 2004, p. 521.

PIRES (A. P.), LANDREVILLE (P.) et BLANKEVOORT (V.), « Système pénal et trajectoire sociale », *Déviance et société*, 1981, vol. 5, n° 4, p. 319.

PISON (G.), « La démographie de la polygamie », *Population*, 1986, vol. 41, n° 1, p. 93.

PITTI (G.), « L'ordonnance de protection instituée par la loi du 9 juillet 2010 – Le juge aux affaires familiales, "juge de paix familiale" », *Gaz. Pal.*, 2010, n° 231, p. 8.

PLANCKEEL (Fr.), « La naissance pénale de l'enfant », *D.*, 2003, p. 660.

PLANQUE (J.-Cl.), « Infractions incestueuses : objets pénaux non identifiés et conséquences identifiables », *Gaz. pal.*, 2012, n° 110, p. 13.

PLANTET (J.), « La famille à l'épreuve de la prison », *Lien social*, 1999, n° 511, p. 10.

POMART-NOMDÉDÉO (C.)

- « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. fam.*, 2010, n° 9, chron. 20, p. 9.
- « Délits de simulation et de dissimulation d'enfant : conflit de lois pénales dans le temps », *D.*, 2001, p. 2791.

PONCELA (P.), « L'harmonisation des normes pénitentiaires européennes », *RSC*, 2007, p. 126.

PORCHY (M.-P.), « La loi pénale ne pose pas l'interdit de l'inceste », in M. DE BÉCHILLON (dir.), *Les violences aux mineurs*, La documentation française, 2009, p. 109.

PORTELLI (S.)

- « Crimes et délits de famille, l'état de droit », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1997, n° 28, p. 90.
- « Des difficultés de l'intervention judiciaire dans la sphère privée », in *Violences en famille - Conflits privés, pudeurs publiques*, *Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 28, 1997, p. 123.

PRADEL (J.) et SENON (J.-L.), « De la prévention et de la répression des infractions sexuelles, Commentaire de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 », *Rev. pénit.*, 1998, n° 3, p. 208.

PRADEL (J.)

- « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *D.*, 2004, p. 2456.
- « La Chambre criminelle continue d'ignorer l'enfant à naître », *D.*, 2002, p. 3099.
- « La seconde mort de l'enfant à naître », *D.*, 2001, p. 2907.
- « La famille du délinquant au cours du procès », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, coll. « Publication de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 1983, p. 295.

PRADELLE (St.), « La dépenalisation d'une facette de l'abandon de famille », *AJ pénal*, 2011, p. 192.

PROTHAIS (A.)

- « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC*, 2000, p. 47.
- « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *JCP G*, 1997, I, n° 42, p. 4055.

QUENIART (A.) et HURTUBISE (R.), « Nouvelles familles, nouveaux défis pour la sociologie de la famille », *Sociologie et société*, 1998, vol. 30, n° 1, p. 139.

RACINE (A.)

- « Quelques aspects psychologiques du phénomène de la délinquance cachée », *Revue de l'Institut de Sociologie*, « Évolution sociale et criminalité », 1963, n° 1, p. 164.
- « L'enfant victime d'actes contraires aux mœurs commis sur sa personne par un ascendant », *Dr. pén.*, 1958-1959, p. 639.

RAMBOURG (C.), « Les unités de visites familiales : nouvelles pratiques, nouveaux liens », *Dossiers thématiques du CIRAP*, 2006, p. 5.

RASSAT (M.-L.), « Inceste et droit pénal », *JCP G*, 1974, I, p. 2614.

REBOURG (M.), « Prévention et répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs – À propos de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 », *JCP G*, 2006, n° 16, p. 173.

REBUT (D.), « Abandon de famille (synthèse annuelle du contentieux) », *Dr. fam.*, 2000, n° 2, chron. 3.

REISS (A. J.), « Delinquency as a failure of personal and social controls », *American Sociological Review*, 1951, n° 16, p. 196.

RENAUT (M.-H.)

- « Le délit d'abandon de famille ou le droit pénal, bras armé du droit civil », in *Mélanges en l'honneur d'A. Le Bayon, Regards croisés sur les droits de la famille et du patrimoine*, L'Harmattan, 2005, p. 63.
- « Le droit pénal au secours du droit civil ou l'article 227-3 du Code pénal à l'épreuve de la pratique », *Rev. pénit.*, 2002, n° 3, p. 521.

RENUCCI (J.-Fr.), « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, 2000, p. 79.

REVEY (Th.), « De l'ordre des célébrations civile et religieuse du mariage », *JCP G*, 1987, I, p. 3309.

RICHARD (G.), « De la confiance », *L'enseignement philosophique*, 2000, n° 5, p. 24.

RIGAUX (Fr.), « Quelques réflexions sur les rapports entre le droit pénal et les autres branches du droit », in *Mélanges offerts à R. LEGROS*, 1985, p. 517.

RIVERO (N.) et STRASBURG (P.-A.), « Essai de prévision par critères objectifs de l'issue des permissions de sortir dans les établissements pour peine », *Arch. pol. crim.*, 1980, n° 4, p. 197.

ROBERT (A.-G.), « Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *RSC*, 2010, p. 911.

ROBERT (J.-H.), « Discours sur l'état du droit pénal », *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1987, n° 6, p. 154.

ROCHFELD (J.), « La contractualisation des obligations légales – La figure du "contrat pédagogique" », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 261.

ROGER (M.)

- « La famille du condamné détenu », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 325.
- « Les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail », *Droit social*, 1980, p. 173.

ROMAN (D.), « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508.

ROSTAING (C.), « Préface », in C. TOURAUT, *La famille à l'épreuve de la prison*, PUF, coll. « Lien social », 2012.

ROUJOU DE BOUBÉE (G.), « Commentaire de la loi du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d'infractions », *D.*, 1984, Act. législ., p. 49.

ROUMIER (W.), « Violences familiales : création du délit de violences psychologiques », *Dr. pén.*, 2010, n° 9, alerte 39.

ROUSSEL (L.), « Changements démographiques et nouveaux modèles familiaux », in *Actes du Colloque national sur la démographie française*, Ined, coll. « Travaux et documents », 1981, n° 92.

ROWE (D. C.) et FARRINGTON (D. P.), « The familial transmission of criminal convictions », *Criminology*, 1997, vol. 35, n° 1, p. 177.

RUBELLIN-DEVICHI (J.)

- « Le droit et l'interruption de grossesse », *LPA*, 1996, n° 69, p. 19.
- « Mère porteuse, premier type et deuxième type », *Revue de droit de l'enfance et de la famille*, 1992, p. 141.

SAINT-PAU (J.-Chr.), « Propos introductifs », in *Droit pénal et autres branches du droit, Regards croisés*, Cujas, coll. « Actes et Études », 2012.

SAINTE-ROSE (J.), « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP G*, 2004, I, n° 52, p. 194.

SAINTE-ROSE (J.), **RASSAT (M.-L.)** et **SARGOS (P.)**, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *JCP G*, 2001, II, n° 29, p. 10569.

SALAS (D.)

- « L'éthique politique à l'épreuve du droit pénal », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, *RSC*, 2000, p. 163.
- « L'inceste, un crime généalogique », *Esprit*, 1996, p. 132.

SALLES (A.), « L'autorité en question », *Cahiers de la sécurité intérieure*, 1999, n° 35, p. 231.

SALVAGE (Ph.)

- « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *JCP G*, 2010, n° 2, ét. 3.
- « Recel de malfaiteur », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 434-6, Fasc. 20, 2008, n° 2.

SAVATIER (R.), « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *D.*, 1939, chron. p. 49.

SAVEY-CASSARD (P.), « Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle », *Rev. pénit.*, 1964, n° 4, p. 9.

SÉRIAUX (A.)

- « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », *D.*, 2005, chron. p. 1966.
- « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. fam.*, 2001, p. 5.

SEUVIC (J.-Fr.), « Mise en péril des mineurs, Manquement à l'obligation scolaire : nouveaux articles 227-17 et 227-17-2 du Code pénal », *RSC*, 1999, p. 359.

SGRITTA (G.-B.), « Théorie de la famille : savoirs, politiques et changement social », in *Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales, Annales de Vaucresson*, 1987, n° 37/2, p. 271.

SIBONY (A.-L.), « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique - Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2012, p. 61.

SIFFREIN-BLANC (C.) (dir.), « Préface », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, PUAM, 2013, p. 7.

SMITH (C. A.) et **STERN (S. B.)**, « Delinquency and Antisocial Behavior : A Review of Family Processes and Intervention Research », *Social service review*, 1997, n° 71, p. 382.

SURAUULT (P.), « Les transformations du modèle familial et de ses fonctions socio-économiques », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 431.

SZABO (D.), « L'inceste en milieu urbain, étude de la dissociation des structures familiales dans le département de la Seine », *L'Année sociologique*, 3^e série, 1957-1958, p. 37.

TERRASSON DE FOUGÈRES (A.)

- « La maltraitance des personnes âgées », *RDSS*, 2003, n° 1, p. 176.
- « Le fœticide », *RDSS*, 2001, n° 4, p. 829.

TERRÉ (Fr.), « *Mater semper certa est* - Un débat incertain ou prématuré ? », *JCP G*, 2009, n° 26, p. 62.

THÉRY (I.)

- « Spécificité du lien familial et processus démocratique, les raisons d'un impensé », in G. EID, *La famille, le lien et la norme* (Actes du colloque de l'Institut des Sciences de la Famille, Université Catholique de Lyon, 10-11 mai 1996), L'Harmattan, 1997, p. 97.
- « Différence des sexes et différence des générations, l'institution familiale en déshérence », *Esprit*, 1996, n° 227, p. 65.
- « Le temps des recompositions », in *Sciences Humaines*, hors-série n° 7, décembre 1994, p. 8.

THÉRY (R.), « L'intérêt de la famille », *JCP G*, 1972, I, p. 2485.

THOENIG (J.-Cl.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, coll. « Références - Gouvernances », 4^e éd., 2014, p. 420.

TINEL (M.), « La famille en droit pénal », *Droits*, 2012, n° 56, p. 155.

TOURAUT (C.), « Entre détenu figé et proches en mouvement, "l'expérience carcérale élargie" : une épreuve de mobilité », *Recherches familiales*, 2009, p. 83.

TRÉPANIER (J.), « Les jeunes délinquants et leurs familles », *Rev. dr. pén. crim.*, 1995, n° 75, p. 119.

TROUSSE (P.-É.), « Les sanctions pénales du droit de la famille », in *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Journées juridiques J. DABIN, Bruylant/L.G.D.J., 1978, p. 638.

TULKENS (F.), « Lorsque l'enfant ne paraît pas. Analyse critique du délit de non-présentation d'enfant dans l'article 369 bis du code pénal », *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 373.

TUSSEAU (G.), « Peut-on avoir des lois à durée indéterminée ? », *RFC*, 2009, n° 425, p. 33.

VACHERET (M.) et LALONDE (N.), « Les enjeux du maintien d'une relation enfant-parent détenu », *Politiques sociales*, 2006, n° 3-4, p. 104.

VALORY (St.), « La Cour de cassation confirme que le défaut de paiement d'aliments peut être constitutif du délit d'abandon de famille », *RJPF*, 2009, n° 2, p. 30.

VAN DE KERCHOVE (M.), « Éclatement et recomposition du droit pénal », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, *RSC*, 2000, p. 5.

VANDRESSE (C.), « La protection du mineur et le droit pénal de la famille : une nécessaire complémentarité ? Mise en lumière par l'étude des infractions d'abandon de famille, d'abandon d'enfant et de non-représentation d'enfant par les père et mère », *Annales de Droit de Louvain*, 2002, vol. 62, n° 1-2, p. 49.

VERDIER (P.), « Peut-il y avoir éducation sans risques ? », *Reliance*, 2005, n° 18, p. 74.

VÉRON (M.), « La non-représentation d'enfant et les hasards du calendrier », *JCP G*, 1991, I, n° 39, p. 3525.

VIENNOT (C.), « Punir les parents ? », in P. PONCELA (dir.), *Délinquances des jeunes : quels actes ? Quelles réponses juridiques ?*, L'Harmattan, 2009, p. 165.

VIEVILLE-MIRAVETE (M.-Fr.), « La circonstance aggravante d'"ex" en matière de violences au sein du couple », *Dr. pén.*, 2009, n° 2, ét. 4.

VIRIOT-BARRIAL (D.), « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D.*, 2006, p. 2350.

VITU (A.) et HOMASSEL (M.-Fr.), « Célébration d'un mariage religieux sans mariage civil préalable », *J.-Cl. Pénal Code*, Art 433-21, Fasc. 20, 2011, n° 32.

VITU (A.)

- « La protection pénale de l'état civil de l'enfant », in J.-Fl. ESCHYLLE et C. MARRAUD, *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à M.-J. GEBLER*, PU Nancy, 1998, p. 95.
- « Le crime de suppression d'enfant. Remarques pour servir à une refonte de l'article 345, alinéa 1er, du Code pénal », in *Mélanges en l'honneur du doyen P. BOUZAT*, Pedone, 1980, p. 383.
- *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 408.

VLAMYNCK (H.), « Ordonnance de protection : quelques remarques après un mois de mise en œuvre », *AJ famille*, 2010, p. 523.

VOLFF (J.), « La privatisation rampante de l'action publique », *JCP G*, 2004, I, p. 146.

VOUIN (R.)

- « Préface », in M. DELMAS-MARTY, *Le droit de la famille*, 1^{re} éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 1972.
- « L'enquête de personnalité, l'instruction préparatoire et les droits de la défense », *JCP G*, 1961, I, p. 1633.
- « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.*, 1947, p. 21.

WELLS (L. E.) et RANKIN (J. H.), « Families and delinquency : a meta-analysis of the impact of broken homes », *Social Problems*, 38/1, p. 71.

WELZER-LANG (D.), « Les violences masculines domestiques : un oubli de la sociologie de la famille », in A. FINE, C. LATERRASSE et Y. PRETEUR, *À chacun sa famille, Approche pluridisciplinaire*, T. 2, Éditions Université du Sud, 1998, p. 98.

WILLIAMS (G.I.), « Language and the Law - I », in *The Law Quarterly Review*, 1945, vol. 61, p. 77.

YOUF (D.), « Enfance victime, enfance coupable. Les métamorphoses de la protection de l'enfance », *Le Débat, Le nouveau droit pénal des mineurs*, 2003, n° 127, p. 214.

ZAMBROWSKY (J.), « La privatisation ou le désinvestissement étatique dans la justice pénale, une politique pénale ou une fiction ? », *Déviante et société*, 1988, vol. 12, n° 2, p. 183.

ZEMRAK (Y.), « La répression des violences conjugales : contribution du juge pénal à la victoire de Lilith sur Ève », *Dr. fam.*, 2008, n° 7, ét. 18.

NOTES, COMMENTAIRES, CONCLUSIONS ET OBSERVATIONS

BENILLOUCHE (M.), note sous Cass. crim., 23 mai 2012 : *D.*, 2012, n° 35, p. 2368.

BICHERON (F.), note sous Cass. crim., 7 janvier 2004 : *AJ pénal*, 2004, n° 3, p. 114.

BONFILS (Ph.)

- note sous Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011 : *Dr. fam.* 2012, comm. 112.
- note sous Cass. crim., 23 juin 2004 : *RJPF*, 2004, n° 11, p. 24.

BOULOC (B.)

- note sous Cass. crim., 8 janvier 2003 : *RSC*, 2003, n° 3, p. 553.
- note sous Cass. crim., 31 janvier 1996 : *RSC*, 1996, n° 4, p. 848.

BOURRAT-GUEGUEN (A.), note sous Cass. civ., 1^{re}, 23 avril 2003 : *JCP G*, 2004, n° 16, II, p. 10058.

BOUZAT (P.), note sous Chambéry, 16 octobre 1958 : *RSC*, 1959, p. 379.

BRUGGEMAN (M.)

- note sous Cons. const., n° 2012-222 QPC, 17 février 2012 : *Dr. fam.* 2012, alerte 24.
- note sous Cass. crim., 18 mars 2008 : *Dr. fam.*, 2010, n° 6, alerte 38.

BUISSON (J.), note sous Cass. crim., 14 décembre 1999 : *Procédures*, 2000, n° 4, p. 18.

CASTELLA (C.)

- note sous Cass. crim., 23 juin 2004 : *Dr. fam.*, 2005, n° 1, comm. 18.
- note sous Cass. crim., 29 janvier 2003 : *Dr. fam.*, 2003, n° 12, p. 31.

CORPART (I.), note sous Metz, 17 février 2005 : *Dr. fam.*, 2005, n° 7, p. 172.

DE LAMY (B.), note sous Cass. crim., 9 juin 2004 : *Dr. fam.*, 2004, n° 10, comm. 193, p. 32.

DESOLNEUX (M.), note sous Cass. crim., 2 juin 2015 : *RLDC*, 2015, n° 129, p. 52.

DREYER (E.),

- note sous Cons. const., n° 2014-448 QPC, 6 février 2015 : *AJ pénal*, 2015, n° 5, p. 248.
- note sous Cass. crim., 7 septembre 2005 : *D.*, 2006, n° 12, p. 835.

EUDIER (Fr.), note sous Cass. crim., 17 octobre 2001 : *D.* 2002, n° 9, p. 751.

GARÇON (É.), note sous Cass. crim., 8 janvier 2003 : *D.*, 2003, n° 39, p. 2661.

GARRAUD (R.), note sous Lyon, 8 décembre 1885 : *DP*, 1886, n° 2, p. 97.

HAUSER (J.),

- note sous Cass. civ., 1^{re}, 25 septembre 2013 : *RTD Civ.*, 2014, n° 1, p. 91.
- note sous Cass. crim., 4 juin 2008 : *RTD Civ.*, 2008, n° 4, p. 669.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 23 avril 2003 : *RTD Civ.*, 2003, n° 4, p. 693.
- note sous Cass. civ., 1^{re}, 24 septembre 2002 : *RTD Civ.*, 2003, n° 1, p. 62.
- note sous Cass. ass. plén., 29 juin 2001 : *RTD Civ.*, n° 3, 2001, p. 560 .
- note sous Cass. crim., 14 décembre 1999 : *RTD Civ.*, 2000, n° 2, p. 289.
- note sous Cass. crim., 5 septembre 1990 : *RTD Civ.*, 1991, n° 2, p. 301.

HENNION-JACQUET (P.), note sous Cass. crim., 2 octobre 2007 : *RDSS*, 2008, p. 67.

HERZOG-EVANS (M.),

- note sous Cass. crim., 2 février 2011 : *AJ pénal*, 2012, n° 1, p. 48.
- note sous Cass. crim., 3 février 2010 : *AJ pénal*, 2010, n° 7, p. 334.

HUYETTE (M.), note sous Cass. crim., 11 juillet 1994 : *JCP G*, 1995, II, n° 22441.

LARGUIER (J.), note sous Cass. crim., 2 mars 1961 : *JCP G*, 1961, II, p. 12092.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.), note sous Pau, 30 novembre 2010 : *Dr. fam.*, 2011, n° 4, comm. 51.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.), note sous Cass. crim., 16 février 2011 : *Dr. fam.*, 2011, n° 91, p. 7.

LE GOUVELLO (A.), note sous CA Pau, 5 février 2015, n° 14/00480 : *Dr. fam.*, 2015, n° 4, comm. 85.

LEBLOIS-HAPPE (J.), note sous Cass. crim., 12 octobre 2005 : *JCP G*, 2006, II, 10022.

LEMOULAND (J.-J.),

- note sous Cass. civ., 1^{re}, 25 septembre 2013 : *RTD Civ.*, 2014, n° 1, p. 91.
- note sous Cass. civ., 1^{re}, 24 septembre 2002 : *D.*, 2003, n° 29, p. 1935.

LEPAGE (A.), note sous Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011 : *JCP G* 2011, n° 43, 1160.

LEVASSEUR (G.),

- note sous Cass. crim., 17 novembre 1993 : *RSC*, 1994, n° 2, p. 332.
- note sous Cass. crim., 15 décembre 1992 : *RSC*, 1994, p. 332.
- note sous Cass. crim., 11 juin 1992 : *RSC*, 1993, n° 4, p. 781.
- note sous Cass. crim., 11 juin 1992 : *RSC*, 1993, n° 1, p. 107.
- note sous Cass. crim., 7 novembre 1990 : *RSC*, 1991, n° 3, p. 569.
- note sous Cass. crim., 5 septembre 1990 : *RSC*, 1991, n° 2, p. 348.
- note sous Cass. crim., 2 mai 1990 : *RSC*, 1991 p. 82.
- note sous Cass. crim., 29 avril 1976 : *RSC*, 1976, p. 974.
- note sous Cass. crim., 1^{er} décembre 1960 : *RSC*, 1961, p. 83.

LIENHARD (A.), note sous Cass. crim., 7 janvier 2004 : *D.*, 2004, n° 6, p. 419.

LOBE-LOBAS (M.)

- note sous Cour EDH, 23 octobre 2010 : *RJPF*, 2012, n° 12, p. 38.
- note sous Cass. crim., 3 octobre 2012 : *RJPF*, 2012, n° 11, p. 51.

MALBRANCQ-DECOURCELLE (E.), note sous Cass. crim., 1^{er} mars 1995 : *D.*, 1996, n° 27, p. 241.

MARÉCHAL (J.-Y.)

- note sous Paris, 17 janvier 2013 : *JCP G*, 2013, n° 15, p. 427.
- note sous Cass. crim., 12 octobre 2005 : *D.*, 2006, n° 35, p. 2446.

MAYAUD (Y.)

- note sous Cons. const., n° 2014-448 QPC, 6 février 2015 : *RSC*, 2015, n° 1, p. 86.
- note sous Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011 : *RSC*, 2012, p. 830.
- note sous Cass. crim., 16 février 2011 : *RSC*, 2011, n° 2, p. 399.
- note sous Cass. crim., 7 décembre 2005 : *RSC*, 2006, n° 2, p. 319.
- note sous Cass. crim., 17 septembre 2003 : *RSC*, 2004, n° 1, p. 86.
- note sous Cass. crim., 23 février 2000 : *RSC*, 2000, n° 3, p. 610.
- note sous Cass. crim., 2 décembre 1998 : *D.*, 2000, n° 3, p. 36.
- note sous Cass. crim., 17 septembre 1997 : *RSC*, 1998, p. 325.
- note sous Lyon, 28 mars 1997 : *RSC*, 1997, p. 636.
- note sous Cass. crim., 3 septembre 1996 : *RSC*, 1997, n° 1, p. 103.

MIRABAIL (S.), note sous Cass. crim., 20 février 2002 : *D.*, 2003, n° 3, p. 171.

MURAT (P.)

- note sous Cass. crim., 4 juin 2008 : *Dr. fam.*, 2008, comm. 131.
- note sous Cass. ass. plén., 13 juillet 2001 : *Dr. fam.*, 2001, n° 11, p. 10.

PÉCHILLON (É), note sous Cour EDH, 18 avril 2006 : *AJ pénal*, 2006, n° 7, p. 318.

PLANCKEEL (Fr.), note sous Cass. crim., 25 juin 2002 : *D.*, 2003, p. 660.

POMART (C.), note sous Cass. crim., 12 janvier 2000 : *D.* 2001, n° 34, p. 2791.

PORTERON (C.), note sous Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011 : *AJ pénal*, 2011, p. 588.

PRADEL (J.)

- note sous Cour EDH, 8 juillet 2004 : *D.*, 2004, p. 2456.
- note sous Cass. crim., 17 septembre 2003 : *D.*, 2004, n° 10, p. 666.

PRADELLE (St.), note sous Cass. crim., 16 février 2011 : *AJ pénal*, 2011, n° 4, p. 192.

RASSAT (M.-L.), note sous Cass. crim., 11 juin 1992 : *D.*, 1993, n° 10, p. 117.

REBUT (D.), note sous Cass. crim., 2 mars 1998 : *Dr. fam.*, 1999, chron. 1, p. 4.

TERRASSON DE FOUGÈRES (A.), note sous Cass. ass. plén., 29 juin 2001 : *RDSS*, 2001, n° 4, p. 829.

TERRÉ (Fr.), note sous Cass. ass. plén., 31 mai 1991 : *JCP G*, 1991, II, 21752, p. 381.

VÉRON (M.)

- note sous Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011 : *Dr. pén.*, 2011, comm. 130.
- note sous Cass. crim., 8 juin 2011 : *Dr. pén.*, 2011, n° 10, comm. 115.
- note sous Cass. crim., 12 octobre 2005 : *Dr. pén.*, 2006, n° 1, comm. 6.
- note sous Cass. crim., 23 juin 2004 : *Dr. pén.*, 2004, comm. 143.
- note sous Cass. crim., 26 mai 1999 : *Dr. pén.*, 1999, n° 12, p. 9.
- note sous Cass. crim., 17 septembre 1997 : *Dr. pén.*, 1998, n° 1, comm. 2.
- note sous Cass. crim., 17 novembre 1993 : *Dr. pén.*, 1994, n° 58.
- note sous Cass. crim., 15 décembre 1992 : *Dr. pén.*, 1993, comm. 77.
- note sous Cass. crim., 2 mai 1990 : *Dr. pén.*, 1990, comm. n° 197.

VITU (A.), note sous Cass. crim., 29 avril 1976 : *JCP G*, 1976, II., 18505.

ARTICLES DE PRESSE

(Classement par ordre chronologique)

ROBERT-DIARD (P.), « Procès Cottrez : l'intelligence et l'indulgence d'un verdict », *Le Monde*, 3 juillet 2015.

MESTROT (M.) et MARROCCHIELLA (J.), « Violences conjugales : vers un droit spécifique ? », *Blog Dalloz*, 13 juillet 2010.

RAPPORTS

(Classement par ordre chronologique)

Assemblée nationale et Sénat

URVOAS (J.-J.), *Rapport d'information sur l'encellulement individuel*, AN n° 2388, 24 novembre 2014.

GOEFFROY (G.), *Rapport sur la proposition de loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, AN n° 2684, 28 juin 2010.

FORT (M.-L.), *Rapport tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux*, AN n° 1840, 15 juillet 2009.

BOUSQUET (D.), *Rapport de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes : « mettre enfin un terme à l'inacceptable »*, AN n° 1799, 8 juillet 2009.

ESTROSI (Ch.), *Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ?*, Rapport de la mission parlementaire, 27 juillet 2005.

La répression de l'inceste, Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, n° LC 102, Broché, 2002.

BIOULAC (B.), *Rapport sur le projet de loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, AN n° 2871, 30 juin 1992.

RUDLOFF (M.), *Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens*, Sénat n° 54, 1991.

CNAF

DAUPHIN (S.), Actes du colloque « Les transformations de la conjugalité : configurations et parcours », CNAF, Dossiers d'études, n° 127, 2010.

GRELLEY (P.) (dir), *Nouvelles figures de la parentalité, IS*, CNAF, vol. 5, n° 149, 2008.

INED

INED, *Actes du Colloque national sur la démographie française*, coll. « Travaux et documents », n° 92, 1981.

INSEE

INSEE, *Statistiques de l'État civil*, « Évolution du nombre de mariages et de pacte civil de solidarité conclu jusqu'en 2014 ».

INSEE, *L'histoire familiale des hommes détenus*, Synthèses, Statistique publique, n° 59, 2002.

La documentation française

DE BÉCHILLON (M.) (dir.), *Les violences aux mineurs*, La documentation française, 2009, p. 109.

Secrétariat général du Gouvernement, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, La documentation française, 2007.

JASPARD (M.), **BROWN (E.)** et **CORDON (S.)**, « Les violences envers les femmes en France », Rapport au ministère du travail, La documentation française, 2003.

GODET (M.) et **SULLEROT (É.)**, *La famille, une affaire publique*, La documentation française, 2005.

GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *Le droit des malades, vers une démocratie sanitaire ?*, La documentation française, 2003.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.), *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La documentation française, coll. « Rapports officiels », 1999, p. 125.

Les chiffres de la Justice

Ministère de la Justice, *Statistique mensuelle des personnes écrouées et détenues en France*, DAP, Bureau des études et de la prospective, 1^{er} juin 2015.

Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire, DAP, 1^{er} janvier 2015.

Les chiffres clés du ministère des droits des femmes, « Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », 2014.

Annuaire statistique de la Justice, 2011-2012.

Ministère de l'Intérieur, DAV, *Étude nationale des décès au sein du couple*, 2006.

ONDRP

BAUER (A.) et **SOLLEZ (C.)**, *La criminalité en France*, ONDRP, 2012.

INSEE/ONDRP, *Enquête Cadre de vie et sécurité*, 2008-2012.

OIP

OIP, *Le guide du prisonnier*, La Découverte, 2004.

OIP, *Les conditions de détention en France*, La Découverte, 2003.

Autres

CNCDH, Rapport « Étude et propositions sur la polygamie en France », texte adopté en assemblée plénière le 9 mars 2006.

Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1666, « Interdire le châtimeut corporel des enfants en Europe », Doc. n° 10199, 4 juin 2004.

OMS, *Rapport mondial sur la violence et la santé*, 2002.

Commission de réforme du droit du Canada, *La bigamie*, Document de travail n° 42, 1985.

PROPOSITIONS ET PROJETS DE LOIS

(Classement par ordre chronologique)

MEUNIER (M.) et DINI (M.), *Proposition de loi relative à la protection de l'enfant*, AN n° 515, 13 mai 2015.

TAUBIRA (C.), *Projet de loi relatif à la prévention de la récidive et individualisation des peines*, AN n° 1413, 9 octobre 2013, spéc. **TOURRET (M.) et SCHWARTZENBERG (M.)**, Amendement, n° CL286, p. 1, AN, 22 mai 2014.

ANTIER (E.), *Proposition de loi visant à abolir toutes formes de violences physiques et psychologiques infligées aux enfants*, AN n° 2971, 18 novembre 2010.

BRUNEL (C.), *Proposition de loi visant à réprimer les situations de polygamie*, AN n° 2968, 18 novembre 2010.

ABOUT (N.), *Proposition de loi visant à créer un délit de polygamie, d'incitation à la polygamie, avec circonstances aggravantes pour fraude aux aides sociales, et à inciter les victimes à la décohabitation, à l'insertion sociale et professionnelle et à l'assimilation à la communauté française*, Sénat n° 501, 26 mai 2010.

BESSON (É.), *Projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, AN n° 2400, 31 mars 2010.

ESTROSI (Ch.), *Proposition de loi visant à ériger l'inceste en infraction spécifique dans le Code pénal*, AN n° 1896, 4 novembre 2004.

INDEX DE LA JURISPRUDENCE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

(Classement par ordre chronologique)

JURIDICTIONS SUPRANATIONALES

Cour EDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : **250**.

Cour EDH, 26 septembre 2014, *Menesson c/ France* : **250**.

Cour EDH, 26 septembre 2014, *Labassee c/ France* : **250**.

Cour EDH, 23 octobre 2010, *Wilson c/ RU* : **380**.

Cour EDH, 6 mai 2010, *Stoica c/ France* : **238**.

Cour EDH, 18 avril 2006, *CEDH c/ RU* : **792**.

Cour EDH, 8 juillet 2004, *Vo c/ France* : **184**.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const., n° 2014-448 QPC, 6 février 2015, *Agression sexuelle commise avec une contrainte morale* : **137**.

Cons. const., n° 2012-222 QPC, 17 février 2012, *Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses*, Rec. CC, p. 123 : **135, 141**.

Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011, *Définition des délits et crimes incestueux*, Rec. CC, p. 446 : **135, 141**.

Cons. const., n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. CC, p. 116 : **129, 165**.

Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. CC, p. 224 : **64**.

JURIDICTIONS JUDICIAIRES

COUR DE CASSATION

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Cass. ass. plén., 13 juillet 2001, Bull. A.P., n° 10 : **184**.

Cass. ass. plén., 29 juin 2001, Bull. A. P., n° 8 : **184**.

Cass. ass. plén., 31 mai 1991, Bull. A.P., n° 4 : **246, 251**.

CHAMBRES RÉUNIES

Cass. ch. réunies, 25 mars 1845 : **584, 588, 593**.

CHAMBRES CIVILES

- Cass. civ. 1^{re}, 25 septembre 2013, inédit, n° 12-26.041 : **102**.
Cass. civ. 1^{re}, 23 avril 2003, inédit, n° 02-05.033 : **247, 253**.
Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2002, Bull. civ. I, n° 214 : **102**.

CHAMBRE CRIMINELLE

2010 – 2015

- Cass. crim., 24 juin 2015, inédit, n° 14-88.175 : **394**.
Cass. crim., 2 juin 2015, inédit, n° 14-85.130 : **706**.
Cass. crim., 17 février 2015, inédit, n° 13-87.948 : **154**.
Cass. crim., 13 novembre 2014, inédit, n° 14-81.249 : **137**.
Cass. crim., 3 octobre 2012, inédit, n° 11-87.051 : **430**.
Cass. crim., 23 mai 2012, inédit, n° 11-83.901 : **393**.
Cass. crim., 8 juin 2011, inédit, n° 10-87.050 : **393**.
Cass. crim., 16 février 2011, Bull. crim., n° 31 : **393**.
Cass. crim., 2 février 2011, inédit, n° 10-83.092 : **802**.
Cass. crim., 3 février 2010, inédit, n° 09-84.850 : **802**.

2000 – 2009

- Cass. crim., 10 décembre 2008, inédit, n° 08-83.663 : **393**.
Cass. crim., 3 septembre 2008, inédit, n° 08-84.092 : **137**.
Cass. crim., 4 juin 2008, inédit, n° 07-87.697 : **390, 398**.
Cass. crim., 18 mars 2008, Bull. crim., n° 66 : **238**.
Cass. crim., 24 novembre 2007, inédit, n° 06-82.217 : **802**.
Cass. crim., 14 novembre 2007, Bull. crim., n° 281 : **584**.
Cass. crim., 2 octobre 2007, Bull. crim., n° 234 : **184**.
Cass. crim., 7 décembre 2005, Bull. crim., n° 326 : **137**.
Cass. crim., 22 novembre 2005, Bull. crim., n° 30 : **536**.
Cass. crim., 12 octobre 2005, Bull. crim., n° 259 : **446**.
Cass. crim., 7 septembre 2005, Bull. crim., n° 219 : **595**.
Cass. crim., 23 juin 2004, Bull. crim., n° 173 : **195**.
Cass. crim., 9 juin 2004, Bull. crim., n° 158 : **395**.
Cass. crim., 7 janvier 2004, Bull. crim., n° 5 : **395**.
Cass. crim., 17 septembre 2003, Bull. crim., n° 165 : **529**.
Cass. crim., 29 janvier 2003, inédit, n° 01-88.881 : **392**.
Cass. crim., 8 janvier 2003, Bull. crim., n° 5 : **154**.
Cass. crim., 25 juin 2002, Bull. crim., n° 144 : **184**.
Cass. crim., 20 février 2002, inédit, 01-84.527 : **390**.
Cass. crim., 17 octobre 2001, Bull. crim., n° 214 : **418**.
Cass. crim., 31 mai 2000, inédit, n° 99-86.363 : **395**.
Cass. crim., 23 février 2000, Bull. crim., n° 84 : **444**.
Cass. crim., 12 janvier 2000, Bull. crim., n° 21 : **191**.

1990 – 1999

- Cass. crim., 14 décembre 1999, Bull. crim., n° 303 : **581**.
Cass. crim., 22 septembre 1999, inédit, n° 98-85.641 : **430**.
Cass. crim., 26 mai 1999 : inédit, n° 98-87.680 : **429**.
Cass. crim., 2 décembre 1998, Bull. crim., n° 535 : **393**.
Cass. crim., 14 octobre 1998, Bull. crim., n° 263 : **137**.
Cass. crim., 4 mars 1998, Bull. crim., n° 83 : **154**.
Cass. crim., 2 mars 1998, Bull. crim., n° 78 : **390**.
Cass. crim., 17 septembre 1997, Bull. crim., n° 302 : **311**.
Cass. crim., 11 mars 1997, Bull. crim., n° 95 : **393**.
Cass. crim., 3 septembre 1996, Bull. crim., n° 311 : **430**.
Cass. crim., 31 janvier 1996, Bull. crim., n° 57 : **216**.
Cass. crim., 1^{er} mars 1995, Bull. crim., n° 92 : **134**.
Cass. crim., 11 juillet 1994, Bull. crim., n° 269 : **418**.
Cass. crim., 17 novembre 1993, Bull. crim., n° 347 : **518**.
Cass. crim., 15 décembre 1992, inédit : **546**.
Cass. crim., 13 octobre 1992, Bull. crim., n° 320 : **515**.
Cass. crim., 11 juin 1992, Bull. crim., n° 228 : **134, 379**.
Cass. crim., 7 novembre 1990, Bull. crim., n° 372 : **511, 519**.
Cass. crim., 5 septembre 1990, inédit, n° 90-83.786 : **379**.
Cass. crim., 28 mai 1990, Bull. crim., n° 214 : **595**.
Cass. crim., 2 mai 1990, inédit : **319**.

1980 – 1989

- Cass. crim., 7 novembre 1989, Bull. crim., n° 399 : **698**.
Cass. crim., 17 juillet 1984, inédit, n° 84-91.288 : **379**.
Cass. crim., 21 mars 1984, Bull. crim., n° 124 : **594**.
Cass. crim., 12 avril 1983, Bull. crim., n° 97 : **107**.
Cass. crim., 5 février 1980, Bull. crim., n° 47 : **706**.

1970 – 1979

- Cass. crim., 15 décembre 1976, Bull. crim., n° 368 : **430**.
Cass. crim., 17 juillet 1976, Bull. crim., n° 257 : **571, 593**.
Cass. crim., 13 mai 1976, Bull. crim., n° 156 : **592**.
Cass. crim., 29 avril 1976, Bull. crim. n° 132 : **387, 609, 624**.
Cass. crim., 4 décembre 1974, Bull. crim., n° 361 : **568**.
Cass. crim., 7 octobre 1972, Bull. crim., n° 306 : **398**.
Cass. crim., 9 juin 1971, Bull. crim., n° 185 : **319**.

1960 – 1969

- Cass. crim., 7 janvier 1969, Bull. crim., n° 9 : **398**.
Cass. crim., 9 septembre 1968, Bull. crim., n° 147 : **398**.
Cass. crim., 20 juillet 1965, Bull. crim., n° 179 : **319**.
Cass. crim., 5 février 1963, Bull. crim., n° 65 : **107**.
Cass. crim., 2 mars 1961, Bull. crim., n° 137 : **517**.
Cass. crim., 1^{er} décembre 1960, Bull. crim., n° 566 : **698**.
Cass. crim., 27 novembre 1960, Bull. crim., n° 624 : **508**.
Cass. crim., 29 avril 1960, Bull. crim., n° 223 : **698**.

1950 – 1959

- Cass. crim., 26 décembre 1959, Bull. crim., n° 624 : **517**.
Cass. crim., 10 avril 1959, Bull. crim., n° 195 : **319**.
Cass. crim., 17 avril 1956, Bull. crim., n° 311 : **509**.
Cass. crim., 24 janvier 1956, Bull. crim., n° 88 : **701**.
Cass. crim., 21 février 1952, Bull. crim., n° 55 : **572**.

Avant 1950

- Cass. crim., 17 février 1945, Bull. crim., n° 50 : **593**.
Cass. crim., 17 février 1944, Bull. crim., n° 50 : **595**.
Cass. crim., 18 février 1942, Bull. crim. n° 11 : **97**.
Cass. crim., 13 mars 1936, Bull. crim., n° 33 : **154**.
Cass. crim., 30 décembre 1932, Bull. crim., n° 268 : **594**.
Cass. crim., 4 janvier 1930, Bull. crim., n° 5 : **571, 593, 594**.
Cass. crim., 21 janvier 1928, Bull. crim., n° 28 : **191**.
Cass. crim., 12 mars 1925, Bull. crim., n° 88 : **187**.
Cass. crim., 8 janvier 1921, Bull. crim., n° 12 : **595**.
Cass. crim., 9 mars 1917, Bull. crim., n° 73 : **572**.
Cass. crim., 3 août 1901, Bull. crim., n° 226 : **571**.
Cass. crim., 25 janvier 1894, Bull. crim., n° 24 : **529**.
Cass. crim., 30 juillet 1885, Bull. crim., n° 233 : **616**.
Cass. crim., 11 mars 1880, Bull. crim. n° 59 : **593**.
Cass. crim., 24 juillet 1874, Bull. crim., n° 213 : **701**.
Cass. crim., 2 janvier 1869, Bull. crim., n° 1 : **595**.
Cass. crim., 27 juillet 1867, Bull. crim., n° 172 : **527**.
Cass. crim., 13 avril 1867, Bull. crim., n° 90 : **97**.
Cass. crim., 28 février 1867, Bull. crim., n° 47 : **186**.
Cass. crim., 11 mai 1866, Bull. crim., n° 135 : **299**.
Cass. crim., 19 décembre 1863, Bull. crim., n° 301 : **191**.
Cass. crim., 6 juin 1863, Bull. crim., n° 158 : **615**.
Cass. crim., 12 novembre 1859, Bull. crim., n° 244 : **186**.
Cass. crim., 16 juillet 1857, Bull. crim., n° 269 : **572**.
Cass. crim., 18 avr. 1857, Bull. crim., n° 158 : **593**.
Cass. crim., 15 octobre 1853, Bull. crim., n° 515 : **527**.
Cass. crim., 8 octobre 1853, Bull. crim., n° 492 : **571**.
Cass. crim., 24 mars 1853, Bull. crim., n° 110 : **298**.
Cass. crim., 9 juin 1848, Bull. crim., n° 178 : **298**.
Cass. crim., 1^{er} octobre 1840, Bull. crim., n° 292 : **595**.
Cass. crim., 8 février 1840, Bull. crim., n° 51 : **571**.
Cass. crim., 16 janvier 1826, Bull. crim. n° 10 : **97**.
Cass. crim., 15 avril 1825, Bull. crim., n° 73 : **595**.
Cass. crim., 5 septembre 1812, Bull. crim., n° 64 : **107**.

COURS D'APPEL

Pau, 5 février 2015 : **206.**
Paris, 17 janvier 2013 : **72.**
Pau, 30 novembre 2010 : **371.**
Douai, 15 mai 2007 : **449.**
Metz, 17 février 2005 : **184.**
Paris, 10 juin 2004 : **398.**
Paris, 27 juin 2001 : **582.**
Aix-en-Provence, 15 décembre 1999 : **595.**
Lyon, 28 mars 1997 : **143.**
Paris, 24 mars 1988 : **105.**
Lyon, 8 décembre 1885 : **577.**
Chambéry, 16 octobre 1958 : **571.**

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abandon

- d'enfant, v. de famille.
- de famille
 - o dépenalisation, 397 s.
 - o fondements, 389 s.
 - o genèse, 386 s.
 - o matériel, 385 s, 448, 466.
 - o moral, 385, 412, 416, 622.
 - o pécuniaire, 387, 393, 412, 624.
- de foyer ou de femme enceinte, 387, 608, 622.
- provocation à, 212 s, 239, 252 s.

Abstention délictueuse, 508, 521, 637.

Abus de confiance, 400, 571, 572.

Action publique

- déclenchement, 194 s, 352 s.
- irrecevabilité, 552, 594.
- prescription, 99, 107.

Administration de substances nuisibles, 280, 287.

Adoption

- contournements illégaux, 196, 244, 247.
- entremise en vue de, 213, 239 s, 252.
- notion, 234 s, 307.

Adultère

- cause péremptoire de divorce, 352.
- dépenalisation, 79, 109, 116, 353 s, 622.
- enfant adultérin, 388.
- faute civile, 351.
- faute pénale, 86, 110, 352.
- femme, 352.
- mari, 352.
- plainte de la victime, 608, 616.

Agression sexuelle autres que le viol, 283.

Aide apportée à un étranger en situation irrégulière, 549.

Aliments

- créance, 385 s.
- fourniture, 386 s.

Allocations familiales, 434.

Amnistie, 592.

Associations différentielles (théorie des), 680.

Atteinte sexuelle

- générale, 127.
- mineur de plus de quinze ans, 460 s.

- mineur de quinze ans, 133, 283, 290, 460.

Autorité

- de droit ou de fait, 133 s, 283, 302 s, 322, 331, 456, 460, 811.
- de la chose jugée, 390.
- démembrements légaux et judiciaires, 403, 413.
- Lien, 133 s, 147, 284, 308 s, 317 s, 338.
- parentale
 - o atteintes à, 420 s.
 - o notion, 226, 371, 407, 417, 419.
 - o réforme de, 393.
 - o retrait, 103, 135, 381, 387, 418, 434.

Autorités administratives ou judiciaires, 517, 518.

Avortement, 185, 206, 209.

B

Bigamie

- dépenalisation, 109 s.
- notion, 79 s.
- nullité, 102 s.
- par destination, 155 s.
- par nature, 96 s.
- première union, 97.
- seconde union, 98.
- successive, 98.

Bonne administration de la justice, 555, 700, 704, 717.

C

Causes objectives d'irresponsabilité pénale, v. faits justificatifs.

Césure du procès pénal, 754.

Chantage, 571 s.

Chiffre noir de la criminalité, 129, 363, 497.

Circonstance aggravante

- familiale, 36, 297, 319, 322 s.
- générale, 147, 320 s.
- personnelle, 321.
- réelle, 321.
- spéciale, 321.
- transmission, 296 s.

Complicité

- emprunt de pénalité, 154.
- emprunt relatif de criminalité, 154, 299.
- théorie générale, 153 s, 160.

Conciliation, 432, 821.

Concubinage, v. Union libre.

Concubinage notoire avec l'épouse de celui qui est retenu loin de son pays par des circonstances de guerre, 354, 608.

Condition préalable

- négative, 500, 504, 553.
- positive, 71, 97 s, 392, 429, 443, 507, 644.

Consentement

- parental, 151, 217 s, 236, 244, 256.
- procréation médicalement assistée, 200 s.
- relation conjugale, 349, 360 s.
- union matrimoniale, 57, 65 s, 174, 232.

Contrainte

- mariage, 118, 372.
- morale, 116, 134 s, 137, 460.
- pénale, 809.
- relation sexuelle, 134, 137.

Coparentalité effective, 432 s.

Criminalisation

- définition, 457.
- familiale, 678, 682, 689 s.
- harcèlement moral, 377.
- primaire et secondaire, 691.

Criminalité familiale

- endogène, 684 s.
- exogène, 676 s.

D

Délaissement de mineur, 396, 440 s.

Délation, 502, 517.

Délits privés, 355, 356, 626.

Destruction, dégradation ou détérioration du bien d'autrui, 292.

Détention provisoire, 768, 784 s, 815.

Déviance, 25, 258, 328, 365, 680 s.

Devoir familial

- assiduité scolaire, 411.
- assistance matérielle, 384.
- communauté de vie, 80, 319, 361, 371, 549, 581 s, 689.
- contribution aux charges du mariage, 371, 384, 394 s.
- éducation, 117, 226, 393 s, 407 s, 434, 469 s, 659 s, 677 s.
- fidélité, 79 s, 96, 349 s, 360 s.
- notification de domicile, 375, 396, 427.

- protection
 - o acception positive, 440 s.
 - o acception négative, 452 s.
- respect, 349, 360 s, 367, 437, 442, 451.
- scolarisation, 409 s, 416 s, 472.
- secours, 79, 384, 394 s, 444, 502.
- solidarité aux dettes ménagères, 395.

Documents d'identité relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, 575 s.

Droit d'accusation privée, 606, 623, 634.

Droit de la famille

- contractualisation, 95, 164, 332, 392 s, 434.
- crise, 6, 14, 15.
- évolution, 15, 16.

Droit de visite et d'hébergement, 429, 433.

Droit pénal

- accessoirisation, 103.
- autonomie, 3, 5, 6, 61, 97, 128, 138, 146, 152, 156, 167, 177, 188, 221, 259 s, 284 s, 313, 329 s, 382, 393, 415, 435, 449, 477 s, 585, 706.
- autosuffisance, 315.
- créateur, v. autonomie.
- crise, 14, 17.
- de l'autorité parentale, 415.
- dépendance, 3, 4, 6, 43, 55.
- du couple, 401, 415.
- hybridité, 3.
- sanctionnateur, v. autonomie.
- spécial de la famille, 14, 17, 30, 37.
- transformation, 17.

E

Effectivité

- définition, 489 s.
- normative, 492 s.

Efficacité

- acte infractionnel, 652 s.
- définition, 646 s.
- normative, 643 s.
- réponse pénale, 721 s.
- sociale, 647 s.
- statistique, 646.

Efficience, 645, 647.

Élément constitutif

- négatif, 42, 444, 499, 500.
- positif, 32, 36.

Élément injuste, v. Faits justificatifs.

Élément légal, v. Légalité.

Embryons

- atteinte à l'anonymat du don, 204, 250.
- entremise en vue du trafic, 204.
- obtention illicite, 204.
- trafic, 204.

Empoisonnement, 280, 287, 307, 309.

Endogamie, 80, 125 s, 131.

Enfant

- à naître, 184, 206, 207, 214, 247.
- criminalité infantile, 777 s.
- défaut de déclaration de naissance, 186, 210.
- défaut de remise, 210.
- désir, 178, 196, 213 s, 238, 249 s, 255 s.
- état civil de, 187, 191, 213.
- intérêt de, 196, 211, 217, 226, 239 s, 250 s, 387, 396, 397, 407 s, 415, 419, 424 s, 432, 433, 453, 767, 769, 782, 788, 798 s.
- mercantilisation, 215, 240, 253.
- pédocentrisme, 249, 407.

Enlèvement

- enfant, 190, 239.
- jeune fille mineure qui épouse son ravisseur, 608.

Enquête de personnalité, 697, 698, 717.

Erreurs judiciaires, 536, 539, 702.

Escroquerie, 170 s, 177.

Étiologie criminelle, 38, 145, 676, 683, 698.

Excuse absolutoire, 517, 551, 554, 594.

Exercice effectif des voies de recours, 701, 717.

Existentialisme, 671.

Exogamie

- loi exogamique, 126.
- principe, 80, 81, 121 s, 128 s, 140, 146 s.

Exposition d'enfant, 386, 446.

Extorsion, 571 s.

F

Faits justificatifs, 430, 501, 552.

Famille

- cohésion familiale, 42, 49, 497, 531, 539, 555, 565, 566, 587 s, 594, 598 s, 630, 642, 651, 652, 694, 706, 718, 721, 758.
- copropriété familiale, 587 s, 633.
- Définition, 1, 2, 13, 24.
- Désinstitutionnalisation, 111, 116, 162, 175, 346, 667.
- discipline familiale, 456, 666.
- familialité, 10, 36, 38, 42, 300, 305 s.

- institution, 1, 10, 15, 36, 42, 46 s, 61 s, 73 s, 83, 103, 107, 114, 118 s, 138, 156 s, 174 s, 187, 194, 204 s, 224, 230 s, 254, 262, 354, 383, 387 s, 395, 479 s, 570, 584 s, 592, 608, 618 s, 634 s, 667, 728, 829, 843.
- monoparentale, 679.
- morale familiale, 26, 113, 146, 206, 349, 353 s, 706.
- paix familiale, 194, 544, 566, 591 s, 642, 841.
- patrimoine familial, 86, 400, 561, 583, 597, 629, 630.
- pénale, 143, 312, 319, 388, 480, 483, 811.
- privatisation, 11, 17, 332, 355 s, 618 s, 632.
- protection pénale, 4, 17, 20 s, 38 s.
- publicisation, 2, 27, 621, 640.
- relation
 - o définition, 11, 42, 132, 261 s,
 - o horizontale, 275 s.
 - o verticale, 273 s.
- représentations familiales, 663.
- rétrécissement, 15, 584, 641.
- secrets de famille, 364.
- solidarité familiale, 496, 502, 531, 540 s, 555 s, 573, 589 s, 633 s, 842.
- Structure, 33, 41 s, 52, 77, 103, 113 s, 176, 188, 220, 242 s, 258 s, 479, 570, 584, 618, 756, 763.
- vocation alimentaire, 385 s.
- vocation successorale, 399 s.

Faux témoignage, 539.

Fin de non-recevoir, 352, 495, 500, 591, 615.

G

Gamètes

- atteinte à l'anonymat du don, 204.
- obtention, recueil ou prélèvement illicite, 204.

Gestation pour autrui

- convention, 244 s, 250 s.
- habitude, 253, 254.
- lucre, 253, 254.
- mère porteuse de premier type, 246.
- mère porteuse de second type, 246.
- sanction civile, 246 s.
- sanction répressive, 251 s.

H

Habitude, 73, 253, 254, 372.

I

Immunité

- affective, 502 s, 520 s, 530 s, 540, 541.
 - o domaine infractionnel, 542 s.
 - o domaine personnel, 544 s.
 - o régime juridique, 550 s.
- familiale, 36, 130, 325, 495, 496, 497.
- immunité-irrecevabilité, 552, 565.
- immunité-irresponsabilité, 552.
- juridique, 495, 501.
- matérielle, v. patrimoniale.
- morale, v. affective.
- obstacle obligatoire, 565.
- patrimoniale, 560, 563 s.
 - o domaine d'application, 568 s, 579 s.
 - o genèse, 572 s.
 - o légitimité, 596 s.
 - o régime juridique, 586 s.
- procédurale, 554, 594.

Impartialité, 709 s, 718.

Incarcération

- autorité parentale, 765 s, 788, 800 s.
- correspondances, 760 s, 786.
- coût, 752.
- durée, 754, 768, 797, 799, 816 s.
- effet pathogène, 793, 810, 812, 816, 817, 832.
- garde de l'enfant, 766 s.
- interdictions de communiquer
- maintien des liens familiaux, 412, 749.
- maternité, 768 s.
- parloirs
 - o ordinaires, 792, 794, 830.
 - o familiaux, 789, 790.
- permis de visite, 786.
- précarisation, 457, 752, 779, 813 s, 829.
- relations sexuelles, 789, 791.
- sanction disciplinaire, 789, 798.
- subsidiarité, 814 s.
- surpopulation carcérale, 748, 752, 792, 810, 827.
- thérapies familiales, 792, 826.
- unités de vie familiale, 789 s, 830.

Inceste

- censure, 135, 141.
- définition civile, 126.
- infraction spécifique, 134, 135, 143.
- interdit de, 80, 121.
- prohibition moderne, 127 s.
- source, 122 s.
- surqualification, 138.

Individualisme, 1, 11, 15, 22, 27, 75, 111, 115, 262, 268, 358, 364, 365, 597 s, 619, 628, 666, 679.

Infanticide, 453, 454, 468, 746.

Infraction

- accessoirement familiale, 36, 458, 468, 481 s.
- classification tripartite, 510.
- extrafamiliale, 34, 484.
- familiale par nature, 36, 263, 482.
- familiale
 - o classification, 32, 36.
 - o définition, 20, 33, 35.
 - o procédure de traitement, 30, 37, 38.
 - o typologie v. classification
- familiale par destination, 36, 263, 476, 481 s.
- intracouple, 345.
- intrafamiliale, 33, 35.
- occulte, 107, 116, 195, 254, 357, 363, 578.
- parentales, 33.
- prémices, 659 s, 691, 714, 837.
- purement familiale, 36, 42, 283, 458, 460, 464.

Interdiction de contribuer à sa propre incrimination, 508, 535.

Interdisciplinarité, 40, 657.

Interprétation stricte (principe de), 108, 141, 154, 166, 172, 300, 373, 394, 416, 462, 511, 571, 581, 582.

Interruption de grossesse

- illégale de la grossesse d'autrui, 206.
- sans le consentement de l'intéressée, 208.
- volontaire, 184, 185.

Interventionnisme étatique, 23 s, 355, 364, 365.

J

Jury criminel, 454, 709 s, 746, 820.

Justice négociée v. Justice restaurative.

Justice restaurative, 820 s, 826, 827, 833.

L

Légalité (principe de), 37, 137, 141, 195, 203, 238, 320, 394, 480, 643.

Légistique, 323, 393, 400, 441, 449, 454, 474, 653, 722.

Libération

- conditionnelle
 - o droit commun, 801 s.
 - o parentale, 801 s.
- définitive, 806 s.

Liberté matrimoniale, 64 s, 174.

Lien

- d'autorité, 127, 133 s, 147, 284, 308, 309, 317 s, 331 s, 413, 427, 435, 466, 628.
- de couple
 - existant, 13, 27, 29, 33, 46 s.
 - rompu, 173, 291 s, 332, 372 s, 628, 811.
- de droit, 1, 10, 11, 33, 46, 50, 160, 164, 177, 293, 407, 419, 583.
- de filiation, 13, 27, 29, 33, 47, 49, 127, 162, 175 s.
- familial
 - o civil, 13, 29, 265, 315, 330, 336, 338.
 - o définition, 1 s.
 - o extramatrimonial
 - concubinat, 173, 174, 287, 311, 346, 466, 582, 583, 711, 719, 759.
 - partenariat, 163 s, 373, 466, 547, 582, 583, 711, 719.
 - o horizontal, 272 s, 285 s, 310 s, 337, 344 s, 362, 393, 419, 546.
 - o matrimonial
 - définition, 51.
 - formation, 53.
 - matériel, 77 s.
 - volontaire, 53, 54, 63, 66 s.
 - o pénal
 - autonomie, 1, 7, 8, 29.
 - étendue, 8, 19, 27.
 - hétérogénéité, 12.
 - théorie, 7, 17, 28 s.
 - o relationnel
 - définition, 36, 41, 263 s.
 - domaine personnel, 295 s.
 - domaine infractionnel, 304 s.
 - effet aggravateur de répression, 272 s, 284, 294,
 - effet créateur de répression, 266, 269, 340.
 - protection pénale, 261 s, 339 s.
 - o structurel
 - définition, 33, 36, 42 s.
 - effet aggravateur de répression, 91, 133.
 - effet amplificateur de répression, 66.

- protection pénale, 49 s, 176 s.
- o vertical
 - bilatéral, 437 s.
 - dimension affective, 178, 220, 234, 250, 268, 337 s.
 - dimension biologique, 133, 178 s.
 - unilatéral, 403 s.
- social, 662.

Loi pénitentiaire, 752, 759, 761, 790, 808.

M

Maltraitance des ascendants et personnes âgées, 468.

Mariage

- blanc v. de complaisance.
- de complaisance, 57 s.
- entre personnes de même sexe, 115, 547.
- forcé, 66 s.
- gris v. de complaisance.

Maternité

- incarcération, 758, 772 s.
- reconnaissance, 225.
- substitution, 190, 214, 235, 244 s.

Médiation, 432, 821.

Médiation pénale familiale, 471, 620, 734, 811, 820 s, 833 s.

Menaces, 279, 288 s, 372, 823.

Mesures alternatives

- poursuites, 820, 833, 834, 839, 845.
- privation de liberté, 415, 723, 809 s, 819, 831.

Meurtre, 65, 280, 281, 287, 307 s, 373, 441, 454, 468.

Ministre du culte, 70 s, 150.

Mobiles, 291, 373, 399, 418, 424, 430, 444, 454, 519.

Mœurs

- attentat aux, 96, 113, 116, 129, 352, 354, 460.
- évolution, 15, 20, 26, 84, 132, 185, 350, 386, 453, 617 s, 634, 683.
- libéralisation, 20, 104, 109, 349

Monogamie

- principe, 79 s.
- protection civile, 85 s.
- protection pénale, 89 s, 114, 119.
- sources, 86 s.

Monopacsie, 79.

N

Non-dénonciation de crime, 450, 505, 508, 512, 517 s, 529, 535, 542 s.

Non-droit, 1, 110, 115, 265, 555, 810.

Non-représentation d'enfant, 396, 427 s.

O

Obligations familiales

- appréhension civile, 340 s.
- horizontales, 345 s.
- matrimoniales
 - statut patrimonial, 384 s.
 - statut personnel, 349 s.
- pacsimoniales, 346.
- verticales
 - bilatérales ascendantes, 466 s.
 - bilatérales descendantes, 439 s.
 - unilatérales, 406 s.

Obstacle

- définition, 486 s.
- familial,
 - à l'effectivité répressive, 643 s.
 - à l'efficacité répressive, 492 s.

Officier d'état civil, 69, 70, 150 s, 210, 347.

Omission de témoigner en faveur d'un innocent, 523, 533 s, 542, 557.

Opportunité des poursuites (principe de), 355, 614.

Ordre public

- direction, 130, 383, 478.
- familial, 23, 61 s, 174, 196, 228 s, 262, 353 s, 369.
- monogamique, 108.
- nullités, 244.
- pénal, 23, 132.
- protection, 130, 382, 383, 478.
- sanitaire, 207.

Organisation ou aggravation frauduleuse de son insolvabilité, 395, 398, 399, 418.

P

Pacte civil de solidarité, 46, 49, 64 s, 79, 97, 108, 162 s, 287 s, 346, 371, 377, 394 s, 701, 711, 759, 822.

Parentalité, 176, 178, 200, 218 s, 243, 251, 255, 435, 456 s, 479, 483, 766 s, 774 s.

Parenté

- liberté parentale, 220 s, 233 s, 244 s, 256, 257.
- volonté parentale, 151, 217 s, 229 s, 238, 256.

Parricide, 468.

Paternité

- contestation, 227.
- présomption, 225.
- reconnaissance frauduleuse, 228.

Peine

- aménagement, 724, 754, 775, 798, 800 s, 809, 814.
- complémentaire, 809.
- exemption, 497, 594.
- personnalisation (principe de), 698, 752, 754, 814.
- principale, 809.

Peine privative ou restrictive de liberté v. Incarcération.

Permissions de sortir en vue du maintien des liens familiaux, 759, 792, 796 s.

Plainte préalable de la victime

- alternative aux immunités, 627 s.
- déclin, 619 s.
- histoire, 606 s.
- obstacle optionnel, 603 s.
- principe, 354 s, 560, 564, 602.
- retrait, 614 s.

Plurigamie, 79 s, 96, 115 s.

Politique

- criminelle
 - de la famille, 24, 25, 303, 556, 642.
 - générale, 24, 132, 146, 498, 543, 578, 594, 638, 822, 834.
- familiale, 2, 24.

Polyconcubinage, 108.

Polygamie

- de droit, 79, 82.
- de fait, 82, 113 s, 167.
- indirecte, 98, 119.
- polyandrie, 82, 116.
- Polygynie, 82.
- réciproque, v. Plurigamie.
- successive, v. indirecte.
- vie en état de, 117.

Polypacsie, 108, 166.

Polyunion v. Polygamie.

Présomption d'innocence, 381, 395, 508.

Preuve

- charge, 387, 395.
- impossible, 62, 67, 134, 377, 424.
- recherche, 377, 503, 505, 519 s.

Privation de soins et d'aliments, 386, 387, 396, 445 s.

Procédure pénale spéciale de la famille, 37, 811.

Procédure en révision, 701.

Procréation médicalement assistée

- dispositif, 180, 200, 225, 250.
- exercice d'activités à des fins étrangères, 201.

Psychocriminologie, 685, 724.

Pudeur, 129, 354, 460 s, 789.

R

Recel

- choses, 526, 571 s.
- malfaiteurs, 523 s, 531, 535, 542 s.

Récidive, 23, 24, 321, 513, 514, 734, 736, 748 s, 785 s, 807, 814, 820 s, 838 s.

Reconnaissance

- blanches v. de complaisance.
- de complaisance, 230.
- Frauduleuse, 231.
- maternité, 225.
- mensongère v. frauduleuse.
- paternité, 228.

Récusation, 711 s.

Réexamen de la condamnation, 701.

Réforme pénale, 752, 754, 814.

Régulation sociale, 25, 663 s, 681 s, 748, 844.

Réinsertion sociale, 23, 145, 412, 464, 696 s, 717 s, 736 s, 751 s, 791, 797 s, 809 s, 814 s, 820 s, 831 s, 840 s.

Réitération, 73, 103, 377, 513, 518, 722, 723.

Relativisme, 671.

Resocialisation, v. Réinsertion sociale.

S

Secret professionnel, 450, 520, 535, 538, 556.

Sectes, 411, 450.

Simulation et dissimulation d'enfant, 191 s.

Soustraction d'enfant, 420 s.

Soustraction d'un parent à ses obligations légales, 396, 416.

Stage de responsabilité parentale, 434, 814.

Substitution d'enfant, 194, 196.

Supposition d'enfant, 191 s.

Suppression d'enfant, 190 s.

T

Témoin

- parjure, 705, 707.
- serment, 534, 705 s, 718, 719.
- vérité judiciaire, 706, 717, 718.

Tentative, 463.

Tortures et actes de barbarie, 65, 279 s, 287.

Travail d'intérêt général, 809.

U

Union libre, 50, 64, 79, 115, 164, 170 s, 346, 354, 379, 466, 546, 759.

V

Valeur sociale

- définition, 26.
- familiale, 26, 92, 342, 356.
- gradation, 27.
- répressive, 20, 23, 64, 67, 131, 147, 232, 341.

Vérité judiciaire, 505, 519 s, 533 s, 696, 701 s, 717 s, 787, 837.

Victimation, 681.

Vie maritale notoire, 546, 547, 557, 582, 638.

Viol, 133, 137, 283, 379, 459, 463.

Violences

- ayant entraîné la mort sans intention de la donner, 65, 280, 281, 287.
- ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours, 65, 280, 281, 287.
- conjugales
 - o définition, 289, 362 s, 368.
 - o droit pénal spécial, 381.
 - o modalités d'exercice de l'autorité parentale, 371.
 - o ordonnance de protection, 371 s, 822, 823.
 - o référé protection, 371.
 - o viol entre époux, 372, 379.
 - o violation des ordonnances prises par le juge aux affaires familiales en cas de violences, 374, 378, 396.
- économiques, 368.
- familiales, 379, 625, 685, 729 s, 745.
- habituelles commises sur mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur, 287.
- n'ayant entraîné aucune incapacité de travail, 65, 280, 281, 287.
- psychologiques, 368, 376, 377, 731, 823.
- sexuelles, 368, 369, 379, 468, 781.

Vol, 569 s, 590.

Vulnérabilité

- âge, 283, 287, 290, 403, 441, 467.
- minorité, 27, 132, 146, 193, 284, 322, 396, 405, 437, 438, 444, 451, 805.

TABLE DES MATIÈRES

(Les numéros renvoient aux pages)

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE – LE LIEN FAMILIAL, FONDEMENT DE LA RÉPRESSION	61
Titre I - La protection pénale insuffisante du lien familial structurel	67
Chapitre 1 - La protection pénale partielle du lien structurel de couple	71
Section 1. La protection pénale relative du lien de couple matrimonial.....	72
§1. La protection pénale marginale de la formation du lien de couple matrimonial	73
A. La protection pénale inexistante des atteintes internes au lien matrimonial consensuel.....	75
1. La limitation des volontés individuelles de couple	75
a. Une protection pénale instrumentale du lien matrimonial consensuel	76
b. Une protection apparente de l'ordre public familial.....	79
2. L'expression fictive de la liberté matrimoniale.....	81
a. L'apparente protection du consentement à l'union matrimoniale	82
b. L'hypothétique protection de l'expression de la liberté de constitution de couple	85
B. La protection pénale obsolète des atteintes externes au lien matrimonial consensuel	87
1. La primauté apparente de la forme civile du mariage	89
2. L'obsolescence évidente de l'incrimination	91
§2. La protection pénale limitée du maintien du lien de couple matrimonial.....	94
A. La protection pénale restreinte contre les atteintes internes à la perpétuation du lien matrimonial matériel	95
1. La protection pénale affaiblie du principe monogamique.....	99
a. Les fondements de la protection pénale originelle du principe monogamique	102
α. Les sources de l'instauration du principe monogamique comme fondement social .	103
β. Les répercussions répressives de l'instauration du principe monogamique comme fondement social	105
i. Le volet théorique de la protection répressive du principe monogamique.....	105
ii. Les implications pratiques de l'infraction de bigamie.....	109
b. Les imperfections de la protection pénale actuelle du principe monogamique.....	115
α. De lege lata, l'affaiblissement général de l'infraction.....	115
β. De lege ferenda, le maintien de l'encadrement répressif de la bigamie	123
2. La protection pénale illusoire du principe exogamique	136
a. Les sources fondatrices de l'interdit de l'inceste	138
α. L'obligation originelle d'exogamie	138
β. L'interdiction du principe endogamique.....	140
b. La prohibition moderne de l'inceste	142
α. L'inceste délibérément exclu du champ de la répression	144
β. L'inceste faussement inclus dans le champ de la répression.....	150
B. La protection pénale amoindrie contre les atteintes externes à la perpétuation du lien matrimonial matériel	173
1. Les fondements incertains de l'appréhension pénale des atteintes externes au lien matrimonial matériel	174
2. Les conséquences manifestes des lacunes de l'appréhension pénale des atteintes externes au lien matrimonial matériel	179
Section 2. L'absence de protection pénale effective des liens de couple extraconjugaux.....	185
§1. Une protection pénale dérisoire du lien de partenariat	187
A. Un soutien pénal inexistant à l'imposition des règles relatives à la formation du contrat.....	187
B. L'impact incident de la conclusion du pacte sur l'application des règles répressives	190
§2. Une protection pénale inexistante du lien de concubinat.....	191
Conclusion du chapitre 1	195

Chapitre 2 - La protection pénale irrégulière du lien structurel de filiation	197
Section 1. La protection pénale limitée du lien de filiation biologique	199
§1. Les atteintes internes au lien biologique de filiation	201
A. L'atteinte à l'établissement du lien biologique de filiation	201
1. La protection pénale inexistante de la potentialité du lien biologique de filiation	202
2. La protection pénale restreinte de la création du lien biologique de filiation	204
B. L'atteinte à l'authenticité du lien biologique de filiation	206
1. Une protection pénale matériellement hésitante	207
2. Une protection pénale indifférente au principe biologique de la filiation	210
§2. Les atteintes externes au lien biologique de filiation	214
A. Les atteintes externes à l'établissement du lien biologique de filiation	214
1. La protection pénale incertaine du lien en devenir	215
a. La protection pénale symbolique des règles d'accès à la procréation médicalement assistée	215
b. La protection pénale controversée contre l'interruption de la grossesse	220
2. La protection pénale dérisoire du lien existant	224
B. Les atteintes externes à la perpétuation du lien biologique de filiation	226
1. Une incrimination dirigée vers la famille de l'enfant	226
2. Une provocation à distance de la filiation de l'enfant	228
Section 2. La protection pénale modulée du lien de filiation volontaire	231
§1. La protection pénale restreinte de la volonté parentale falsifiée	233
A. L'apparente prise en compte du consentement parental dans la protection pénale du lien volontaire de filiation	234
1. Le consentement parental authentique créateur de filiation	234
2. Le consentement parental contrefait objet de répression	236
B. L'instrumentalisation de la protection pénale du lien volontaire de filiation	237
§2. La promotion modérée de la liberté parentale	240
A. La promotion pénale fictive de l'expression de la liberté parentale adoptive	240
1. Une protection pénale dévoyée du lien de filiation adoptif	241
2. Le détournement répressif de la liberté parentale adoptive	245
B. La censure répressive de l'expression de la liberté parentale substitutive	247
1. La réprobation civile injustifiée de la convention de gestation pour autrui	248
2. La sanction répressive mesurée de l'entremise à la gestation pour autrui	253
Conclusion du chapitre 2	257
Conclusion du titre I	259
Titre II - La protection pénale variable du lien familial relationnel	263
Chapitre 1 - L'appréhension pénale particulière du lien de famille relationnel	267
Section 1. Le lien familial comme facteur apparent de l'aggravation de la répression	268
§1. Le domaine d'application théorique de l'aggravation de la répression	269
A. La portée relationnelle élargie du lien familial amplificateur de répression	269
1. L'aggravation par la verticalité familiale	270
2. L'aggravation par l'horizontalité familiale	271
B. L'étendue matérielle diversifiée du lien familial amplificateur de répression	272
1. Une appréhension globale du lien familial vertical amplificateur de répression	272
a. L'appréhension restrictive de l'aggravation des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne	273
b. L'appréhension extensive de l'aggravation des comportements attentatoires à la liberté sexuelle de la personne	276
2. Une appréhension binaire du lien familial horizontal amplificateur de répression	278
a. L'aggravation par le lien de couple existant	278
b. L'aggravation par le lien de couple rompu	281
§2. Le domaine d'application pratique de l'aggravation de la répression	284
A. Un domaine personnel variable	284
1. L'unité de la propagation personnelle de l'aggravation	285

2. La diversité de la sphère relationnelle de l'aggravation	287
B. Un domaine infractionnel incohérent	289
1. L'incohérence de la prise en compte fractionnée du lien familial vertical.....	290
2. L'incohérence de la prise en compte exacerbée du lien familial horizontal	292
Section 2. Le lien familial comme facteur ignoré de l'aggravation de la répression	295
§1. L'ignorance réelle de la répression à l'encontre du lien familial civil.....	296
A. La prise en compte prépondérante du lien d'autorité	296
B. Vers la mise en place d'une cause générale d'aggravation	299
1. La spécificité de la circonstance aggravante familiale.....	300
2. L'extension de la circonstance aggravante familiale.....	302
§2. La considération répressive réaliste du lien familial pénal	305
A. Un lien familial pénal à géométrie variable	305
B. Une conception pénale pragmatique du lien familial	307
Conclusion du chapitre 1	311
Chapitre 2 - La protection pénale fluctuante des obligations issues du lien de famille relationnel..	313
Section 1. La protection pénale résiduelle des obligations familiales horizontales.....	315
§1. Une protection pénale différenciée de la sphère extrapatrimoniale du lien conjugal	318
A. L'abandon de la protection pénale de l'exclusivité de la relation conjugale	319
1. L'encadrement pénal spécifique de la moralisation des rapports intimes de la conjugalité	319
2. Le renoncement global à la direction répressive de la morale familiale	322
B. Le renforcement de la protection pénale du consentement à la relation conjugale.....	327
1. La répression des violences conjugales comme témoin de l'intérêt répressif pour la protection du devoir familial de respect	329
2. La prise en compte du devoir familial de respect comme facteur subsidiaire de l'intervention du droit répressif.....	334
a. Le caractère protéiforme des violences conjugales	335
b. Le renforcement de la répression des violences conjugales	340
α. L'accroissement de la protection des victimes de violences conjugales	341
β. L'augmentation de l'aggravation des infractions préexistantes	343
γ. La création de nouvelles incriminations	346
c. La reconnaissance spécifique des violences sexuelles au sein du couple.....	352
§2. Une protection pénale incertaine de la sphère patrimoniale du lien conjugal	359
A. La protection pénale limitée de la vocation alimentaire de la famille.....	361
1. La genèse tumultueuse de la protection pénale de la vocation alimentaire de la famille....	362
2. L'incertitude des fondements de l'incrimination d'abandon de famille	366
a. Le fondement principalement judiciaire de l'abandon de famille	367
b. La constitution complexe de l'abandon de famille.....	371
3. La légitimité du maintien de l'incrimination d'abandon de famille.....	382
B. La protection pénale apparente de la vocation successorale de la famille	385
Section 2. La protection pénale sommaire des obligations familiales verticales.....	389
§1. Une protection pénale décevante des obligations verticales unilatérales	391
A. La protection pénale confuse de l'obligation parentale d'éducation.....	393
1. La pénalisation incohérente de l'atteinte à la scolarisation de l'enfant.....	394
2. La pénalisation accessoire de l'atteinte à la formation sociale de l'enfant	399
B. La protection pénale relative de l'autorité parentale	402
1. La protection pénale de la soustraction de l'enfant.....	403
2. La protection pénale de l'atteinte à la représentation de l'enfant.....	408
a. Une incrimination au domaine personnel incertain	408
b. La répression incohérente de la non-représentation d'enfant	412
§2. Une protection pénale satisfaisante des obligations verticales bilatérales	418
A. La protection pénale des obligations issues de la verticalité descendante	421
1. La protection pénale de l'expression positive du devoir de respect.....	421
a. L'incrimination du délaissement de mineur	422
b. L'incrimination de la privation de soins et d'aliments	426
2. La protection pénale de l'expression négative du devoir de respect.....	432

a. La généralisation de la protection répressive accordée à la vie et à l'intégrité physique de l'enfant mineur	432
b. La particularisation de la protection répressive accordée à l'intégrité sexuelle de l'enfant mineur	439
B. La protection pénale des obligations issues de la verticalité ascendante	446
Conclusion du chapitre 2	453
Conclusion du titre II	455
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	457
SECONDE PARTIE – LE LIEN FAMILIAL, OBSTACLE À LA RÉPRESSION	463
Titre I - La reconnaissance du lien familial comme obstacle à l'effectivité de la répression	469
Chapitre 1 - Le lien familial, obstacle affectif à l'existence de l'infraction	475
Section 1. L'affection familiale, fondement de l'immunisation des atteintes au fonctionnement de la justice répressive	477
§1. Le lien de famille comme entrave affective à la constitution de l'infraction	478
A. L'absence de dénonciation comme fondement traditionnel de répression pénale	479
1. La connaissance du crime comme condition préalable à l'application de la répression	480
a. La nature particulière de la connaissance	481
b. L'objet spécifique de la connaissance	483
c. Les effets déterminés de la connaissance	484
2. L'absence intentionnelle de révélation comme élément constitutif de l'incrimination	487
B. Le lien familial comme obstacle exceptionnel à la répression pénale	489
§2. Le lien de famille comme entrave affective au déroulement de la procédure répressive	491
A. L'entrave à la recherche des auteurs réels de l'infraction	491
1. Le recel de malfaiteurs comme fondement traditionnel de répression pénale	492
2. Le lien familial comme obstacle exceptionnel à la répression pénale	496
B. L'entrave à la preuve de l'innocence des auteurs soupçonnés de l'infraction	497
1. L'omission de témoigner en faveur d'un innocent comme fondement traditionnel de répression pénale	498
2. Le lien familial comme obstacle exceptionnel à la répression pénale	501
Section 2. Le lien de famille, source de l'incertitude de la nature de l'immunité familiale affective ...	502
§1. Le renouvellement du domaine d'application de l'immunité familiale affective	503
A. La stabilité du domaine infractionnel de l'immunité familiale affective	504
B. L'inconstance du domaine personnel de l'immunité familiale affective	505
§2. Le régime juridique controversé de l'immunité familiale affective	510
A. L'affection familiale comme fondement originel de l'immunité morale	510
B. La remise en cause de l'exclusivisme du caractère familial de l'immunité affective	513
Conclusion du chapitre 1	517
Chapitre 2 - Le lien familial, obstacle patrimonial à la poursuite de l'infraction	521
Section 1. Le lien familial comme obstacle absolu à la poursuite de l'infraction	522
§1. Le domaine d'application évolutif de l'immunité familiale patrimoniale	524
A. Un domaine infractionnel étendu	526
1. L'extension originelle du domaine infractionnel de l'immunité familiale patrimoniale ...	527
2. L'amodrissement significatif du domaine infractionnel de l'immunité familiale patrimoniale	529
B. Un domaine personnel restreint	531
§2. La nature incertaine de l'immunité familiale patrimoniale	536
A. Le régime juridique controversé de l'immunité familiale patrimoniale	537
1. Une immunité faussement justifiée par la fiction de copropriété familiale	538
2. Une immunité réellement justifiée par des raisons sociales	539
3. Les effets juridictionnels consensuels de l'immunité familiale patrimoniale	542

B. Le maintien discuté de l'immunité familiale patrimoniale.....	545
Section 2. Le lien familial comme obstacle facultatif à la poursuite de l'infraction	549
§1. La plainte de la victime comme condition originelle de la mise en mouvement de l'action publique.....	551
A. La plainte comme modalité nécessaire à la mise en mouvement de l'action publique.....	552
B. Le retrait de la plainte comme cause obligatoire de l'extinction des poursuites.....	556
§2. La plainte de la victime comme condition exceptionnelle au déclenchement de l'action publique	559
A. Le rôle résiduel de la plainte préalable de la victime dans la poursuite des infractions familiales	560
B. La plainte préalable de la victime comme alternative aux immunités familiales.....	564
Conclusion du chapitre 2	569
Conclusion du titre I.....	573
Titre II - L'ignorance du lien familial comme obstacle à l'efficacité de la répression.....	577
Chapitre 1 - La négation du lien familial comme obstacle à l'efficacité de l'acte infractionnel	583
Section 1. Le lien familial aux prémices fondamentales de l'infraction	586
§1. La famille, facteur naturellement neutralisateur de criminalité	587
A. La neutralisation du crime par la famille.....	588
B. La neutralisation du crime dans la famille.....	591
§2. La famille, facteur anormalement promoteur de criminalité	593
A. Le crime commis en famille : la criminalité familiale exogène	594
B. Le crime commis contre la famille : la criminalité familiale endogène	600
Section 2. Lien familial et conséquences procédurales de l'infraction.....	604
§1. Le lien familial comme objet d'une confiance répressive modérée.....	606
A. Le lien familial au service de l'intérêt général	607
B. Le lien familial défenseur des intérêts particuliers.....	610
§2. Le lien familial comme objet d'une éviction répressive affirmée	612
A. L'exclusion partielle du lien familial à travers la qualité de témoin	613
B. L'exclusion totale du lien familial par la fonction de jugement.....	616
Conclusion du chapitre 1	621
Chapitre 2 - La déconsidération du lien de famille comme obstacle à l'efficacité de la réponse pénale	625
Section 1. Une réponse pénale aux infractions familiales traditionnellement orientée vers le rejet du lien familial	627
§1. Un rejet justifié à l'égard des infractions familiales les plus graves.....	628
§2. Un rejet non généralisable à l'ensemble des infractions familiales	634
A. La conservation essentielle du lien familial dans le traitement répressif des infractions de moindre gravité	635
B. La conservation potentielle du lien familial dans le traitement répressif des infractions les plus graves	637
Section 2. Une réponse pénale aux infractions familiales nécessairement guidée par l'inclusion du lien familial	641
§1. La resocialisation familiale confrontée à la privation de liberté	643
A. Le lien familial, un outil indispensable au temps de l'incarcération.....	646
1. L'incarcération naturellement opposée au maintien des liens familiaux	647
a. L'influence néfaste de l'incarcération sur le maintien du lien de couple	647
b. L'influence néfaste de l'incarcération sur le maintien de la relation parentale	653
α. Le parent incarcéré	654
β. L'enfant incarcéré	662
2. Le lien familial naturellement propice à l'efficacité de l'incarcération	664

B. Le lien familial, un outil bénéfique au moment de la libération.....	674
1. Le lien familial, un outil bénéfique au moment de la libération temporaire	674
2. Le lien familial, un outil bénéfique au moment de la libération conditionnelle.....	678
3. Le lien familial, un outil bénéfique au moment de la libération définitive	681
§2. La resocialisation familiale confortée par les alternatives à la privation de liberté.....	684
A. Une sanction répressive façonnée aux spécificités de l’infraction familiale.....	686
1. Une réponse pénale détachée du caractère pécuniaire de la sanction	686
2. Une réponse pénale orientée vers la subsidiarité de la mesure privative de liberté	688
B. Une procédure de traitement adaptée aux particularités de l’infraction familiale.....	693
Conclusion du chapitre 2	699
Conclusion du titre II.....	703
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	707
CONCLUSION GÉNÉRALE	709
ANNEXE	713
BIBLIOGRAPHIE.....	717
INDEX DE LA JURISPRUDENCE	747
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	753
TABLE DES MATIÈRES	761