



HAL
open science

La légitimation de l'intervention du droit pénal dans la famille

Gaëlle Serva

► **To cite this version:**

Gaëlle Serva. La légitimation de l'intervention du droit pénal dans la famille. Droit. Université Montpellier, 2016. Français. NNT : 2016MONTD050 . tel-01630455

HAL Id: tel-01630455

<https://theses.hal.science/tel-01630455v1>

Submitted on 7 Nov 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

Délivré par l'**Université de Montpellier**

Préparée au sein de l'école doctorale

Droit et Science politique

Et de l'UMR 5815 Dynamiques du Droit

Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

Présentée par

Gaëlle SERVA

Dirigée par

Madame le Professeur Marie-Christine SORDINO

**LA LÉGITIMATION DE L'INTERVENTION
DU DROIT PÉNAL DANS LA FAMILLE**

Soutenue le 16/12/2016 devant le jury composé de



Monsieur Edouard VERNY, Professeur, Université de PARIS
II

Rapporteur

Madame Haritini MATSOPOULOU, Professeur,
Université de PARIS XI

Rapporteur

Monsieur Didier THOMAS, Professeur, Université de
MONTPELLIER

Président

Madame Marie-Christine SORDINO, Professeur,
Université de MONTPELLIER

Directeur

Résumé en français:

La famille est une cellule qui relève de l'intimité de tout un chacun. Dès lors, comprendre l'intrusion d'un droit répressif en son sein n'est pas chose évidente. Pourtant, force est de constater que l'activité pénale s'y est intensifiée ces dernières années.

La question est alors de savoir quelles sont les raisons qui justifient cette intervention du droit pénal au sein de la famille. Cette problématique nous conduit à interroger la place du droit pénal dans la famille. Cette étude met en lumière deux conditions de l'intervention du droit pénal : l'existence d'un dysfonctionnement dans la famille, une condition indispensable ; et la protection de valeurs sociales au sein de la famille, une condition nécessaire.

Il convient par conséquent de construire, premièrement, le concept de dysfonctionnement familial autour de trois critères que sont la nature du dysfonctionnement, la gravité de ce dysfonctionnement et enfin le moment de son apparition.

Deuxièmement, s'agissant de la protection des valeurs sociales dans la famille, deux modalités d'intervention sont à dissocier : une modalité classique selon laquelle le droit pénal est essentiellement un droit sanctionnateur et une modalité novatrice selon laquelle le droit pénal affirme sa singularité.

Titre en anglais : The legitimization of the intervention of the criminal law in the family

Et résumé en anglais :

The family is an entity that falls under the privacy of everyone. Therefore, understanding the intrusion of a repressive law within it is not something obvious. Yet it is clear that penal activity has increased in the family those past years.

Then the question is what are the reasons that justify the intervention of penal law within the family. This problem leads us to question the place of criminal law in the family. This study highlights two conditions for the intervention of penal law: the existence of a malfunction in the family, an indispensable condition; the protection of social values within the family, a necessary condition.

First, it is therefore necessary to build the concept of family dysfunction on three criteria which are the nature of the malfunction, the severity of this dysfunction and finally the moment of its appearance.

Second, with regard to the protection of social values in the family, two modalities of intervention are dissociated: a classic mode that penal law is essentially an accessory law and an innovative modality that penal law asserts its singularity.

Discipline :

Droit et sciences criminelles

Mots-clés :

Droit pénal ; Famille ; Droit civil ; Droit public ; Immunités familiales

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire :

UMR 5815 – Université Montpellier I, Faculté de droit
39, rue de l'Université

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

À mes parents, pour leur amour et leur indéfectible confiance

À Feus grand-père, tonton Georges et tonton Raoul

À Mickaë

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements sont adressés à ma directrice de thèse, Madame le Professeur Marie-Christine SORDINO, grâce à laquelle mon désir de mener à bien un travail de recherche a pu se concrétiser. De par sa patience, son expertise, sa clairvoyance et sa disponibilité, elle a été d'un soutien inestimable tout au long de cette aventure. La flexibilité dont elle a fait preuve au cours de la direction de mes travaux et ses conseils avisés m'ont assuré une grande liberté, quant au traitement de mon sujet. Elle a su enrichir ma réflexion avec justesse, me permettant de la faire émerger plus clairement. Au-delà, c'est pour sa bienveillance de tous les instants et ses constants encouragements qu'il me tient à cœur de la remercier.

Également, je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à Madame le Professeur Haritini MATSOPOULOU, pour m'avoir offert la chance d'encadrer mes premières séances de travaux dirigés à l'Université Paris XI. Outre l'enrichissement professionnel et personnel que cette expérience m'a apporté, c'est aussi à cette occasion que s'est précisé mon raisonnement.

Parce que l'étude transversale exigée par le thème de recherche choisi, appelait à la réunion de données juridiques et extra-juridiques, éparses, théoriques mais également pratiques, la contribution des personnes qui m'ont chaleureusement reçue et conseillée, fut précieuse. Je tiens donc, tout particulièrement, à remercier Madame Sylvie CHANTELAUZE, chef de service éducatif au foyer les « Pressoirs du Roy » de Samoreau, Monsieur Jean SAINT-CLÉMENT, directeur de la CAF Guadeloupe, Monsieur Michel VELAYANDON, mandataire judiciaire à la protection des majeurs, Maître Hubert JABOT, mon ancien directeur de stage, Madame Audrey THÉOPHILE, assistante sociale et Monsieur Charly POMPILIUS, directeur d'école. Ma gratitude va aussi à l'équipe de l'Association d'aide aux victimes de Montpellier, et particulièrement à Mesdames Cecilia LLOR et Audrey FRAUD, ainsi qu'à celle du Parquet du Tribunal de grande instance de Fontainebleau.

Mille mercis enfin aux personnes qui me sont chères : Ma famille tant biologique qu'affective, mon compagnon, et mes amis, qui ont été présents pour moi bien avant le début de cette entreprise ; sans oublier Patricia et Marie-Line, pour les joies et les fous rires.

SOMMAIRE

Introduction

Première Partie - Un préalable à l'intervention du droit pénal, l'existence d'une famille dysfonctionnelle

Titre I - L'identification de la famille dysfonctionnelle

Chapitre I - Le rejet d'un critère de normalité familiale

Chapitre II - Un critère de définition, la « dysfonctionnalité familiale »

Titre II - Le moment de l'apparition du dysfonctionnement dans la famille

Chapitre I - La révélation du dysfonctionnement familial

Chapitre II - Le traitement du dysfonctionnement familial

Deuxième partie - Une condition nécessaire de l'intervention, la protection de valeurs sociales et familiales

Titre I - Une modalité d'intervention classique du droit pénal

Chapitre I - La subsidiarité du droit pénal dans la famille

Chapitre II - Le droit pénal dans la famille, entre adaptation et dénaturation

Titre II - Une modalité d'intervention novatrice du droit pénal dans la famille

Chapitre I - L'expression d'une singularité du droit pénal dans la famille

Chapitre II - La résilience du droit pénal

Conclusion générale

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS 1

SOMMAIRE	2
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	8
INTRODUCTION	11
Première Partie	55
UN PREALABLE À L'INTERVENTION DU DROIT PÉNAL, L'EXISTENCE D'UNE FAMILLE DYSFONCTIONNELLE	55
Titre I – L'IDENTIFICATION DE LA FAMILLE DYSFONCTIONNELLE	56
Chapitre I. Le rejet d'un critère de normalité familiale	58
Section I. Du droit de mener une vie familiale normale au concept de famille normale	59
§1 - La reconnaissance du droit de tout individu à mener une « vie familiale normale »	59
A. Les fondements normatifs de l'émergence d'un droit de mener une vie familiale normale	59
1) Les fondements européens	60
2) Les fondements nationaux	62
B. L'émergence jurisprudentielle du droit de mener une vie familiale normale	63
§2 - L'avènement du concept de normalité familiale	66
A. La liberté de mener une vie familiale normale, un droit susceptible d'ingérence publique	66
B. Une construction socio-idéologique de la normalité familiale	68
1) Les acteurs de la définition de la normalité familiale	68
a) La société	68
b) Le législateur et le juge	69
2) Une normalité familiale appréciée au cas par cas	71
a) La vie familiale normale et la polygamie	72
b) La vie familiale normale et la vie commune	73
c) La vie familiale normale et l'adoption simple	74
d) La vie familiale normale et la procréation médicalement assistée	74
e) La vie familiale normale et la famille homoparentale	75
f) La vie familiale normale, le transsexualisme et la « transparentalité »	79
Section II. La normalité familiale, un critère insatisfaisant en droit pénal	82
§1 - Un critère inadapté à la logique pénale	82
A. L'absence de clarté du paradigme de normalité familiale	82
B. L'indifférence du paradigme de normalité familiale en droit pénal	84
§2 - Un critère dépourvu de fiabilité scientifique	85
A. La limite subjective à la fiabilité du critère de normalité	85
B. La limite objective à la fiabilité du critère de normalité	87
Chapitre II. Un critère de définition, la « dysfonctionnalité familiale »	88
Section I. Les contrariétés au « bon vivre ensemble »	92
§1 - La famille violente	92
A. La violence intraconjugale	93
1) La nature des violences	95
a) Les violences physiques	95
b) Les violences d'ordre sexuel	102

c) Les violences psychologiques	112
d) Les violences par intimidation	124
2) Les caractéristiques des violences conjugales	126
a) Une violence cumulative	126
b) Une violence graduelle	128
c) Une violence non « genrée »	134
d) Les principaux facteurs objectifs de violences	140
3) Les profils criminologiques des protagonistes	145
a) Le profil du conjoint violent	145
b) Le profil du conjoint victime	154
B. Les violences envers les autres membres de la famille	158
1) Les violences à l'encontre de l'enfant	158
2) Les violences à l'encontre de l'ascendant	167
§2 - La famille homicide	168
A. L'homicide intrafamilial	169
1) Le crime passionnel	170
2) Le meurtre de l'enfant	173
B. La légitime défense différée	174
Section II. Les contrariétés au « bien vivre ensemble »	182
§1 - La défaillance familiale par abandon du mineur	182
§2 - La défaillance familiale entraînant une mise en péril du mineur	186
Conclusion du Titre I	197
Titre II - LA PRISE EN CHARGE DU DYSFONCTIONNEMENT FAMILIAL	199
Chapitre I. La révélation du dysfonctionnement familial	200
Section I. La dénonciation du dysfonctionnement familial	200
§1 - Les écueils liés à la dénonciation des dysfonctionnements familiaux	201
A. Un dysfonctionnement familial difficilement quantifiable	202
1) Le huis clos familial	203
2) Le faible taux de dénonciation	205
3) Le caractère lacunaire des données statistiques recueillies	210
B. Un dysfonctionnement familial difficile à prouver	214
§2 - Les acteurs de la dénonciation	216
Section II. L'appréciation du dysfonctionnement	218
§1 - Une appréciation objective du dysfonctionnement familial	219
A. Le trouble familial pénalement « impunissable »	219
B. Le dysfonctionnement familial non-imputable à l'auteur	224
§2 - Une appréciation subjective du dysfonctionnement familial	225
A. Le législateur	225
B. Les différents acteurs de la justice pénale	227
1) Les principaux acteurs judiciaires	227
2) Un acteur judiciaire essentiel : l'expert judiciaire	232
Chapitre II. Le traitement du dysfonctionnement familial	234
Section I. Vers une meilleure prise en charge du dysfonctionnement	234
§1 - La lutte contre les violences au sein du couple	234
A. Le volet préventif de la lutte contre les violences conjugales	235
1) La mesure d'éviction du conjoint violent	235
2) L'accompagnement du conjoint victime	242
3) Quelques pistes de travail à caractère préventif à approfondir	248
B. Le volet répressif de la lutte contre les violences conjugales	251

§2 - La protection de l'enfance en danger.....	252
A. L'enfant co-victime des violences conjugales.....	253
B. La sécurisation du parcours de protection de l'enfant.....	257
Section II. Vers une meilleure formation des professionnels au contact de la famille.....	263
§1 - Le caractère essentiel de la formation à la détection des dysfonctionnements intrafamiliaux.....	264
§2 - Une meilleure définition de l'orientation à donner au traitement des dysfonctionnements familiaux.....	267
Conclusion du Titre II.....	271
Conclusion de la Partie I.....	272
Deuxième Partie.....	274
UNE CONDITION NÉCESSAIRE DE L'INTERVENTION, LA PROTECTION DE VALEURS SOCIALES ET FAMILIALES.....	274
Titre I - UNE MODALITÉ D'INTERVENTION CLASSIQUE DU DROIT PÉNAL..	276
Chapitre I. La subsidiarité du droit pénal dans la famille.....	279
Section I. Une subsidiarité du droit pénal quant aux valeurs sociales attenantes à la famille.....	279
§1 - La famille, une valeur sociale non consacrée par le droit pénal.....	280
A. La famille, reconnue comme valeur sociale essentielle.....	283
1) L'appréhension du concept de valeurs sociales protégées.....	283
a) La source de la valeur sociale, l'éthique.....	283
b) La valeur sociale préexistante au droit.....	286
2) Un concept de valeur sociale applicable à la famille.....	290
B. La famille, consacrée comme valeur sociale par des disciplines juridiques principales.....	293
§2 - La famille, fédératrice de valeurs sociales protégées par le droit pénal.....	296
A. La protection pénale de la famille en qualité de sujet créateur de valeurs sociales.....	296
1) La famille, sujet titulaire de valeurs sociales.....	296
2) La famille, sujet créateur de valeurs sociales.....	302
B. La protection pénale accessoire de valeurs sociales propres à la famille.....	303
1) La protection pénale accessoire de l'intérêt de l'enfant.....	303
2) La protection pénale accessoire de l'intégrité physique et morale du conjoint.....	306
3) La protection pénale accessoire de l'institution du mariage.....	308
Section II. Une subsidiarité du droit pénal quant à ses fonctions dans la famille.....	314
§1 - Le droit pénal accessoire, instrument de contrôle social au sein de la famille.....	315
A. Le droit pénal, gardien d'ordre public dans la famille.....	315
B. Un droit pénal essentiellement dissuasif dans la famille.....	322
1) Une peine prononcée <i>ultima ratio</i>	322
2) Le rôle préventif du droit pénal.....	324
§2 - Rejet d'un droit pénal accessoire à la loi morale au sein de la famille.....	329
A. Droit pénal et morale, des notions distinctes.....	330
B. D'un souci de prévention sociale à un risque de contrôle social : les nouvelles fonctions de la peine.....	332
Chapitre II. Le droit pénal dans la famille, entre adaptation et dénaturation.....	336
Section I. L'adaptation de l'application du droit pénal au contact de la famille.....	336
§1 - Une répression soumise à l'existence d'une famille.....	337
A. La famille, élément de définition de l'infraction.....	337
1) La limitation du champ de compétence du droit pénal.....	338
a) La soumission explicite de la compétence pénale à la violation d'une décision de justice.....	339
b) La soumission implicite à la violation d'une décision de justice, le respect du droit objectif à la représentation de l'enfant.....	348

2) L'action du droit pénal soumise à une identité familiale forte	356
B. La famille, circonstance de la répression.....	359
1) Une circonstance aggravante	359
2) Une circonstance atténuante.....	363
§2 - La répression contrariée par l'existence d'une famille, la famille-écran.....	367
A. La famille, obstacle à la répression	368
B. La famille, frein à la répression.....	371
Section II. La dénaturation du droit pénal au contact de la famille.....	372
§1 - Une technique d'incrimination atypique en droit pénal.....	374
A. Une vocation illusoire à l'autonomie	375
B. Un caractère personnalisable à l'envi.....	380
§2 - Un raisonnement d'incrimination atypique en droit pénal, ou l'opportunisme législatif.....	390
A. Le détournement de la finalité du droit pénal à des fins stratégiques	391
1) Le détournement à des fins pédagogiques	391
a) La soustraction à l'obligation scolaire, une incrimination dépourvue d'effectivité.....	392
b) L'extension de l'application du droit pénal à la soustraction à l'obligation d'assiduité scolaire.....	399
2) Le détournement à des fins purement pragmatiques.....	404
B. Le détournement de la finalité du droit pénal à des fins victimologiques	409
Conclusion du Titre I.....	411
Titre II - UNE MODALITÉ D'INTERVENTION NOVATRICE DU DROIT PÉNAL	
DANS LA FAMILLE.....	413
Chapitre I. L'expression d'une singularité du droit pénal dans la famille	422
Section I. Une singularité fonctionnelle dans la famille	424
§1 - La neutralité du droit pénal vis-à-vis de la famille	424
A. La neutralité vis-à-vis de la conjugalité.....	426
1) La consolidation d'un véritable concept de couple en droit pénal.....	426
2) Droit pénal et liberté sexuelle	430
B. La neutralité vis-à-vis du tiers	431
1) La reconnaissance par le droit civil d'une fonction affective du beau-parent	433
2) L'admission par le droit pénal d'une fonction d'autorité du beau-parent.....	436
§2 - L'originalité fonctionnelle du droit pénal dans la famille.....	441
Section II. Une singularité conceptuelle dans la famille.....	445
§1 - Une singularité conceptuelle et des divergences interprétatives.....	446
A. La notion de communauté de vie reconsidérée en droit pénal	446
1) Communauté de vie et proxénétisme.....	447
2) Communauté de vie et violences conjugales	451
B. L'absence de répression du délit de bigamie quant au PACS	453
1) Le constat d'une absence de répression.....	454
2) Des éléments d'explication de l'absence de répression.....	455
§2 - La singularité conceptuelle et les absorptions interprétatives.....	460
A. L'absorption pénale du concept civil d'inceste.....	460
1) L'alignement du droit pénal sur le droit civil quant à l'inceste	461
2) Les limites à l'alignement du droit pénal sur le droit civil quant à l'inceste	463
B. La consécration par le droit pénal de la valeur probante de la déclaration sur l'honneur en droit civil	469
Chapitre II. La résilience du droit pénal.....	472
Section I. La famille, une valeur secondaire en droit pénal	473
§1 - La hiérarchisation des valeurs sociales en droit pénal	473

A. La valeur sociale protégée, un outil de structuration en droit pénal.....	473
B. La supériorité de <i>valeurs-finalité</i> autres que la famille en droit pénal	476
1) La <i>valeur-finalité</i> , l'objet réel de l'infraction d'emblée familiale	477
2) La famille, une <i>valeur-témoin</i> en droit pénal	478
a) Un simple repère de protection	478
b) L'absence de consécration d'un intérêt familial en droit pénal	481
c) Un refus conscient de consécration d'un intérêt familial en droit pénal.....	484
d) Un tempérament en demi-teinte, l'action civile des associations familiales	487
§2 - La famille, un intermédiaire de protection.....	490
A. La protection affirmée de l'individu au sein de sa famille.....	491
1) Le droit pénal défenseur d'un ordre public de protection dans la famille	492
2) Les manifestations d'un ordre public de protection en droit pénal.....	496
B. La protection passive d'une entité familiale méconnue	502
Section II. Le repli général du droit pénal dans la famille	502
§1 - La décriminalisation du lien familial	503
A. La décriminalisation de l'adultère	504
1) L'importance passée de la répression de l'adultère dans la pensée collective.....	504
2) La suppression du délit d'adultère ou la révélation de la juste mesure du droit pénal	508
B. La décriminalisation de l'avortement	511
§2 - La désacralisation du lien familial	514
A. Le lien familial exempt de privilèges	514
1) Le droit de correction discrédité	515
2) L'effet limité des immunités familiales	517
B. Le lien familial en proie à l'intransigeance pénale.....	520
Conclusion du Titre II	523
Conclusion de la Partie II	524
CONCLUSION GÉNÉRALE	525
ANNEXE	531
BIBLIOGRAPHIE	536
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	598

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ Pénal	Actualités juridiques de droit pénal
Al.	Alinéa
Arch. Po. Crim.	Archives de politique criminelle
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile
<i>c/</i>	Contre
CA	Arrêt de Cour d'appel
C. civ.	Code civil
C. const.	Conseil constitutionnel
Cass. crim	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
CE	Arrêt du Conseil d'État
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
C. éduc.	Code de l'éducation
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
Ch. acc.	Chambre d'accusation
Ch. corr.	Chambre correctionnelle
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions

Contra	Solution contraire
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
CPCE	Code de procédure civile d'exécution
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
DH.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1944)
dir.	Sous la direction de
Doctr.	Doctrine
Dr. Fam.	Revue Droit de la famille (LexisNexis)
Dr. Pén.	Revue Droit pénal (LexisNexis)
éd.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du palais
in	Dans
infra	Ci-dessous
in fine	en fin de
inf. rap.	Informations rapides
J.-Cl.	Juris-Classeur (Encyclopédies)
JCP. éd. G	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel de Communauté européenne
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LPA	Les Petites Affiches (Lextenso)
n°	Numéro
not.	Notamment
NP	non publié au bulletin
obs.	Observations
op. cit.	Opere citato
Ord.	Ordonnance
p.	Page

Pan.	Panorama
préc.	précité
préf.	Préface
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. dr. eur.	Répertoire de droit européen
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Rép. civ.	Répertoire de droit civil
RSC.	Revue de sciences criminelles
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant(e)s
spéc.	Spécialement
ss.	Sous
supra	Ci-dessus
T. corr.	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION

« *La famille n'est pas naturelle, elle est d'emblée culturelle. Ceux qui invoqueront, qu'elle devrait être ceci ou cela se tromperont dans leurs prémisses et développeront surtout le modèle qu'ils ont choisi* ». ¹

1. Famille et criminalité, des liens passés et contemporains étroits. – Que le pénaliste s'intéresse aux interrelations existant entre droit pénal et famille ne devrait point étonner. Et pour cause, famille et criminalité ont toujours été étroitement liées.

Déjà dans les civilisations primitives, à « *un moment où l'État n'avait pas encore pris conscience de lui-même* » ², la famille tenait une place essentielle dans l'organisation des formes ancestrales de justice pénale. La vengeance privée – première expression du droit criminel – s'organisait au sein même des groupes familiaux, des tribus, ou entre membres de clans ennemis ³. Même lorsque, peu à peu, ce mode de résolution des conflits fut orchestré par un pouvoir étatique centralisé, un large champ de compétences fut abandonné à la famille, incarnée en la personne du *pater familias* ⁴. À Rome, deux catégories de *ius* étaient dissociées ⁵ : le *ius publicum* qui régissait les relations entre les citoyens et la chose publique, et le *ius privatum* qui gouvernait les rapports interindividuels. Alors que le premier relevait de la puissance publique, le deuxième lui était laissé à la discrétion des justiciables. C'est ainsi que la répression des « crimes publics » était placée sous le joug de l'État, lorsque celle des « délits privés » était naturellement reléguée aux réseaux familiaux.

2. Des familles mafieuses. – Aujourd'hui encore, on s'aperçoit que ce lien entre la famille et la criminalité est réactualisé à travers certaines pratiques de groupes claniques marginaux. Ici, le lien familial vient véritablement justifier le passage à l'acte criminel.

Ce phénomène a d'abord été observé au sein de groupes mafieux. Les exemples des très célèbres mafias de la *Comorra* ⁶ ou de la *Casa Nostra* ⁷ permettent de dresser un portrait de ces

¹ P. Steck, *Droit et famille. Tous les droits*, Economica, 1997, p. 2, n°2.

² A. Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Emile Bruylant, 1899, n°54-55, p. 28-29.

³ M.-C. Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., Paris, Ellipses, 2016, p. 14.

⁴ À Rome, le *pater familias* désigne le chef de famille sous l'autorité duquel était placée toute la maisonnée.

⁵ H. Inglebert, « Le droit romain », in *Histoire de la civilisation romaine*, Paris, PUF, 2005, p. 115.

⁶ Le terme Comorra n'est employé que par les personnes extérieures au clan (policiers, magistrats, universitaires). En réalité, les initiés parlent du « *Système de Secondigliano* ». Il s'agit d'un groupe mafieux napolitain qui s'est constitué dès l'unification de l'Italie au XIXe siècle. Il repose sur un réseau économique

familles criminelles⁸. Traditionnellement, ce groupe se forme par la double sélection du sang⁹ et du sexe¹⁰. Majoritairement liés par des liens filiaux, les membres de ce dernier apparaissent comme particulièrement solidaires et loyaux. Pour fortifier le clan, la confiance est essentielle. Ceci explique, d'ailleurs, que les tiers initiés aux « combines » mafieuses soient peu nombreux. De structure pyramidale, le plus souvent, la famille mafieuse est dirigée par le *parrain*. Il est le chef du clan. Il accède généralement à cette place par hérédité et c'est lui qui fédère les différentes composantes de celui-ci. Il décide de la tactique à adopter, des meurtres à commettre et gère la manne financière générée par les activités illégales du groupe. Secondé hiérarchiquement par un *consigliere*, des chefs de dizaine ou *capos*, et des soldats¹¹, il est détenteur d'un pouvoir sans faille sur le reste du clan.

Un des objectifs essentiels de la famille mafieuse est d'exercer sur un territoire donné « *une souveraineté territoriale rivale de celle de l'État* »¹². À ce titre, elle n'entend pas seulement posséder un territoire : elle prétend l'incarner. Un tel contrôle passe nécessairement par une infiltration de l'économie nationale, *via* une indicible violence et une intimidation perpétuelle. Dès lors, c'est la loi du silence ou *omertà* qui vient garantir l'impunité du clan ; et quiconque dérogeant à cette règle maîtresse est puni de mort.

Le rôle des femmes est également primordial dans ces organisations¹³. Faussement perçues comme des victimes dociles et aveuglées quant aux agissements de leurs époux, elles sont en réalité des membres actifs. D'une part, en effet, elles sont les premières dissimulatrices des crimes commis par les hommes de la famille. Parées de beaux habits, assistant pleinement à la vie sociale du quartier (cérémonies, messes, etc.), ces femmes font office de façade au crime. Mais, d'autre part – et contre toute attente – elles sont surtout les premières initiatrices discrètes de leurs fils. Elles les incitent ainsi, dès leur plus jeune âge, à prendre part aux règlements de comptes jugés nécessaires à la survie du groupe. En cela, elles apparaissent

considérable grâce à l'installation de filières de sous-traitance notamment du cuir et du textile, situées dans tous les pays occidentaux, V. R. Saviano, *Gomorra. Dans l'empire de la camorra*, Gallimard, 2007, p. 53 sq.

⁷ La Cosa Nostra, autrement dit « Notre chose », est une organisation criminelle qui sévit en Sicile depuis plus de cinquante ans.

⁸ Tant, d'ailleurs, dans leurs disparités, que dans leurs similitudes.

⁹ En l'espèce, le clan de la Cosa Nostra tient lieu d'exception puisque les « cosche » (familles) ne sont pas unies par un lien de sang mais par un lien essentiellement spatial. La famille est étendue à l'échelle d'un quartier, d'un village ou d'une région dirigés par une unité de base, V. M. Kahn et A. Véron, *Des femmes dans la mafia : marraines ou madones*, Paris, Nouveau Monde, 2015, p. 13.

¹⁰ « *Ce sont des organisations criminelles dites "monosexuelles", où seuls les hommes sont admis au rite d'initiation* », M. Kahn et A. Véron, *op. cit.*, p. 15.

¹¹ C. Champeyrache, « L'économie mafieuse : entre principe de territorialité et extraterritorialité », *Hérodote*, n°151, 2013, p. 89. Le *consigliere*, ou conseiller, est le bras droit du chef. En général, il n'a pas de lien de parenté avec le parrain, mais est un homme de confiance. Il est les yeux et les oreilles du chef.

¹² C. Champeyrache, *op. cit.*, p. 83-84.

¹³ M. Kahn et A. Véron, *ibidem*, passim.

comme les garantes des valeurs mafieuses. Ces femmes, véritables madones, vont parfois jusqu'à reprendre la tête de cartel, suite au décès ou à l'incarcération de leur mari¹⁴.

3. Des frères terroristes. – Plus récemment, certains analystes ont encore mis en évidence ce lien de causalité entre parenté et criminalité, concernant ce que l'on a nommé les « *fratries de djihadistes* »¹⁵. Interrogés sur ce phénomène « crimino-fraternel », certains spécialistes avançaient alors quelques éléments de réponse sur l'explication et les enjeux de celui-ci. Ainsi, selon Rik Coolsaet, expert belge pour The Guardian, « *le recrutement est d'abord une affaire de parenté ou d'amitié bien plus que de religion ou de nationalité* »¹⁶. Les membres d'une même fratrie, s'idéologisent et se radicalisent bien plus facilement, qu'ils sont unis par un sentiment de loyauté, de complicité, de dette affective ou de devoir moral. On s'aperçoit, toutefois, que cette radicalisation d'un frère par l'autre ne repose pas nécessairement sur la différence d'âge existant entre les sujets¹⁷. Ainsi, il arrive parfois que ce soit le frère cadet de la fratrie – plus charismatique – qui enrôle et emporte son aîné dans ce que l'on a appelé une « *folie à deux* »¹⁸. Par la suite, se met en place, entre les intéressés, une sorte de compétition et de surenchère de loyauté : « *une fois que la parole est donnée, il est impossible de la rendre* »¹⁹. Cette émulation fraternelle donne donc à chacun des protagonistes, la force d'aller jusqu'au bout de l'entreprise criminelle. James Allan Fox, criminologue américain²⁰, étudie depuis plusieurs années, les diverses affaires criminelles – non terroristes incluses – impliquant des coauteurs unis par un lien familial. Il dénote que cette circonstance particulière accélère et intensifie le passage à l'acte, car la présence du frère accrédite, justifie le comportement criminel. De plus, le partage de responsabilité entre ces agents allège le fardeau de la décision, puis du crime²¹. Mais, il a été démontré que cette radicalisation ne se limite pas toujours à l'alliance fraternelle. En effet, le binôme peut former un groupuscule soudé à l'intérieur même de la famille nucléaire²².

¹⁴ M. Kahn et A. Véron, *ibidem*, p. 217.

¹⁵ Journal télévisé, le Non Stop, « DAESH : Des fratries de djihadistes », *BFMTV*, 24 mars 2015.

¹⁶ F. Renard-Gourdon, « Pourquoi tant de fratries parmi les terroristes », *Les Echos*, 17 novembre 2015.

¹⁷ Journal télévisé, le Non Stop, « DAESH : Des fratries de djihadistes », Interview d'Amélie Boukhobza, psychologue spécialiste de la déradicalisation, *BFMTV*, 24 mars 2015.

¹⁸ N. Pointcarré, Complément d'enquête, « Abdeslam : les frères de sang », Propos recueillis de Pierre Vermeren, historien spécialiste du Maghreb et Professeur à l'Université Paris I, *France 2*, 21 avril 2016.

¹⁹ N. Pointcarré, *op. cit.*

²⁰ James Allan Fox est le directeur de l'Ecole de criminologie de la Northeastern University, aux Etats-Unis.

²¹ S. Humez et M. Dreujou, « Mon frère, ce terroriste », Entretien de James Allan Fox, criminologue, Enquête diffusée dans l'émission Complément d'enquête, « Abdeslam : les frères de sang », *France 2*, 21 avril 2016.

²² C'est le cas des frères ABDESLAM dont les parents étaient intégrés socialement, depuis leur arrivée en Belgique à la fin des années 70, et qui souhaitaient en faire de même pour leurs enfants, V. J. Daguerre, B.

Néanmoins, souvent les convictions extrémistes sont partagées par toute la cellule familiale ; les terroristes frères et sœurs n'étant finalement que les bras armés de cette idéologie. Ainsi, on estime aujourd'hui qu'1/3 des djihadistes occidentaux auraient gagné la Syrie ou l'Irak accompagnés d'un ou plusieurs frères²³. De plus, il est vérifié qu'un homme – père ou frère – radicalisé devient rapidement le formateur, le « *prédicateur* », des autres membres du groupe²⁴.

Enfin, dans 64% des cas, l'entourage familial ou amical de l'auteur extrémiste aura eu connaissance de ses intentions, sans jamais les dénoncer au demeurant²⁵. Finalement, l'entreprise terroriste vient, en dernier lieu, en réponse à un sentiment antérieur de rejet et d'injustice sociale – réel ou non, exacerbé ou provoqué – partagé par les membres d'un même foyer. En effet, ces sociétés familiales à prévalence patriarcale auront souvent connu un parcours social chaotique²⁶ : les enfants s'adonnent très jeunes à de petits larcins sans envergure et présentent un fort taux d'absentéisme scolaire. Arrivés à l'âge adulte, ils posséderont souvent d'importants antécédents judiciaires. Cependant, il ne faudrait pas oublier que cette entreprise à l'échelle familiale, n'est pas le fait d'agents isolés. Bien au contraire, elle est portée par une organisation bien plus grande et structurée, qui donne du sens à une cause commune exacerbant les haines et colères individuelles.

En somme, s'il était encore nécessaire de le préciser, la spécificité familiale du crime s'inscrit, au même titre que la violence, dans l'histoire de l'humanité. Or si « *le crime est souvent une*

Démontier, B. Maraoui et M. Pacros, « Abdeslam : une histoire de famille ? », Enquête diffusée dans l'émission Complément d'enquête, « Abdeslam : les frères de sang », *France 2*, 21 avril 2016.

²³ Abdelhamid Abaaoud a par exemple enlevé son frère Younes, âgé de treize ans, à la sortie de l'école, pour l'emmener faire le djihad en Syrie en 2014. V. L'Obs, « Younes Abaaoud, 15 ans, de retour en France pour venger son frère ? », *Le Nouvel Observateur*, 11 avril 2016 (en ligne) disponible sur le site du Nouvel Observateur : <http://tempsreel.nouvelobs.com/attentats-terroristes-a-paris/20160411.OBS8243/younes-abaaoud-15-ans-de-retour-en-france-pour-venger-son-frere.html> ; Journal télévisé, le Non Stop, « DAESH : Des fratries de djihadistes », *BFMTV*, 24 mars 2015.

²⁴ F. Renard-Gourdon, « Pourquoi tant de fratries parmi les terroristes », *Les Echos*, 17 novembre 2015. Ainsi, par exemple, l'ensemble de la famille MERAH avait été endoctriné Abdelkader MERAH, le cadet. Ses frère et sœur, Souad et Mohammed MERAH sont ceux qui ont épousé le plus sa cause. Ils avaient également tenté d'idéologiser leur jeune neveu, fils d'Abdelghani, l'aîné de la fratrie MERAH. Ce dernier avait collaboré avec les services enquêteurs en vue de l'interpellation de son petit frère. Il est devenu un paria et un traître aux yeux de sa famille, avec qui il a coupé tout contact depuis quatre ans. Aujourd'hui, il témoigne que leurs parents leurs ont inculqué dès leur plus jeune âge, la diabolisation des personnes d'obédience juive, eu égard au conflit israélo-palestinien.

²⁵ F. Renard-Gourdon, *op. cit.*

²⁶ J. Daguerre, B. Démontier, B. Maraoui et M. Pacros, « Abdeslam : une histoire de famille ? », Enquête diffusée dans l'émission Complément d'enquête, « Abdeslam : les frères de sang », *France 2*, 21 avril 2016 ; S. Humez et M. Dreujou, « Mon frère, ce terroriste », Enquête diffusée dans l'émission Complément d'enquête, « Abdeslam : les frères de sang », *France 2*, 21 avril 2016. De plus, il n'est pas rare de constater, entre les parents, certains faits de violences conjugales antérieures.

affaire de famille : la réaction [sociale] qu'il engendre [l'est] également »²⁷. Aussi, semble-t-il banal de préciser que le droit pénal s'applique à la famille. Bien plus encore, il est à noter le récent regain d'intérêt de cette discipline et de ses différents acteurs pour la chose familiale (I). Néanmoins, cette immixtion du juridique – et en l'occurrence du droit pénal – dans la sphère autarcique familiale ne se fit pas instantanément. Elle est le résultat d'un long processus (II). Pourtant, alors qu'elle est aujourd'hui entrée de plain-pied sur la scène publique, son appréhension demeure sûrement le plus grand défi scientifique de notre ère. Aussi, le droit pénal peine-t-il encore à en appréhender précisément les contours, tant la notion est polysémique. Et force est de constater que la famille n'est pas définie juridiquement (III). Pour autant, le droit pénal n'a de cesse d'investir la famille et la pénalisation croissante de cette sphère privée ne fait aucun doute. Or, s'il est vrai que les membres de certaines fratries participent à l'entreprise criminelle, il serait erroné d'en faire une généralité. En effet, la famille recouvre une réalité et des vertus tout autres – plus proches heureusement de l'amour et de la cohésion que de la perversion. Dès lors, de prime abord, une certaine antinomie semble se dresser entre la famille, d'une part, et le droit répressif, d'autre part. Aussi, faut-il se poser la question de la teneur du rapport existant entre le droit pénal et la famille (IV).

I. Le regain d'intérêt de la matière pénale pour la chose familiale

4. La famille, « le parent pauvre du droit pénal »²⁸. – Le droit pénal ne consacrait jadis qu'une place ténue à la famille. En effet, pendant longtemps, il s'exerçait en périphérie du périmètre familial. Et pour cause, on estimait que la cellule familiale devait rester l'espace privilégié du non-droit. Le Doyen Carbonnier préconisait à ce propos que, « *le non-droit ne [vienne] pas se mélanger au droit ; il est d'un côté, et le droit est de l'autre. Il y a [donc] de longs jours de non-droit, pour quelques instants de droit* »²⁹. Aussi, les familles devaient-elles vivre et mourir à l'ombre du droit³⁰. Le droit pénal n'échappait pas à cette règle³¹. Ainsi, l'État se refusait à intervenir dans l'intimité des familles. Le groupe familial était perçu

²⁷ H. Périnet-Marquet, « L'ouverture du droit pénal à l'action civile familiale », in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préf. Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 281.

²⁸ P. Couvrat, « La famille, parent pauvre du droit pénal », in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préface Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 133-145.

²⁹ J., Carbonnier, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 1^{ère} éd. 1969, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd, 2001, p. 28.

³⁰ H. Fulchiron et P. Malaurie, *Le droit de la famille*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2016, p. 25, n° 47.

³¹ J. et A. Pousson, *op. cit.*, p. 212.

comme une cellule hermétique, autogérée par le père de famille. L'objectif était d'éviter que soient exposés sur la scène publique des secrets et mœurs privés. Aussi, le droit pénal avait-il à cœur de préserver la paix et la cohésion familiales. L'idée était alors très simple : elle consistait à dire que le remède apporté à ces problématiques familiales serait finalement plus néfaste que le mal lui-même³². C'est ainsi que furent instituées les immunités familiales visant à faire échapper à la répression certains agissements familiaux³³.

Toutefois, bien que paré de bonnes intentions, il faut avouer que le droit pénal – sous prétexte d'un respect de l'intimité – faisait preuve d'un excès de pudeur³⁴, passant parfois de la tolérance au mutisme, voire à l'indifférence. Or, nombre de faits intrafamiliaux étaient socialement si contestables que le législateur et le juge³⁵ – acculés par les revendications des « laissés pour compte » – ne purent y demeurer indéfiniment insensibles. Ainsi, depuis plus d'une trentaine d'années, le lien familial n'a cessé d'être désacralisé tant dans les textes législatifs que dans la jurisprudence pénale³⁶. C'est notamment le cas s'agissant de la suppression de l'immunité jurisprudentielle qui tendait à faire découler du devoir conjugal une impunité du mari imposant à sa femme des relations sexuelles non consenties. Par ailleurs, l'apparition expresse du terme « famille » dans l'ancien Code pénal de 1810 déjà dénotait une intervention assumée de la matière pénale dans cette sphère³⁷. De même, le Chapitre VII du Titre II du nouveau code pénal de 1994, relatif aux « atteintes à la personne humaine », est consacré aux atteintes aux mineurs et à la famille.

5. Un regain d'intérêt d'ordre doctrinal. – Nombreuses sont les études, d'ores et déjà, menées sur cette thématique familiale. Dans le milieu universitaire, elles sont le fait d'éminents ambassadeurs de la doctrine française moderne. Pour n'en citer que quelques-uns³⁸, dès les années 1990, Alain et Jacqueline Pousson n'ont pas hésité à dédier une partie de leur réflexion aux effets de l'affection constatée au sein du groupe familial sur l'application

³² J. et A. Pousson, *ibidem*, p. 213.

³³ Cette question étant développée dans le corps de la thèse, nous ne l'approfondirons pas ici, V. *infra*, n°317 et s.

³⁴ A. Montas et G. Roussel, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *Arch. po. crim.*, n°32, 2010, p. 292.

³⁵ Si le juge ne détient pas en théorie de pouvoir normatif, la pratique nous démontre que c'est souvent cet acteur de terrain qui impulse – avant tout projet législatif – une nouvelle vision des mœurs et pratiques sociales. À l'écoute de ses convictions personnelles, il est le détenteur d'une mission concrète de règlement des contentieux dont il est saisi. Pour aller plus loin, V. E. Salomon, *Le juge pénal et l'émotion*, Thèse de doctorat, Université de Paris II, 2015.

³⁶ J. et A. Pousson, *ibidem*, p. 217.

³⁷ Les articles 357-1 et article 357-2 de l'ancien code pénal de 1810 prévoyaient expressément les infractions d'abandon de famille : respectivement l'abandon matériel et moral de famille et l'abandon pécuniaire de famille.

³⁸ Pour plus d'études portant sur le droit pénal et la famille, V. *infra*, n°36.

de la règle pénale³⁹. Dans un temps proche, Christine Gialdini-Escoffier a consacré sa recherche de doctorat à la place de la famille dans le Nouveau Code pénal de 1994, à la lumière des liens d'alliance et de parenté⁴⁰. Une dizaine d'années plus tard, c'est au tour du Professeur Edouard Verny d'œuvrer à une meilleure connaissance des relations entre ces deux notions, dans le cadre d'une analyse de la protection pénale de l'individu, membre d'un groupe⁴¹.

6. Un regain d'intérêt d'ordre politique. – Les interactions entre droit pénal et famille ne préoccupent pas uniquement le monde universitaire. Il est à constater un récent regain d'intérêt des autorités politiques et normatives pour la cellule familiale. En effet, la famille est objet de politiques législatives, à coloration pénale pour la plupart. La multiplication des dernières réformes dans ce domaine en atteste. On constate alors que le mouvement de dépenalisation massive qu'a connu le droit de famille – qu'il s'agisse de l'avortement, de l'homosexualité ou de l'adultère – a laissé place ces dernières années à une pénalisation croissante de cette sphère à caractère privé⁴². Faut-il citer, pour exemple, l'adoption de lois telle que celle du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes⁴³, ou celle du 4 août 2014 relative à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes⁴⁴, ou encore celle du 14 mars 2016 garantissant la protection de l'enfant⁴⁵.

7. Le regain d'intérêt du praticien. – Sur le terrain aussi, la question familiale touche particulièrement, comme nous le verrons plus en détail par la suite. En effet, il n'est pas un seul praticien de la justice pénale et de l'action sociale qui ne soit pas actuellement sensibilisé aux fléaux des « violences conjugales », de la « maltraitance à enfant » ou de « l'inceste ». Procureurs, magistrats du siège, policiers, gendarmes, huissiers, travailleurs sociaux, personnel médical, psychologues ou éducateurs ... tous œuvrent à la constatation, la poursuite et la sanction de comportements familiaux incriminés pénalement.

³⁹ J. et A. Pousson, *ibidem*, p. 209-220.

⁴⁰ C. Escoffier Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994.

⁴¹ Il analyse notamment la manière dont le droit pénal – oscillant entre méfiance ou mansuétude – protège l'individu, en dépit ou en raison de son appartenance à un groupe d'identité ou d'intérêt, V. E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris, LGDJ, 2002.

⁴² C. Pomart-Nomdédéo, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *D. actualité*, 9 septembre 2010, étude 20, n° 1.

⁴³ 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, *JO* du 10 juillet 2010, p. 12762.

⁴⁴ Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO* du 5 août 2014, p. 12949.

⁴⁵ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, *JO* du 15 mars 2016.

8. L'intérêt du justiciable. – Enfin, la médiatisation d'affaires pénales mettant en scène les déchirements, parfois sanglants, de familles en perte de contrôle est croissante⁴⁶. Elle n'a, pour ainsi dire, pas laissé le justiciable indifférent. En effet, les campagnes d'information portant sur les déviances familiales n'ont jamais été plus nombreuses que ces cinq dernières années. Le phénomène criminel au sein de la famille est désormais mis à nu. Il crée l'émotion souvent, ou est parfois objet d'évitement et d'aveuglement⁴⁷. Mais parfois, aussi, il attise le regard malsain du spectateur⁴⁸.

En somme, il semble que l'activité pénale « bouillonnante » se développant autour de la chose familiale n'a jamais été aussi importante que de nos jours.

II. Une ouverture progressive de la famille française

9. L'histoire de la famille française, entre transitions et mutations. – Parler de la famille implique - avant toute autre démarche - de se pencher sur son histoire. Or, toutes les formes que prend la famille à un moment de son histoire, sont transitoires. En effet, la richesse de l'histoire de la famille, notamment celle de la famille française, ne cesse et ne cessera d'étonner, tant les mutations de celle-ci sont nombreuses. C'est ainsi, à juste titre que, Martine Segalen précise que « *la famille est une institution changeante, un ensemble de processus ; chaque époque connaissant ses formes de familles* »⁴⁹. Pourtant, en dépit de ces reconversions familiales successives, il est possible de relever deux époques forces et duales dans l'évolution de la famille française. Dans un premier temps, la famille de l'Après-guerre

⁴⁶ La diffusion en un temps très court de films, de reportages ou documentaires sur le sujet de la famille en témoigne, V. M. Madani, « Polisse », Film drame, France, 19 octobre 2011 ; A. Mogaïzel, « Parents criminels : l'omerta française », *LCP*, 17 février 2014 ; S. Mercurio, « Intime Violences », *Enquête Infrarouge*, 1^{er} octobre 2015 ; M. Carrères d'Encausse, « Soirée spécial "Au nom des femmes" », Emission, *France 5*, 24 novembre 2015 ; E. Bercot, « La tête haute », Film drame, 13 mai 2015 ; J. Daguerrre, B. Démontier, B. Maraoui et M. Pacros, « Abdeslam : une histoire de famille », *Enquête* diffusée dans l'émission Complément d'enquête, « Abdeslam : les frères de sang », *France 2*, 21 avril 2016 ; D. Lenglard et Guénola Gazeau, *Enfants maltraités, un silence à briser*, Documentaire, *France 5*, 13 septembre 2016.

⁴⁷ « La difficulté de ces sujets qui touchent à l'intimité de la famille, c'est qu'ils sont pesants. Personne n'a envie d'entendre parler d'inceste à un dîner de famille ou entre amis. On ne peut pas parler de nos journées de travail dans notre entourage », V. D. Lenglard et G. Gazeau, « *Enfants maltraités, un silence à briser* », Entretien de Guy Bertrand, commandant de police à la brigade de protection des mineurs de Paris, Documentaire, *France 5*, 13 septembre 2016.

⁴⁸ Le fait divers a toujours fasciné. Il renvoie à l'observateur sa propre image ; il lui permet de se rassurer lui-même sur son propre bonheur ou à relativiser ses propres ennuis. Tel un roman à sensation, la lecture de drames familiaux est une manière pour lui de vivre à bonne distance des émotions, telles que l'empathie, la tristesse, l'indignation ou l'adrénaline. De plus, ces émotions fortes, sur l'instant présent, impactent peu leur quotidien à long terme. D'autres auteurs expliquent cette fascination pour le fait divers, par un goût du lecteur pour la violence et sa tendance à attendre une cause pour l'expliquer, V. B. Thibault, *J.M.G. Le Clézio et la métaphore exotique*, New York, Rodopi, coll. Monographique Rodopi en littérature française contemporaine, 2009, p. 124.

⁴⁹ M. Segalen, *op. cit.*, p. 3.

apparaissant comme resserrée (1), alors que dans un second temps, plongée dans un mouvement de modernisation, elle semble en rupture avec son héritage traditionnel (2).

1) La famille française de l'Après-guerre, une famille close

10. La famille-refuge. – Nous sommes en 1939. La France s'apprête à rentrer en guerre pour la seconde fois. La population française ignore encore alors, quelle sera l'indicible cruauté de ce conflit, qui durera cinq longues années. Ayant eu des retombées dévastatrices aussi bien sur les soldats au front, que sur les civils restés sur place⁵⁰, la Seconde Guerre mondiale laisse dans son sillage une France fortement affaiblie.

Le 10 juillet 1940, le Général Pétain instaure le Régime de Vichy mettant ainsi fin à la III^{ème} République. La devise «Egalité, Liberté, Fraternité» est remplacée par l'emblème «Travail, Famille, Patrie». Le gouvernement pétainiste appelle aussitôt à la collaboration tant économique, que militaire, mais également idéologique avec l'Allemagne d'Hitler. En sus, le grand chambardement économique, dû notamment au versement de lourdes indemnités au régime allemand au titre de l'occupation, ne tarde pas à plonger la France dans une période de pénurie sans précédent (rationnement des denrées, développement du marché noir). Pour la grande majorité des français, vivant sous l'«Occupation», il s'agit de survivre à la précarité, mais aussi à l'opresseur. C'est, dès lors, naturellement que – pris au piège, au cœur d'un conflit les acculant – les français expérimentent la famille comme un lieu de refuge ; l'unique lieu leur conférant un sentiment de sécurité. De plus, ce mouvement de «recroquevillement» des familles sur elles-mêmes est vérifiable tant dans les familles ouvrières que bourgeoises, de telle sorte que les notions d'individualisme ou d'intimité sont inconnues à cette époque. Evelyne Sullerot précisait que les familles se resserraient dans une seule pièce chauffée : enfants, adultes, vieux, hommes comme femmes⁵¹.

Du reste, la rudesse économique de cette époque conduisit les familles à s'organiser en véritables unités de production et de consommation vivant en vase clos⁵². En effet, il régnait un esprit de méfiance vis-à-vis des pouvoirs publics. De plus, les familles occupaient, une fonction économique importante. Certains auteurs insistaient sur la place de «*l'exploitation familiale agricole, artisanale, commerciale ou industrielle. L'activité commune assurait alors*

⁵⁰ Elle engendre six cents mille morts - soit 1,5% de la population totale et six fois plus de pertes humaines que la précédente Guerre de 14-18, V. M. Nouschi, *Bilan de la Seconde Guerre Mondiale. L'après guerre 1945-1950*, Paris, Seuil, 1996, passim.

⁵¹ E. Sullerot, *Le grand remue-ménage, La crise de la famille*, Paris, Fayard, 1997, p. 13.

⁵² E. Sullerot, *op. cit.*, p. 13.

la cohésion du groupe »⁵³. La fonction de reproduction de la famille était également mise en avant⁵⁴. Il s'agissait d'assurer une certaine reproduction sociale tant dans la perpétuation de la race humaine que dans l'apprentissage des normes sociales nécessaires à l'éducation du citoyen en devenir.

11. Le statut social précaire de la femme et la natalité. – Par ailleurs, alors qu'en temps de guerre, la femme pourvoyait aux besoins alimentaires et économiques de son foyer, dès le retour des hommes partis au combat, son statut social est profondément remis en question. Elle se voit, désormais, reléguée aux tâches ménagères et assignée à une fonction de procréation. Et pour cause, le Régime de Vichy mène une politique propagandiste, tendant clairement à faire de la famille le pilier social élémentaire. En témoigne l'adoption de réformes telles que l'interdiction du travail des femmes mariées dans les services de l'État et collectivités locales⁵⁵, ou encore l'érection de l'avortement en « crime contre la sûreté de l'État » par la loi du 15 février 1942⁵⁶. De plus, la loi du 22 septembre 1942 restaure le titre de « chef de famille » du père et mari. Ainsi, l'article 213 du Code civil, prévoyait dans sa version de 1942, que la femme ne remplacerait son époux dans sa fonction de chef de famille, qu'en cas de carence de ce dernier⁵⁷. Elle était, en outre, soumise à son époux dans le choix du logement familial et contrainte de cohabiter avec lui. Pour tout acte de disposition, le mari avait la faculté de les conclure, avec l'autorisation de la justice, sans le consentement de son épouse. Toutefois, l'acte contracté dans ces conditions demeurait opposable à la femme⁵⁸. Ce musellement social de la femme tendait, avant tout, à satisfaire un courant nataliste. En effet, avec un indicateur conjoncturel de fécondité (ICF)⁵⁹ inférieur à 1,8 enfant par femme en

⁵³ H. Fulchiron et P. Malaurie, *Le Droit de la famille*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2016, n° 5, p. 7.

⁵⁴ M.-A. Barrère-Maurisson, « L'évolution des rôles masculin et féminin au sein de la famille », *Comment va la famille ?*, Paris, Cahiers français n°371, La Documentation Française, novembre-décembre 2012, p. 22.

⁵⁵ Loi du 11 octobre 1940 relative au travail féminin, *JO* du 27 octobre 1940, p. 5447 ; F. Battagliola, *Histoire du travail des femmes*, 3^e éd., La Découverte, coll. « Repères », Paris, 2008, p. 75-76 [En ligne : <http://www.cairn.info/www.ezp.biu-montpellier.fr/histoire-du-travail-des-femmes--9782707166258.htm>].

⁵⁶ D. Detragiache, « Un aspect de la politique démographique de l'Italie fasciste : la répression de l'avortement », in *Mélanges de L'École française de Rome. Moyen Âge, Temps modernes*, tome 92, n°2, 1980, p. 701 ; V. l'affaire Marie-Louise Giraud : elle fut guillotinée le 30 juillet 1943 sous le Régime de Vichy pour avoir réalisé 27 avortements dans la région de Cherbourg. L'avortement, alors considéré comme un crime contre la sûreté de l'Etat, était puni de la peine de mort.

⁵⁷ Art. 213 du Code civil, alinéas 1 et 2, dans sa version de 1942 : « *Le mari est le chef de la famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants. La femme remplace le mari dans sa fonction de chef s'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de tout autre cause* ».

⁵⁸ Art. 215 du Code civil dans sa version de 1942.

⁵⁹ L'indicateur conjoncturel de fécondité (ICF) ou somme des naissances réduites est selon l'INSEE, le nombre d'enfants qu'aurait une femme tout au long de sa vie, si les taux de fécondité observés l'année considérée à

1941, la France connaissait une chute de sa natalité⁶⁰. Dès lors, le repeuplement et le redressement de la Nation deviennent grande cause nationale. La question démographique est au cœur des débats politiques et scientifiques. Natalité et famille occupent, dorénavant, une place centrale au XIX^{ème} siècle et le premier champ d'attaque de l'État consiste à la relance de la fécondité. Ce « *consensualisme familial* »⁶¹ se poursuivra largement, même après la Libération. Les années 1945 sont, ainsi, marquées par une grande politique familiale impulsée avec la création de la Sécurité sociale. Par la suite, l'ordonnance du 4 octobre 1945 fait de la caisse d'allocations familiales une branche autonome de cette dernière – ces allocations étant jusque-là gérées par les caisses patronales. La loi de finances du 31 décembre, alors adoptée à l'unanimité, établit le quotient familial – diminuant ainsi le montant de l'impôt sur le revenu en fonction du nombre d'enfants à charge présents dans les foyers.

Mais, cette politique passe surtout – en particulier dans les années 1950-1970 – par la régulation du travail des femmes. En effet, l'image de la famille véhiculée, aux commencements du capitalisme, est celle où seul l'époux travaille à l'extérieur et pourvoit aux besoins du groupe ; la femme accomplissant, elle, ses devoirs dits « naturels » en éduquant ses enfants, en étayant ses relations sociales et en veillant à la bonne tenue de son foyer. D'ailleurs, cette vision de la répartition des rôles masculin et féminin est largement défendue par les érudits de l'époque⁶² : l'omniprésence de la mère au foyer était perçue indispensable au bon développement des enfants. Assurément, la société moderne et la période dite des « Trente Glorieuses » - période de forte consommation et de croissance économique – achèveront d'enchaîner la femme à une fonction de « ménagère » d'apparat⁶³. À vrai dire, la mise des femmes à l'écart du marché du travail était le corollaire de la transition spatiale du lieu de travail. En effet, alors que jusque-là ce dernier se confondait avec le domicile familial, dès le milieu du XIX^{ème} siècle – suite à l'industrialisation – travailler

chaque âge demeuraient inchangés. Il offre une vision synthétisée de la situation démographique au cours d'une année précise, sans permettre d'anticiper l'avenir d'une population.

⁶⁰ F. Prioux, « COMBIEN D'ENFANT ? A QUEL AGE ? L'évolution de la fécondité en France », *Comment va la famille ?*, Paris, Cahiers français n°371, La Documentation Française, novembre-décembre 2012, p. 30-34.

⁶¹ E. Sullerot, *ibidem*, p. 23-32.

⁶² Talcott Parsons, illustre sociologue, dissociait par exemple rigoureusement ces rôles au sein de la famille. Selon lui, alors que l'homme devait y jouer un rôle « *instrumental* » en pourvoyant aux biens matériels et assurant le lien social, la femme devait tenir un rôle « *expressif* » en apportant de l'affection à l'intérieur de son foyer. V. pour une vue d'ensemble de sa pensée, M. Segalen, *Sociologie de la famille*, 1^{ère} éd. 1981, Paris, Armand Colin, 2010, p. 233-296 ; M. Segalen, « La révolution industrielle », in *Histoire de la famille. Le choc des modernités*, tome III, Paris, Armand Colin, 1986, p. 509. Cette vision de la femme explique également que, pendant longtemps, les criminologues aient considéré qu'elle soit incapable de commettre des actes criminels d'une violence inouïe. La seule criminalité qu'on lui reconnaissait alors – vue d'ailleurs comme la plus dangereuse – était la prostitution, V. *infra*, n°125.

⁶³ Mais cette image de la « bonne » épouse vue comme valorisante, tire directement ses origines de la bourgeoisie du début du XVIII^{ème} siècle, V. J. Goody, *La famille en Europe*, Paris, Seuil, 2001, p. 220.

nécessitait de se déplacer en usine, c'est-à-dire à l'extérieur du foyer. Dès cet instant, s'élevèrent, toutes classes sociales confondues, les premières voix moralisatrices dénonçant l'incompatibilité entre le travail de la femme et sa fonction au sein de sa famille⁶⁴.

Dans tous les cas, cette idéologie nataliste semble fructueuse, puisque dès 1946, une forte augmentation du taux de fécondité fut constatée. En effet, au cours de cette année, l'indicateur conjoncturel de fécondité plafonne à 2,4 enfants minimum par femme⁶⁵. Cette période nommée *Baby-boom* durera jusqu'à 1972 approximativement. Ce phénomène s'accompagnait, de plus, d'un abaissement de l'âge au premier mariage. De même, le taux de divortialité relativement faible est demeuré constant jusqu'à 1965⁶⁶, et l'institution du mariage forte jusqu'en 1975⁶⁷.

12. Une institution du mariage forte. – L'institution du mariage – unique mode de formation de la famille – ne souffre à cette époque d'aucune concurrence. Certains auteurs y percevaient une vraie protestation de vie face à l'occupant allemand. Dans un monde où tout était incertain, le mariage était le seul acte d'engagement, la seule promesse de sécurité, l'unique affirmation de liberté. Cette liberté « *n'est pas vécue comme une aspiration individuelle, mais comme une nostalgie collective* »⁶⁸.

Bien que cette thèse paraisse séduisante, nous ne pouvons occulter d'autres causes essentielles de la longévité des unions, telle que le poids de la famille tout d'abord. En effet, au-delà de l'union entre deux personnes, le mariage créait avant tout un véritable lien entre deux familles. Il assurait la transmission de certaines traditions familiales, la préservation d'un certain rang social, tant dans l'aristocratie que dans le milieu paysan ; et, à ce titre, il avait des

⁶⁴ En effet, le retrait des femmes de la vie professionnelle n'a pas toujours été une réalité. Au XVI^{ème} siècle, la femme participait à l'entreprise familiale aux côtés de l'homme. Tous deux collaboraient alors au travail quotidien au foyer comme aux champs, V. P. Ariès, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris, Seuil, 1973, p. 379. Aussi, contrairement aux idées reçues, le travail féminin n'est-il pas apparu tardivement avec le mouvement féministe. Même au sein des couples mariés de fonctionnaires ou de cadres, de commerçants ou d'artisans, il était apprécié que l'épouse perçoive un salaire, quand bien même il ne s'agissait alors que d'une rémunération secondaire, V. M.-A. Barrère-Maurisson, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁵ C. de Guibert-Lantoine et A. Monnier, « Conjoncture démographique : l'Europe et les pays développés d'Outre-Mer », *Population*, 48^e année, n°4, 1993, p. 1060 ; F. Prioux, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁶ L'indice de divortialité est de 9,8 en 1955 et grimpe à 15,6 dès 1975 ; en 1990 il sera de 31,5. V. C. de Guibert-Lantoine et A. Monnier, *op. cit.*, p. 1060.

⁶⁷ Toutefois, il faut noter qu'en particulier en 1965, les causes de l'intensité nuptiale et l'infléchissement de l'âge des conjoints au premier mariage, sont à rechercher dans le caractère précoce de la sexualité des jeunes majeurs, alors nés au lendemain de la Libération. La pression familiale poussait bon nombre de ces adolescents à régulariser *a posteriori* une conception pré-nuptiale. Ainsi, le mariage semblait déjà ne plus être perçu comme le cadre nécessaire - la condition *sine qua non* - à l'expression de l'amour charnel, V. *infra*, n°20.

⁶⁸ E. Sullerot, *ibidem*. p. 17.

implications patrimoniales et économiques fortes. S'agissant de la famille occidentale à l'heure de la révolution industrielle, « *le mariage [faisait] figure d'établissement ; il [était] l'objet de stratégies patrimoniales complexes, s'apparentant à celles des riches paysans qui appartiennent leurs patrimoines à travers l'union de leurs enfants* »⁶⁹. Des pratiques telles que la consanguinité ou l'endogamie sont, alors, fréquentes⁷⁰. En outre, la dot des filles demeurait une stratégie patrimoniale usitée dans les sociétés occidentales, mais également dans des populations mondiales autres, sans distinction de classe sociale. Ainsi, au XVIII^{ème} siècle dans la moyenne noblesse toulousaine, une jeune fille recevait une dot égale à trois ou quatre années du revenu global de sa famille de provenance. De la même façon, dans le milieu paysan, nous retrouvons cette coutume consistant à doter les filles en argent et à faire transiter les terres par les hommes. Mais cette dot occupe encore une place essentielle au XIX^{ème} siècle en raison de l'apport financier procuré aux jeunes époux lors de leur installation⁷¹. En conclusion, le mariage représentait vraisemblablement une opportunité de fusionner biens et richesses patrimoniales familiaux.

Ensuite, le poids de la religion, faisant obstacle à la séparation des conjoints, semble devoir expliquer également le maintien des alliances. En effet, le mariage religieux représente un sacrement qui ne peut être dissous par l'Homme, la mort seule le pouvait. C'est ainsi que – en dépit d'une remise en question du principe catholique d'indissolubilité du mariage⁷² – la pression exercée par l'Eglise sur les unions demeure omniprésente. En outre, Jack Goody percevait un aspect lucratif dans l'intérêt que portait l'Eglise dans le contrôle des mariages⁷³. L'interdiction du divorce permettait d'éviter d'éventuels remariages avec un non chrétien, desquels naîtraient des héritiers, privant l'Eglise d'échoir des biens de famille.

⁶⁹ M. Segalen, « La révolution industrielle : du prolétaire au bourgeois », in *Histoire de la famille. Le choc des modernités*, tome III, Paris, Armand Colin, 1986, p. 509.

⁷⁰ M. Segalen, *op. cit.*, p. 104-505. La consanguinité est observée dans les milieux aisés, notamment dans le milieu de l'artisanat afin de faire fructifier l'affaire et perpétuer un certain savoir-faire ou encore dans un but d'associations commerciales. Dans les milieux paysans, elle serait due selon les études à la « *petitesse du lieu* » dans lequel les paysans choisissent leurs partenaires. L'endogamie, vue comme un comportement voulu, consiste à élire son conjoint à l'intérieur d'un groupe partageant les mêmes valeurs sociales, professionnelles mais aussi religieuses. Le taux d'endogamie dans un village serait, de plus, proportionnel à la taille de sa paroisse.

⁷¹ M. Segalen, *ibidem*, passim.

⁷² Le Concile de Trente (1545-1563), sous l'influence de l'Eglise catholique, est venu renforcer les conditions auxquelles deux époux baptisés pouvaient rompre leur union, V. C. Bertrand-Xémard, *Cours de droit des personnes et de la famille*, 2^{ème} éd., Lextenso Gualino, 2016, n° 1170.

⁷³ J. Goody, *op. cit.*, p. 54-56.

13. Une procédure de divorce dissuasive. – Le divorce est particulièrement encadré. Le caractère fastidieux et austère de la législation relative au divorce a découragé bon nombre de projets de démariages, et fut régulièrement réformée en fonction des idéologies politiques et religieuses successives. Le Code de Napoléon de 1804 tolérait la pratique du divorce. Cependant, seuls les divorces pour faute et par consentement mutuel demeuraient ouverts aux époux⁷⁴. La procédure de divorce était, dès lors, pénalisante pour les ex-conjoints, en plus d’être fortement conditionnée. Sous la Restauration, le divorce fut abrogé par la loi dite Bonald du 8 mai 1816 ; puis rétabli par celle du 27 juillet 1884 dite Naquet sous la III^{ème} République⁷⁵ uniquement s’agissant des fautes prédéfinies d’excès, d’adultère, de sévices, d’injures graves ou de condamnation à une peine afflictive ou infamante. La preuve devait être rapportée par les époux lorsque le manquement aux obligations du mariage rendait intolérable le maintien du lien conjugal. Limitant toujours le divorce au seul cas de faute, le Régime de Vichy prévoyait, quant à lui, que la dissolution du mariage serait interdite durant les trois premières années de l’union, en vertu de la loi du 2 avril 1941⁷⁶. Il faudra attendre la réforme apportée par la loi du 11 juillet 1975 qui vient étendre le champ d’application de la procédure de divorce : au cas classique de divorce pour faute, l’article 229 du Code civil ajoute celui pour rupture de la vie commune et opère un toilettage du divorce par consentement mutuel⁷⁷. Cette loi, qui règle également les conséquences du divorce, encourage sa dédramatisation et tend à instaurer ou réinstaurer un dialogue entre les époux.

En conclusion, on le voit, au sortir de la Seconde Guerre mondiale – la famille a fait office d’instrument au service d’une politique et d’une stratégie étatique orientées. En effet, souhaitant modeler cette sphère privée, la politique menée par un État providence a – peu à peu – ébréché le huis clos familial. Son action a ainsi, progressivement, contribué à l’ouverture du « cocon » familial sur l’extériorité.

2) Une ouverture de la famille à la chose sociale, l’avènement de référents normatifs nouveaux

⁷⁴ C. Bertrand-Xémard, *op. cit.*, n°1172.

⁷⁵ C. Bertrand-Xémard, *ibidem*, n° 1174.

⁷⁶ Pour un résumé de la loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps, V. J. Le Gac, « L’ “étrange défaite” du divorce ? (1940-1946) », *Vingtième siècle. Revue d’histoire*, n° 88, 2005, p. 49-62, spéc. p. 54.

⁷⁷ V. *infra*, n° 71.

14. Contexte économique et social nouveau, le temps de l'industrialisation. – Dès les années 1960, la famille française d'après-guerre encore revêtue de ses valeurs conservatrices se voit – certes plus tardivement que d'autres pays européens⁷⁸ – propulsée dans un contexte socio-économique nouveau. En effet, tantôt amalgamée à la modernisation et l'urbanisation⁷⁹, tantôt distinguée de ces concepts⁸⁰, l'industrialisation⁸¹ marque le début de profonds changements sociaux.

15. La nucléarisation de la famille. – Les sociologues s'attellent à analyser les conséquences de l'avènement de l'industrialisation, sur l'institution familiale. La théorie de la nucléarisation de la famille de Talcott Parsons, par exemple, livre une parfaite illustration de la diabolisation de l'industrialisation, relativement aux évolutions intervenues dans la cellule familiale. En vertu de cette théorie⁸², la famille dite nucléaire serait apparue avec la modernisation de la société, se substituant ainsi à une famille dite élargie. Aussi, d'une famille étendue aux grands-parents, frères et sœurs, beaux-frères et belles-sœurs, passe-t-on à une famille conjugale réduite au couple et à leurs descendants⁸³. Talcott Parsons décrit cette famille resserrée comme professionnellement et économiquement plus indépendante, plus « spécialisée »⁸⁴. D'ailleurs, de son point de vue, la société moderne dépend exclusivement de l'exercice de certaines de ces *fonctions vitales* de la famille nucléaire. S'agissant de l'organisation de la parenté, la famille nucléaire apparaît également géographiquement et financièrement isolée de la famille d'origine. Selon le sociologue, cet isolement se manifeste « dans le fait que les membres de la [cette] famille [...] occupent habituellement une habitation séparée, non partagée avec les membres de l'un des époux, et que le foyer est généralement indépendant économiquement, subsistant en premier lieu des gains professionnels du mari et père »⁸⁵.

⁷⁸ La Grande-Bretagne initie son processus d'industrialisation cent ans avant la France par exemple.

⁷⁹ M. Segalen, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Colin, 2010, p. 25-26 ; Y. Bonny, *Sociologie du temps présent : Modernité avancée ou post-modernité*, Paris, Armand Colin, 2004, passim.

⁸⁰ J. Goody, *ibidem*, p. 190.

⁸¹ L'industrialisation peut être définie comme le procédé de fabrication en manufacture, dans un objectif de productivité massive, reposant sur le recours, tout d'abord, à des techniques telles que la mécanisation, la métallurgie, l'utilisation de la machine à vapeur – faisant appel à une main d'œuvre importante, puis à des énergies nouvelles telles que l'électricité.

⁸² T. Parsons, "The American Family: Its relations to personality and to the social structure", in *Family, Socialization and interaction Process*, New York, Glencoe, Free Press, 1955, passim.

⁸³ J.-J. Lemouland, « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2015, n° 48.

⁸⁴ « This means that the family has become a more specialized agency than before, probably more specialized than it has been many previously known society », V.T. Parsons, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁵ « This isolation is manifested in the fact that the members of the nuclear family, consisting of parents and their still dependent children, ordinarily occupy a separate dwelling not shared with members of the family of

Mais, comme bon nombre de préceptes sociologiques de cette époque, celle de la nucléarisation de la famille s'est progressivement démodée. Les travaux postérieurs ont démontré que le facteur de la modernisation n'est pas suffisant à expliquer le mouvement de nucléarisation de la famille. Au-delà, présentant le résultat de ses investigations lors d'un congrès organisé en collaboration avec le *Cambridge Group for the history of population and social structure*, Peter Laslett démontre que, à l'exception du Japon, la famille nucléaire était le modèle familial le plus répandu au sein des communautés analysées, dont la France, et ce dès le XVI^{ème} siècle⁸⁶. Toutefois, bien qu'aujourd'hui la thèse de Parsons ait été amplement contestée⁸⁷, l'on ne peut nier une certaine mutation des rapports familiaux élargis, dans le sens d'un rétrécissement vertical de l'aire familiale.

16. Un paysage démographique nouveau, l'émergence de l'immigration. – À compter des années 1950, l'arrivée de populations immigrées en France modifie le paysage humain. Cette nouvelle donnée démographique est à prendre en considération, en ce qu'elle change le visage de la population française, donc de la société – et indirectement, de la famille. Mobilisée à la fin de la guerre en renfort des forces vives autochtones, cette immigration provoquera une cristallisation des tensions sociales. Contrairement à la première vague d'immigrés provenant des pays européens (principalement l'Italie et la Pologne) arrivés après la Première Guerre mondiale, la seconde vague issue de l'Afrique subsaharienne, du Maghreb et de l'Asie – porteuse d'un héritage culturel et religieux nouveau – a connu une insertion sociale plus lente et conflictuelle. Ainsi, de longue date, ces communautés sont considérées comme « *sous-éduquées, victimes premières désignées du chômage, plus fécondes encore que les familles d'origine française* »⁸⁸. Pourtant, une analyse plus poussée de l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE) sur ce phénomène favorise une connaissance plus impartiale de la réalité de l'immigration française⁸⁹. Elle démontre que la part

orientation of either spouse, and that this household is in the typical case economically independent, subsisting in the first instance from the occupational earnings of the husband-father », V. T. Parsons, *ibidem*, p. 10.

⁸⁶ Peter Laslett, « La famille et le ménage : approches historiques », , *Annales ESC*, trad. Antoinette Chamoux, 27^{ème} année, n°4-5, 1972, p. 864-868. Il s'agit d'un extrait de son ouvrage *Household and family in past time* abordant la structure des ménages en Angleterre, en France, en Serbie, au Japon et en Amérique du Nord.

⁸⁷ Selon certains auteurs, la famille nucléaire n'a pas vocation à demeurer l'unique forme familiale de la société moderne, V. P. Vimard, « Modernité et pluralité familiales en Afrique de l'Ouest », *Tiers-Monde*, tome 34, n° 133, 1993, p. 103-104 ; E. Shorter, *Naissance de la famille moderne, XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Le Seuil, 1977, *passim*.

⁸⁸ M. Segalen et F. Zonabend, « Familles en France », *in Histoire de la famille*, tome 3, Paris, Armand Colin, 1986, p. 649.

⁸⁹ L. Chabrun, « Immigration en France : les vrais chiffres », *L'Express, Société*, 9 octobre 2012 [En ligne : http://www.lexpress.fr/actualite/societe/immigration-ce-qu-il-faut-retenir-des-chiffres-de-l-insee_1172299.html].

d'immigrés en France s'élève à 11% de la population française, soit un nombre compris dans la moyenne de l'Union Européenne équivalent à 12%. En réalité, la particularité de l'immigration française réside dans la présence de descendants d'immigrés égale à 6,7 millions de personnes, dont 2,2 sont issus d'un couple mixte – c'est-à-dire d'un parent immigré et d'un parent de nationalité française. En conséquence, seul un habitant sur douze est immigré en France. Par ailleurs, le taux de fécondité des femmes immigrées impacte peu le taux de fécondité global. En effet, en 2010, ce dernier était de 2,00 enfants en moyenne par femme, alors que sans les femmes immigrées, il ne serait que de 1,9⁹⁰.

17. La démocratisation de nouveaux précepteurs de conscience. – Dès le milieu du XX^{ème} siècle, apparaît une réalité normative nouvelle. En effet, les précepteurs de conscience arborent une forme différente. Jadis, il était de bon ton de consulter le curé de sa paroisse dans l'intimité du confessionnal ou de se confier à son médecin de famille.

L'essor du capitalisme, la libre circulation des personnes et des capitaux, la libéralisation de l'information et la perte de terrain de la religion bouleversent profondément les repères sociaux. Ce mouvement s'accompagne, en outre, d'une véritable implantation des médias. Parce que ces derniers offrent au téléspectateur un regard sur l'extériorité, au-delà de son entourage immédiat, ils deviennent crédibles. Ils deviennent les nouveaux vecteurs d'une vérité réelle ou orientée, mais perçue comme réaliste par l'opinion publique. De plus, à travers l'apparition relativement récente de « télé-crochets » et « télé-réalités », les médias livrent des exemples auxquels les individus peuvent s'assimiler, ou au contraire désavouer se confortant ainsi dans leurs propres choix de vie.

À côté des médias, d'autres acteurs font leur entrée sur la scène sociale – en même temps qu'ils investissent l'espace privé. Il s'agit de professionnels formés à l'art de la psychanalyse et de la psychologie, faisant du conseil leur spécialité. L'intervention de ces conseillers marque un tournant déterminant dans la transfiguration de la famille française, tant elle est porteuse d'une révolution sociale à venir. En effet, ces censeurs de mentalités empruntent un discours épuré de tout jugement, de toute sanction, leur unique prétention étant de sonder les

⁹⁰ En conclusion, seul un enfant sur six est issu d'une mère d'origine étrangère, V. F. Héran et G. Pison, « Deux enfants par femme dans la France de 2006 : la faute aux immigrées ? », *Population et Sociétés*, n°432, mars 2007, p. 1-4. Il est aujourd'hui attesté que sans cet apport démographique, le renouvellement des générations ne serait absolument pas garanti : il est possible d'estimer le taux de fécondité à 2,02 enfants en moyenne par femme, pour la génération de 1976. Ce taux est "presque suffisant pour assurer le remplacement des générations". V. F. Prioux, *op. cit.*, p. 31.

émotions les plus inavouables, par l'écoute et la compréhension du sujet. Avec l'apparition d'un jargon technique nouveau, ce dernier sera capable désormais de qualifier ces dites émotions. Et le galvaudage de termes tels que le « baby-blues », l'« instinct maternel » ou le « déni de grossesse », est révélateur de l'implantation silencieuse de ces normes dans le paysage social et familial.

Mais, pénétrant progressivement dans l'intimité du groupe, ces professionnels mettent aussi à jour, la réalité de la vie familiale. Soudain, on découvre que la famille refuge – figurée par l'opinion comme un lieu harmonieux et aimant – peut également devenir une entrave à la liberté de l'individu. Mais bien plus encore, leur « douce » immixtion dans la forteresse familiale révèle les perversions de celle-ci. Outre les violences conjugales et l'inceste que nous traiterons postérieurement, c'est la famille déviante dans son ensemble qui est mise à nue. De plus, afin de pallier ces carences familiales et de prévenir les risques – notamment psychologiques – qui pourraient venir compromettre cette période sacralisée qu'est l'enfance⁹¹, ces acteurs ont fait de l'éducation des tous petits un de leur domaine de prédilection. Ils sont devenus de véritables créateurs de normes en la matière. Contrairement à la pensée collective, il fallut partir du constat que la fonction de parent n'était point innée, mais qu'elle relevait en fait d'une aptitude, d'un apprentissage. Par conséquent, il devenait possible de corriger, voire de modeler le comportement parental. La finalité d'une telle entreprise consiste en réalité à définir ce que signifie « être un bon parent ». Dès les années 1950 en France, un foisonnement de thèses psychanalytiques œuvre à l'amélioration perpétuelle d'un « parent sur mesure ». Nous n'aborderons ici que la question de la maternité, objet central de ces tribulations scientifiques. En effet, exerçant sur les femmes un véritable « *magistère moral* »⁹², ces courants de pensée contradictoires, tantôt ont prôné une indispensable aliénation de la liberté de la mère au service de ses enfants⁹³, tantôt ont fait de son épanouissement individuel une condition du bien-être de l'enfant⁹⁴. Tantôt encore, ils militaient pour une éducation libérée d'un « enfant-roi » dépourvue de toute remontrance ou

⁹¹ M.-C. Le Pape, « L'art d'être un "bon" parent : quelques enjeux des nouvelles normes et pratiques éducatives contemporaines », in *Comment va la famille ?*, Paris, Cahiers français n°371, La Documentation Française, novembre-décembre 2012, p. 37.

⁹² S. Garcia, *Mères sous influence. De la cause des femmes à la cause des enfants*, Paris, La Découverte, 2011, passim ; M.-C. Le Pape, *Op. cit.*, p. 38.

⁹³ Ce courant de pensée tendant à faire primer la cause de l'enfant sur l'intérêt de la mère est représenté par la psychanalyste Françoise Dolto.

⁹⁴ Médecin et fondatrice de l'association "Maternité heureuse", Lagroua Weill-Hallé milite pour la liberté et l'épanouissement de la femme et une conciliation équitable de sa vie personnelle et familiale.

châtiment corporel à visée corrective⁹⁵. Aujourd'hui, c'est la question controversée de l'homoparentalité qui divise le monde de la psychanalyse, toujours dans cette perspective de protection de l'intérêt de l'enfant. Enfin, il est possible d'apprécier l'aura de ces nouveaux référents et la portée des normes qu'ils véhiculent, à travers l'intériorisation sociale de ces dernières. Elles sont, en effet, considérées comme des fondements scientifiques fiables jalonnant l'élaboration des lois ; lois appliquées au sein du corps enseignant, médical (pédiatrie, puériculture) ou de l'action sociale. Le succès de ces nouveaux référents – médias et professionnels – est d'autant plus important qu'ils collaborent astucieusement : les uns diffusent largement les codes conceptualisés par les autres. On assiste, dès lors, à une démocratisation, voire une vulgarisation⁹⁶ de la psychanalyse dans la presse écrite, télévisée ou dématérialisée. La fonction de conseil se diversifie et s'adapte désormais à la totalité des champs de la vie privée. Elle prend aujourd'hui de nouvelles formes telles que le « coaching » ou « mentorat »⁹⁷. En somme, le contrôle des mentalités ne s'exerce plus par la répression sociale, mais par la culpabilisation collective et individuelle tout à la fois.

3) Les prémisses d'une remise en question du modèle familial traditionnel

18. Une révolution familiale latente – déjà à l'aube du XXème siècle, les mentalités connaissent un profond bouleversement. Commence alors ce que le Doyen Cornu nommait « *la révolution tranquille* »⁹⁸ des familles. Les « baby-boomers », devenus de jeunes adultes, jouissent d'une plus grande liberté et ont à cœur de rompre avec le mode de vie de leurs parents et aînés. Ils éprouvent un certain désamour à l'endroit de l'institution du mariage et privilégient les unions libres moins solennelles – desquelles naîtront parfois des enfants. On parlera de « *cohabitation juvénile* »⁹⁹ pensant qu'il s'agissait, alors, d'une situation transitoire. Le scepticisme social et scientifique face à la durabilité de ce phénomène était perceptible¹⁰⁰. Cette pratique de l'instant se prorogeant, il fallut bien conclure à une certaine prégnance.

⁹⁵ A. Sutherland Neil, *Les libres enfants de Summerhill*, Paris, Librairie François Maspero, 1970 (Réed. Paris, La Découverte, 2004), passim.

⁹⁶ E. Sullerot, *Le grand remue-ménage. La crise de la famille*, Paris, Fayard, 1997, p. 31.

⁹⁷ Jadis appliqué au sport, ce nouvel accompagnement personnalisé, assuré par des professionnels, doit permettre au sujet d'aboutir à certains résultats ou d'atteindre certaines performances quantifiables, tant dans sa vie professionnelle, familiale que personnelle.

⁹⁸ G. Cornu, *Droit civil. La Famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2006, p. 34.

⁹⁹ L. Roussel, « La cohabitation juvénile en France », *Population*, année 33, n°1, 1978, passim.

¹⁰⁰ « *Que des jeunes gens vivent maritalement a toujours existé. Mais cette situation, d'exceptionnelle ou rare, est brusquement devenue plus fréquente ; hier dissimulée, elle est aujourd'hui déclarée ; encore stigmatisée par*

Par ailleurs, l'impact de la crise de Mai 1968 sur la révolution familiale en marche ne peut être négligé. Peu d'études, pourtant, ont pris en considération cette cause de mutation sociale et familiale. Initialement, un mouvement de protestation estudiantine, cette crise a rapidement pris des aspects culturels et politiques et s'est généralisée à la totalité de la société. La jeune génération ne se retrouve pas dans cette société capitaliste, consumériste, mais aux valeurs traditionalistes. La révolution de 1968 prend des allures de crise identitaire et marque le début d'une mutation sociale sans précédent. Hédonisme et *carpe diem* sont à l'honneur et nous assistons à une véritable libération de la parole sociale, syndicale, juvénile, politique et même sexuelle. Nombreux seront ceux qui quitteront leur famille afin de vivre au sein de groupes communautaires selon leurs propres normes. Nous pouvons parler d'une distension du lien familial. Et Evelyne Sullerot de dire que cette substitution des familles par les communautés trouve sa limite dans la naissance d'enfants au sein de ces dernières¹⁰¹. C'est dire que la famille s'impose telle une cellule résurgente ; et si la seule constance de l'humanité est le changement, son unique répétition semble être la famille.

19. Une répartition plus égalitaire des rôles féminins et masculins. – À compter de 1980, emplois masculins et féminins tendent à devenir plus égalitaires¹⁰². Les femmes arborent un comportement nouveau dans leur rapport au milieu professionnel. Le secteur tertiaire s'émancipe diversifiant les filières, soit dans le domaine de l'administration ou dans le privé. Ces années marquent ainsi la consolidation du mouvement féministe. Toutefois, la parité entre homme et femme reste imparfaite. Force est de constater que, même si une légère amélioration est à noter, les charges domestiques demeurent encore majoritairement assumées par les femmes¹⁰³ qu'il s'agisse d'ailleurs d'un couple marié ou en union libre¹⁰⁴. De même, à qualification égale la rémunération féminine est moins élevée que la masculine. De plus, en raison notamment des contraintes de garde des enfants, les femmes connaîtront davantage de difficulté à rebondir suite à une période de chômage, en témoigne le surendettement des familles monoparentales à la tête desquelles se trouve la plupart du temps une mère.

la société voici seulement dix ans [soit en 1968 au regard de la date de l'article], elle ne provoque désormais plus guère de surprise. Mais le phénomène, pour familier qu'il devienne, est si récent qu'il est encore mal connu », L. Roussel, *op. cit.*, 1978, p. 15.

¹⁰¹ E. Sullerot, *op. cit.*, p. 72.

¹⁰² M.-A. Barrère-Maurisson, *ibidem.*, p. 24.

¹⁰³ En 1986, les femmes consacraient 5h36 aux tâches domestiques (ménage, courses, entretien et soins des enfants) contre 4h01 en 2010. Les hommes y consacraient 2h07 en 1986 contre 2h13 en 2010. L'écart de situation reste donc encore fort important, V. L. Ricroch, « En 25 ans, moins de tâches domestiques pour les femmes. L'écart de situation avec les hommes se réduit », *Regards sur la parité*, INSEE Références, 2012, p. 69.

¹⁰⁴ S. Chalvon-Demersay, *Concubin, concubine*, Paris, Le Seuil, 1983, p. 62.

20. La formation du couple : dissociation de la nuptialité et de la conjugalité. – Le mariage ne représente plus l'acte constitutif du couple, et par extension de la famille. Pour preuve, jusqu'en 1972, 400 000 mariages étaient célébrés. Dès 1980, ce nombre avoisinait les 300 000 et se solde à 275 000 mariages dans les années 90¹⁰⁵. Aujourd'hui, on estime qu'un mariage sur deux se termine par un divorce¹⁰⁶.

Par ailleurs, dès 1970 on observe une certaine inflexion dans la conception même de la sexualité. Alors que dans les années 1960, le premier partenaire devenait dans la majeure partie des cas le futur conjoint, par la suite une dissociation est opérée entre le premier partenaire sexuel et le premier conjoint, notamment chez la jeune génération. En effet, bénéficiant d'une indépendance vis-à-vis de leurs parents, les jeunes connaissent une sexualité plus précoce. Seuls 19% des femmes et 10% des hommes épousent la personne avec laquelle ils expérimentent leur premier échange sexuel¹⁰⁷. Ainsi, les relations sexuelles précèdent, déterminent ou sont concomitantes à la formation du couple. Elles interviennent bien plus rapidement qu'auparavant, au cours des premières rencontres et ne conduisent pas nécessairement à une situation de cohabitation. C'est dire que la sexualité est détachée des préoccupations matrimoniales. Elles ont pour finalité première la simple recherche d'un plaisir charnel. Alors qu'auparavant, le mariage conférait à l'acte sexuel un cadre légitime, aujourd'hui l'acte sexuel conditionne souvent les chances de mutation d'une simple relation intime en une véritable vie de couple.

Enfin, la physionomie des lieux de rencontres du futur partenaire s'est modifiée. Alors que naguère l'influence parentale et collective sur l'élection du conjoint¹⁰⁸ était patente, force est de constater que les nouveaux espaces de rencontre sont marqués par leur propriété d'emblée socialisatrice et fédératrice. Dès lors, le traditionnel bal est remplacé par les discothèques et

¹⁰⁵ M. Segalen et F. Zonabend, « Familles en France », tome 3, in *Histoire de la famille*, Paris, Armand Colin, 1986 (édit. Paris, 9421, 3/1994), p. 646.

¹⁰⁶ M. Segalen, "Les nouvelles formes de conjugalité : du désordre dans l'institution ?", *Comment va la famille ?*, Paris, Cahiers français n°371, Documentation française, novembre-décembre 2012, p. 8.

¹⁰⁷ W. Rault, « De la rencontre à la vie commune. Quelques changements et continuités dans la formation des couples », *Comment va la famille ?*, Paris, Cahiers français n°371, Documentation française, novembre-décembre 2012, p. 9.

¹⁰⁸ Sur le choix du conjoint et l'homogamie sociale, V. A. Girard, *La formation des couples. Textes essentiels pour la sociologie de la famille*, 1^{ère} éd. 1981, PUF, Paris, La Découverte, 2006 ; Michel Bozon et François Héran, "La découverte du conjoint. I. Evolution et morphologie des scènes de rencontres", *Population*, 42^{ème} année, n°6, nov.-déc. 1987.

« boîtes de nuit » dès 1970. De plus, l'allongement de la durée des études supérieures fait du milieu scolaire et universitaire un connecteur social important.

La grande particularité du XXIème siècle réside dans l'apparition d'une nouvelle dimension du lieu de rencontre, une dimension dématérialisée à travers l'essor considérable des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans les années 2000. Ainsi, les rencontres via Internet se sont multipliées, débouchant sur la conception à profusion de sites de rencontres personnalisées.

21. Une montée de l'individualisme. – Le maître-mot de la fin du XXème siècle est l'individualisme. Il n'est pas un article de presse, une émission télévisée qui n'entonne ce discours, sur un ton souvent alarmiste. Et sur ce thème, les études scientifiques ne sont pas en reste. En effet, se spécialisant à la microsociologie dans les années 1980, les sociologues se sont détournés peu à peu des groupes sociaux pour s'intéresser à l'individu¹⁰⁹.

L'individualisme qui gangrène la société est perçu comme la source d'une implosion de la cellule familiale parce que contraire à l' « esprit de famille ». La famille aurait ainsi été pénétrée par un double individualisme¹¹⁰ ; d'une part, un *individualisme conquérant* caractérisé par un fort carriérisme, une recherche du profit, du pouvoir et de la reconnaissance, mais paradoxalement respectueux d'un conformisme accentué. D'autre part, d'un *individualisme hédoniste* qui lui est plus récent, à savoir une attitude fondée sur l'ego et dont la manifestation la plus exacerbée est le narcissisme. Monique Gomar dépeignait alors « une société [contemporaine] qui manque profondément d'ancrage, où la relation au passé, mais aussi la constitution d'un avenir (...) tendent à disparaître au seul profit de la valorisation de l'instant présent sur lequel l'individu prétend régner solitaire. Le centre de gravité, désormais, de la vie morale s'est déplacé dans l'accomplissement égoïste du moi, le culte de la singularité à remplacer celui de la communauté familiale »¹¹¹. Dès lors, chaque individu membre de la famille revendique des droits pour lui-même ; l'institution familiale était dorénavant au service des individus et non plus le contraire¹¹².

¹⁰⁹ M. Segalen, *ibidem*, p. 27 sq.

¹¹⁰ D. Bertaux, "Individualisme et modernité", *Espaces Temps. Je et moi, les émois du je. Questions sur l'individualisme*, vol. 37, 1998, p.16.

¹¹¹ M. Gomar, "Pourquoi du droit dans la famille ?", in *La famille que je veux, quand je veux. Evolution du droit de la famille*, Toulouse, ERES, 2003, p. 17.

¹¹² V. Cicchelli et C. Cicchelli-Pugeault, *Les théories sociologiques de la famille*, Paris, La Découverte, Repères, 1998, p. 101.

22. Une montée du solitarisme, une augmentation de la part d'individus en situation d'isolement. – L'individualisme n'est pas le seul phénomène social constaté. À une époque contemporaine caractérisée par le progrès des nouvelles technologies de télécommunication¹¹³, la solitude des citoyens est frappante. Tant et si bien, qu'il est possible de se demander si finalement l'individualisme est à l'origine de cette solitude ou, si au contraire, c'est elle qui est la cause de l'individualisme. En effet, déjà en 1989 – et particulièrement dans la capitale – près d'un quart des ménages français se compose d'une personne majeure ou sénior vivant seule, célibataire, divorcée ou veuve¹¹⁴. Cette tendance se confirme encore en 2012, lorsqu'est comptabilisée une augmentation de 50% des français vivant seuls par rapport à l'année 1999¹¹⁵. Ce solitarisme serait dû premièrement à une déconcentration des lieux d'habitation et une diminution des groupes domestiques¹¹⁶. Deuxièmement, la précarité des relations intimes et sociales explique également cet isolement. Cette précarité relationnelle se rencontre surtout chez les jeunes, âgés de vingt à vingt-neuf ans demeurant dans une phase intermédiaire de célibat de plus en plus longue avant la mise en couple, et interrompue d'expériences amoureuses passagères. De plus, parmi les individus âgés de 30 à 59 ans en activité, les employés sont davantage confrontés à la solitude, par opposition aux agriculteurs concernés pour seulement 10% d'entre eux par cette réalité. Le constat est similaire s'agissant des femmes exerçant une profession de cadre ou intermédiaire, car moins disposées à rencontrer leurs congénères masculins¹¹⁷. En outre, la part des célibataires, dans la population des quinze ans et plus, a augmenté¹¹⁸. Il est vrai que ces dernières années, l'image du célibat s'est bonifiée. Associé à l'idée fantasmée d'hédonisme et de liberté absolue, le mode de vie du célibataire semble ringardiser celui du couple vu comme routinier et empreint d'engagements et compromis¹¹⁹.

¹¹³ Ces outils de connexion interindividuelle créent surtout une sociabilité virtuelle (sites de rencontres et autres réseaux sociaux). Alors qu'ils devraient contribuer à effacer les distances entre les individus, ils créent de véritables déserts sociaux eux bien réels.

¹¹⁴ M. Segalen et F. Zonabend, *op. cit.*, 1986, p. 645.

¹¹⁵ P. Pellissier, "Le nombre de Français vivant seuls a augmenté de 50% depuis 1999", *Le Monde*, 14 février 2012.

¹¹⁶ P. Pellissier, *op. cit.* Le vieillissement de la population aussi peut expliquer ce phénomène. Ainsi, le fait de vivre seul est plus fréquent pour les séniors à partir de soixante ans, en particulier pour les femmes, plus souvent concernées par le veuvage, V. G. Buisson et F. Daguet, « Qui vit seul dans son logement ? Qui vit en couple ? », *INSEE Premières*, n° 1392, 2012, passim (en ligne) : <http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1392/ip1392.pdf>.

¹¹⁷ G. Buisson et F. Daguet, *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁸ V. Insee, « État matrimonial légal des personnes de 15 ans ou plus jusqu'en 2015 », *INSEE. Estimations de population*, 2015 (en ligne) : http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=natfef02311.

¹¹⁹ On parle notamment de la « célibattante » qui s'affirme dans d'autres domaines de la vie sociale (une vie sociale dense, performance professionnelle, activités sportives et culturelles, sorties nocturnes), V. M. Brunet, « De plus en plus de célibataires parmi les 18-34 ans », *Le Figaro*, 28 août 2009.

Pour autant, est-ce à dire, comme Louis Roussel, qu'il n'y aurait plus de familles, plus de couples – qu'il ne resterait plus que des individus, « *seules instance de référence* » désormais¹²⁰ ? Cette affirmation doit être nuancée. Il semble, en effet, que le besoin de conformisme reste important et prime sur le désir d'indépendance¹²¹. Ainsi, l'individu, bien que soucieux de son épanouissement personnel, a besoin d'appartenir à un groupe et à une norme sociale. Ainsi, les individus continueront de former inéluctablement des couples et des familles, précisément parce que l'« *intégration familiale* »¹²² s'avère protectrice des individus. Individualités dans l'interdépendance ... De cette dichotomie, émergent les continuités de la cellule familiale.

4) La famille française, entre continuités et perpétuelles adaptations

23. La prégnance de solidarités familiales fortes. – Le discours de la « *crise* »¹²³ ou de la fin¹²⁴ de la famille n'est point nouveau. Il est inhérent à notre ère. Pourtant davantage constructivistes et compréhensives du lien familial, nombreuses sont les études sociologiques qui mettent en avant la faculté d'adaptation de la famille¹²⁵. À travers les périodes de ruptures ou d'incohérences, existent des interstices silencieux, des non-dits prenant la forme de rituels résistant au temps et fondant une certaine continuité familiale. Cette continuité familiale s'apprécie surtout par la ténacité des solidarités intergénérationnelles.

Ainsi, contrairement à la théorie parsonnienne de la nucléarisation¹²⁶, nous découvrons que le noyau familial ne vit pas reclus sur lui-même. En effet, dès le milieu du XX^{ème} siècle, la solidité de ces solidarités intrigue les sociologues. Révélatrices d'une véritable « *intimité à*

¹²⁰ L. Roussel, « Génération nouvelles et mariage traditionnel. Enquête auprès des jeunes de 18 à 30 ans : présentation d'un cahier de l'INED », *Population*, 34^{ème} année, n° 1, 1979, p. 159.

¹²¹ Le couple et la famille sont des modèles qui prévalent, C. Franc Desages, « Célibataire, comment gérer la pression sociale? », *L'Express*, 13 février 2015.

¹²² P. Besnard, « Mariage et suicide : la théorie durkheimienne de la régulation conjugale à l'épreuve d'un siècle », *Revue française de sociologie*, vol.38/N°4, 1997, p. 755. L'auteur revisite la thèse de Durkheim exposée dans son ouvrage *Le suicide* tendant à établir une relation entre suicide des individus et état matrimonial. Dans son étude, il définit l'"intégration familiale" comme la présence d'enfant, alors que nous l'entendons davantage de l'appartenance au groupe.

¹²³ E. Sullerot, *Le grand remue-ménage, La crise de la famille*, Paris, Fayard, 1997, passim ; C. Neirinck (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, Toulouse, ERES « Enfance et parentalité », 2003, passim ; J. Commaille, « La fin des certitudes », in *Misères de la famille. Question d'État*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, p. 51 sq.

¹²⁴ L. Roussel, *op. cit.*, p. 159, la « *famille incertaine* » ; V. Cicchelli et C. Cicchelli-Pugeault, *op. cit.*, p. 100 sq. Les auteurs parlent d'une « *institution ébranlée* ».

¹²⁵ V. Cicchelli et C. Cicchelli-Pugeault, *ibidem.*, p. 97.

¹²⁶ V. *supra*, n° 15.

distance »¹²⁷. Une étude menée par la sociologue Claudine Attias-Donfut, permet de tracer les caractéristiques de ces solidarités¹²⁸. Elles sont les résultantes de trois facteurs importants : l'allongement de l'espérance de vie, tout d'abord, en ce qu'elle favorise une coexistence « verticale » de plusieurs générations qui vont se chevaucher et entretenir des relations affectives plus pérennes. Ensuite, le relâchement de l'autorité parentale et la plus grande autonomie des différentes générations l'une vis-à-vis de l'autre, favorisent la mutation des relations intergénérationnelles reposant davantage sur le conseil et l'échange. Enfin, le développement d'une protection sociale complémentaire, sous forme de bourses à l'étude ou de retraites, soulage les générations âgées plus enclines à aider financièrement leurs descendants. Ces solidarités intergénérationnelles tiennent à de petits services rendus entre membres de la famille (garde ponctuelle des petits-enfants par leurs grands-parents par exemple), ou à des transferts de capitaux variables dans leur montant et leur fréquence – observés essentiellement des ascendants vers les descendants. Malheureusement, ces transferts économiques émanant de familles généralement plus aisées que la moyenne, creusent les inégalités sociales notamment à l'éducation. De plus, l'inconvénient de cette forme de solidarité fait peser sur le troisième âge des exigences financières et psychologiques importantes. En des temps économiquement troublés, ils sont sollicités pour pallier les imprévus fonctionnels de la vie familiale de leurs enfants, en qualité de soutien émotionnel (en cas de ruptures) ou de conseillers. Les séniors semblent donc être devenus les piliers du groupe familial.

24. Un sentiment d'appartenance résistant. – Les français, de tous bords, sont de plus en plus soucieux de leurs origines et de leur patrimoine culturel et historique. Ils ont à cœur de relater le vécu de leurs ancêtres natifs ou immigrés en France. Le désir d'ancrage familial est prégnant aujourd'hui ; et ce désir semble de plus en plus conciliable avec une pleine conscience de soi. En effet, la famille demeure, aux yeux des français, la valeur-refuge première¹²⁹. Bien que secondée – voire concurrencée par l'action étatique – la famille

¹²⁷ C. Attias-Donfut, "Les solidarités intergénérationnelles au sein de la famille contemporaine", *Comment va la famille ?*, Paris, Cahiers français n°371, Documentation française, novembre-décembre 2012, p. 43.

¹²⁸ C. Attias-Donfut, *op. cit.*, p. 44-49.

¹²⁹ Institut CSA, « Les français et la solidarité », au nom de l'Union nationale privés sanitaire et sociaux (Uniopps) et la Macif, janvier 2013 (en ligne) disponible sur le site de l'Uniopps : http://www.uniopps.asso.fr/resources/trco/pdfs/2013/A_janvier_2013//69893_SondageCSA.pdf. Selon cette étude et plus, pour 46% des Français, la famille reste la valeur la plus importante ; Observatoire ING Direct, « Les français et l'argent », 3 juillet 2012 (en ligne) : http://www.ingdirect.fr/data/etudes/Observatoire_ING_Direct_France_Les-Francais-et-l-argent.pdf. Selon cette

demeure encore une puissante cellule de transmission et de reproduction des valeurs¹³⁰. Aussi, l'identité sociale et professionnelle, la religion, les rapports de sexe et la répartition des tâches domestiques, mais également les allégeances politiques des individus, leur sont transmis par leurs familles.

De plus, les progrès en matière de télécommunications ont permis de cultiver des liens familiaux réguliers, immatériels, contrebalançant ainsi l'éloignement géographique et l'absence de liens physiques.

5) Un réajustement juridique aux réalités sociales et familiales

25. Le chantier du droit de la famille. – Dès le XX^{ème} siècle, les juristes estiment devoir se désengager de la sphère familiale. C'est d'ailleurs bien ce désengagement que prônait le Doyen Carbonnier lorsqu'il préconisait un droit flexible au sein de l'espace privé¹³¹. Et il est vrai que suite à la prise en otage de la famille opérée jadis par l'État interventionniste du Régime de Vichy – dont certaines mesures se sont poursuivies après la Libération¹³² – cette flexibilité était la bienvenue. Pourtant, paradoxalement, les juristes n'ont jamais autant multiplié les textes de loi relatifs à la famille, intervenant ainsi dans tous les aspects de son existence. L'objectif était alors de repenser en profondeur le droit de la famille, accusant à cette époque un retard certain face aux changements sociaux en marche. Nous ne citerons ici que quelques-unes de ces réformes.

26. La réforme des régimes matrimoniaux. – Les années 1970 marqueront l'accélération des réformes législatives en droit de la famille. Mais cette adaptation a débuté dès l'adoption de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux¹³³. Cette loi

étude menée sur 2025 personnes âgées de 18 ans et plus, 81% des Français se recentrent sur la famille et le foyer.

¹³⁰ A. Percheron, « La transmission des valeurs », in *La famille. L'état des savoirs, La Découverte*, Paris, 1992, p. 186-190.

¹³¹ J. Carbonnier, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 1^{ère} éd. 1969, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd, 2001, passim.

¹³² En effet, le gouvernement de De Gaulle prolonge certaines dispositions de politiques familiales approuvées sous Vichy, dans l'attente de l'instauration de la IV^{ème} République. Témoinnant d'un souci de continuité, le général De Gaulle reconnaissait, par conséquent, que certains éléments positifs aient pu saillir de la dictature de Vichy, notamment la préconisation de familles d'au moins trois enfants, V. E. Sullerot, *La crise de la famille*, *op. cit.*, p. 23-32.

¹³³ Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JO* du 14 juillet 1965, p. 6044.

établit une cogestion puisque les époux contribuent, dorénavant, à proportion de leurs facultés respectives aux charges du mariage, en l'absence de conventions matrimoniales¹³⁴. Il faudra attendre la loi 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale¹³⁵ pour qu'une égalité parentale soit couplée à l'égalité conjugale. Cette loi abolit la puissance paternelle du droit romain, fondée sur la volonté absolue du *pater familias*, au profit de la coparentalité. Les notions « puissance paternelle » ou « chef de famille » sont supprimées des textes. Désormais, les père et mère exercent de concert l'autorité parentale pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité en vertu de son article 371-2. Les règles relatives à cette autorité parentale conjointe connaîtront plusieurs remaniements, dont le plus significatif est celui opéré par la loi n° 202-305 du 4 mars 2002¹³⁶ la redéfinissant comme « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* » (article 371-1 al. 1 du code civil).

27. La réforme de la filiation. – La loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption¹³⁷ marque un tournant dans la conception même de la filiation. En effet, vue comme « *un acte fondateur de la famille* »¹³⁸ établissant le lien juridique entre l'enfant et ses parents, seule la filiation biologique produisait effet. Or, par nature, l'adoption - créatrice d'un lien fictif entre l'adoptant et l'adopté - fonde une filiation affective et choisie. La loi de 1966 crée deux types d'adoption - la plénière, tout d'abord, substituant au lien de filiation d'origine un nouveau entre l'adopté et l'adoptant (article 343 et suivants du Code civil). Puis l'adoption simple, maintenant les relations de l'enfant adopté, parallèlement, dans sa famille naturelle et dans sa famille hôte (article 360 et suivants). Le texte ouvre l'accès à l'adoption aux couples mariés, mais également à une personne seule, prenant implicitement en compte les couples vivant en union libre. Cependant, c'est la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996¹³⁹ qui opère un assouplissement des conditions d'éligibilité des demandeurs à l'adoption plénière, à savoir un abaissement de l'âge requis pour les personnes prétendant à cette adoption de trente à vingt-huit ans et de la durée du mariage de cinq à deux ans. Par la suite, le législateur a

¹³⁴ Art. 223 et s. anc. du C. civ. La femme peut exercer une profession séparée sans le consentement de son conjoint. Elle bénéficie de la capacité juridique lui permettant d'administrer et de jouir de ses ressources dotales ou salariales, d'ouvrir un compte ne banque ou d'ester en justice en cas d'inexécution par son époux de ses devoirs. Elle a encore la faculté de conclure des contrats ayant pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants et engageant solidairement son conjoint, sauf exceptions légales.

¹³⁵ Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO* du 5 juin 1970, p. 5227.

¹³⁶ Loi n° 202-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant, *JO* du 5 mars 2002, texte n°3, p. 4161.

¹³⁷ La loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption, *JO* du 12 juillet 1966, p. 5956.

¹³⁸ P. Murat « Les enjeux d'un droit de la filiation. Le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Informations sociales*, n°131, 2006, p. 6.

¹³⁹ Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, *JO* du 6 juillet 1996, p. 10208.

institué un principe d'égalité des filiations consacré par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972¹⁴⁰, en ces termes : « *l'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère* » (article 334). Longtemps, en effet, une hiérarchisation des naissances fut opérée selon qu'il s'agisse d'un enfant légitime, c'est-à-dire né ou conçu durant le mariage ; d'un enfant naturel né de parents non mariés ; ou d'un enfant adultérin issu d'un ou deux auteurs déjà engagés par les liens du mariage au moment de la conception. Auparavant, seule la filiation légitime était reconnue par loi, soucieuse d'élever le mariage comme unique mode de constitution familiale. Une telle vision de la filiation, et plus largement de la famille française, semblait en décalage avec la vérité démographique, lorsque corrélativement à une chute continue du nombre de mariages dès 1975, on évaluait à 10% la part des naissances hors-mariage à la même date. Aujourd'hui, on estime que plus de 50 % des enfants français naissent en dehors des liens du mariage¹⁴¹. Par ailleurs, une modification symbolique – mais non moins importante – a été apportée par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, ratifiée par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009¹⁴². Désormais, les expressions à connotation discriminante « enfant légitime » et « naturel » disparaissent des textes législatifs.

28. Les réformes de la contraception et de l'avortement. – Le XXème siècle est aussi celui de la profonde remise en question de la condition de la femme, de la maîtrise de sa sexualité et de son rapport à la maternité. Ainsi, dès 1967 est adoptée en Assemblée Nationale, la loi « Neuwirth » n° 67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances. Cette loi vient abroger les articles 3 et 4 de la loi de 1920 condamnant la propagande anticonceptionnelle, la diffusion et la vente des procédés ou produits contraceptifs et par la même, légalise le recours à la contraception, orale en particulier. La vente des produits contraceptifs aux jeunes femmes mineures, de vingt et un ans à l'époque, est toutefois strictement subordonnée au consentement des parents (article 3 alinéa 5).

S'agissant de l'avortement toujours prohibé, toutefois, la situation française était chaotique. Chaque année 300 000 femmes françaises⁷⁸ avaient recours à cette pratique dans le plus grand secret, parfois même dans des conditions compromettant gravement leur santé physique. Parallèlement à ces avortements clandestins, les femmes appartenant à une classe plus aisée n'hésitaient pas à faire réaliser cette interruption de grossesse à l'étranger ; notamment en

¹⁴⁰ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JO* du 5 janvier 1972, p. 145.

¹⁴¹ M. Segalen, *Sociologie de la famille*, *op. cit.*, p. 9, spéc. les graphiques n°1 et 3.

¹⁴² Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JO* du 6 juillet 2005, p. 11159.

Grande-Bretagne¹⁴³, dont la législation sur l'avortement était plus avancée. Il va sans dire que ce contournement de la loi répressive française, souvent avec la complicité d'acteurs médicaux ou publics, affaiblissait considérablement la portée et le caractère dissuasif de cette dernière¹⁴⁴. Il fallut attendre le 17 janvier 1975 pour que – à l'issue de débats passionnés en Assemblée Nationale – la loi dite «Simone Veil» sur l'interruption volontaire de grossesse (IVG) soit adoptée¹⁴⁵. Les articles L.162-1 et L. 162-11 du code de la santé publique prévoyaient, dès lors, que toute femme enceinte, placée dans *une situation de détresse* et résidant sur le territoire français depuis 6 mois au moins, pouvait faire interrompre sa grossesse au plus tard avant la fin de la dixième année, cette durée pouvant être actuellement prolongée jusqu'à la douzième année en vertu du nouvel article L2212-1 du même code¹⁴⁶. Notons toutefois que la condition de «la situation de détresse» a été, très récemment, supprimée par l'article 24 de la nouvelle loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes¹⁴⁷.

En revanche, et de manière assez étonnante, aucune définition de la notion de famille n'est proposée par le droit français.

III. L'absence de définition juridique de la famille

29. Une appréhension complexe de la réalité familiale. – Aujourd'hui plus que jamais, il n'existe aucun consensus sur ce qui fait famille, en France. Et pour cause, la famille contemporaine se caractérise par sa polysémie. Chacun y projette ce qu'il veut. D'ailleurs, comme le disait François de Singly, « *ce qui est intéressant dans le fait que la définition de la*

¹⁴³ C. Gatinois, « Vingt-huit législations différentes sur l'avortement dans l'Union Européenne », *Le Monde*, 70^{ème} année/n°21462, 18 janvier 2014, p. 2 : La Grande-Bretagne légalise l'interruption volontaire de grossesse dès 1967.

¹⁴⁴ S. Veil, Discours prononcé le 26 novembre 1974, Compte-rendu des débats en première séance du relative à la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de la grossesse, Assemblée Nationale, p. 6999 (en ligne) : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/interruption/1974-11-26-1.pdf>. « *La loi est ouvertement bafouée, pire même, ridiculisée. Lorsque l'écart entre les infractions commises et celles qui sont poursuivies est tel qu'il n'y a plus à proprement parler de répression, c'est le respect des citoyens pour la loi, et donc l'autorité de l'État, qui sont mis en cause* ».

¹⁴⁵ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *JO* du 18 janvier 1975, p. 00739.

¹⁴⁶ Depuis la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption de grossesse et à la contraception, *JO* du 7 juillet 2001, p. 10823.

¹⁴⁷ V. Art. 24 de la nouvelle loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO* du 5 août 2014, p. 12949. Cette suppression a de plus été entérinée par le Conseil constitutionnel, V. Cons. const., décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

famille soit floue, c'est que cette imprécision autorise son succès. L'universalité de la famille tient dans son absence de définition »¹⁴⁸.

Historiquement qualifiée par des termes aussi variés que ceux de *domus*, *familia* ou *gens*, la famille était autrefois généralement définie comme l'ensemble des personnes, vivant sous le même toit et placées sous l'autorité d'une seule, le père de famille¹⁴⁹. Aujourd'hui, tombée en désuétude, cette conception de la famille a laissé place à une acceptation sociale plus actualisée. Ainsi, le statisticien a tendance à formaliser la famille à travers la notion plus objective du ménage, c'est-à-dire le « groupe » ou l'« unité » familiale de résidence¹⁵⁰. La cellule familiale désigne donc la partie d'un ménage composée, tantôt d'un couple sans enfant, tantôt d'un couple avec un ou plusieurs enfants du ménage, tantôt encore d'un adulte seul avec son ou ses enfant(s)¹⁵¹. De plus, alors que certains sociologues ne conçoivent la famille qu'en présence d'enfant(s), devenus l'unique élément de stabilité de cette structure¹⁵²; certains juristes estiment que pour former famille, il faut être au moins deux¹⁵³. Par ailleurs, si d'aucuns estiment que « *ni l'affection, ni le désir individuel, ni encore la vie commune ne suffisent à eux seuls à établir une famille [...]* »¹⁵⁴, d'autres considèrent que sont « *membres de la famille tous ceux qui parents ou alliés, ou non, sont unis par une même communauté de sentiments et d'affection, cette communauté se matérialisant le plus souvent par une unité de domicile* »¹⁵⁵. Enfin, le littéraire qui s'aventure à conter la vie de famille se figure celle-ci, soit comme des combinaisons heureuses recomposables à l'infini¹⁵⁶, soit comme une structure traditionnelle parfois rigide et source de frustrations¹⁵⁷.

¹⁴⁸ F. de Singly, « La famille apporte le bonheur ensemble et le bonheur individuel », Propos recueillis par K. El Hadj, *Le Monde*, 14 mars 2007.

¹⁴⁹ M. Corbier, « Les comportements familiaux de l'aristocratie romaine. IIe siècle avant J.-C.- IIIe siècle après J.-C. », *Annales. Economies, société, civilisations*, 42^e année, n°6, 1987, p. 1267-1268.

¹⁵⁰ A. Collomp, « Les formes de la famille. Approche historique », in *La famille. L'état des savoirs, La Découverte*, Paris, 1992, p. 13.

¹⁵¹ Selon une définition de l'Insee, V. Insee, *Recensement de la population. Ménages et famille*, 2009 (en ligne) disponible sur le site de l'Insee : <http://www.insee.fr/fr/ppp/bases-de-donnees/recensement/resultats/doc/pdf/fiche-menages-familles.pdf>.

¹⁵² M.-A. Barrère-Maurisson, *ibidem.*, p. 26.

¹⁵³ J. Lemouland, *op. cit.*, n°1.

¹⁵⁴ M. Pierre, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵⁵ F. Boulanger, *Droit civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux*, Tome I, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 1997, p. 14.

¹⁵⁶ M. Levy, *Mes amis, Mes amours*, Paris, Robert Laffont, 2006, *passim*. L'auteur met en scène deux amis de longues dates, pères célibataires ayant tous deux la trentaine, Matthias et Antoine. Alors que l'un vit encore à Paris, l'autre le convainc de venir s'installer à Londres. Ils s'installeront avec leurs enfants respectifs, sous le même toit, alors qu'ils mènent chacun de leur côté leur vie amoureuse.

¹⁵⁷ J. Franzen, *Les corrections*, trad. de Rémy Lambrechts, Etats-Unis, Edition de l'Olivier, 2002, *passim*. La famille Lambert se compose d'Alfred, le père, un personnage bourru incapable d'exprimer ses sentiments,

La famille est juridiquement conçue comme « *un élément [...] fondamental de la société [ayant] droit à la protection de la société et de l'État* »¹⁵⁸. Pourtant, paradoxalement, le droit positif français n'en donne pas de définition univoque¹⁵⁹. Mais, à tout le moins, il la formalise. En effet, initialement, la famille était restrictivement conçue à travers un double critère d'alliance et de parenté. Cependant, la famille française contemporaine est devenue une entité plurielle et présente des configurations nouvelles. Aussi, ne faudrait-il plus parler de « la famille », mais « des familles » (1). Dès lors, la tâche du juriste n'est pas facilitée. En effet, parce que la mission première du droit, en général, est de fournir un cadre précis aux pratiques sociales, en « *régulant le pouvoir d'agir* »¹⁶⁰ de tout un chacun, il se doit de faire un tri entre ce qu'il entend faire rentrer ou non dans ce cadre. Toutefois, il est des réalités sociales, telles que la famille, qui sont si imprévisibles quant à leurs évolutions, formes et fugacité, qu'il semble quasi impossible d'en délivrer une définition simple, pérenne et juridiquement exploitable (2).

1) Du singularisme au pluralisme familial

30. La « famille juridiquement conçue ». – De longue date, la famille juridiquement reconnue est celle composée d'un couple, un homme et une femme, marié ayant un ou plusieurs enfants communs. En effet, le droit civil – matière de prédilection de la famille – conçoit la famille uniquement à travers le prisme de la parenté et de l'alliance. Ces deux critères produisent des effets juridiques palpables. Verticalement, le mariage désigne le « *lien de droit qui unit les époux ainsi que chacun d'eux aux parents de son conjoint* »¹⁶¹. Cet acte est régi par un certain nombre de conditions inhérentes à sa fondation¹⁶², à sa dissolution¹⁶³,

d'Enid, la mère, qui a une soif cachée de liberté et d'affirmation, et enfin de leurs trois enfants aux caractères et aux aspirations marquées, voire parfois inconciliables. L'auteur dépeint une vie de famille, unique et commune tout à la fois, faite d'amour, de ruptures et de réconciliations.

¹⁵⁸ Art. 16, 3° de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH).

¹⁵⁹ Pourtant, ces codes emploient fréquemment le terme. Il se rencontre dans les textes de lois, sous des vocables tels que « l'intérêt de la famille » (article 217 du code civil), le « conseil de famille » (article 398 et suivants du code civil), le « logement familial » (articles 215 du code civil), « l'abandon de famille » (article 227-3 du code pénal), les « immunités familiales » (articles 221-12 et suivants du code pénal), ou encore les « droits civiques, civils et de famille » (article 131-26 du code pénal).

¹⁶⁰ M. Gomar, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶¹ J.-J. Lemouland, *ibidem.*, n° 12.

¹⁶² Art. 143 et s. du C. civ.

¹⁶³ Art. 227 et s., art. 296 et s. du C. civ.

mais aussi aux relations des époux entre eux et envers les tiers au cours de la communauté de vie¹⁶⁴.

Horizontalement, la filiation désigne le « *lien qui relie une personne à sa mère et à son père, et à partir de ce double lien, aux parents de ces derniers* »¹⁶⁵. En d'autres termes, le lien de filiation inscrit – naturellement ou artificiellement¹⁶⁶ – chaque enfant à la fois dans une lignée paternelle et une lignée maternelle, elles-mêmes parties d'un ordre généalogique plus important. Ce lien aura des conséquences juridiques essentielles, car de lui découlent, pour les ascendants comme pour l'enfant, des droits et des devoirs définis par la loi¹⁶⁷. Mais surtout, le droit civil donne à travers le lien de filiation une ossature à l'aire familiale, d'une part en terme de ligne de parenté, d'autre part en terme de degré de parenté. Premièrement, la ligne directe est celle qui unit des personnes qui descendent les unes des autres (grands-parents, parents, enfants, petits-enfants), alors que la ligne collatérale lie des personnes descendant du même auteur (frères et sœurs, oncles, cousins). Deuxièmement, les degrés ou générations permettent d'évaluer la proximité de la parenté entre les membres d'une même famille. Ainsi, en ligne directe, parents et enfants sont liés par une parentèle au premier degré. En ligne collatérale, pour évaluer le degré de parenté entre deux collatéraux, il faut remonter à leur auteur commun puis redescendre au membre visé. Ainsi, frère et sœur sont parents au second degré, et ainsi de suite pour les oncles, neveux, cousins, etc.

Toutefois, les critères juridiques de parenté et d'alliance semblent insuffisants aujourd'hui à rendre compte de l'étendue de la sphère familiale. D'ailleurs, les nouvelles formes de familles qui ont peu à peu émergé socialement, se sont imposées en marge de ce carcan restrictif.

31. Les familles plurielles. – La famille aujourd'hui ne se subit plus, elle se choisit. Le modèle traditionnel familial est aujourd'hui largement concurrencé par ce que l'on a nommé les « *nouvelles familles* »¹⁶⁸, « *nouvelles formes de conjugalités* »¹⁶⁹ ou « *nouvelles parentalités* »¹⁷⁰. En effet, les français se marient moins souvent¹⁷¹, plus tardivement¹⁷², mais

¹⁶⁴ Art. 212 et s., art. 215 et art. 1387 et s. du C. civ.

¹⁶⁵ J.-J. Lemouland, *ibidem*, n° 20.

¹⁶⁶ Sur l'adoption, V. *supra*, n° 27.

¹⁶⁷ Sur les effets de l'autorité parentale, art. 371 et s. du C. civ.

¹⁶⁸ Association Parents et futurs parents Gays et Lesbiennes (APGL), *Les nouvelles familles face aux institutions*, 5^{ème} Colloque « Les nouvelles familles dans la société française », Nantes, 13 juin 2014.

¹⁶⁹ M. Segalen, « Les nouvelles formes de la conjugalité : du désordre dans l'institution ? », *Comment va la famille ?*, Paris, Cahiers français n°371, Documentation française, novembre-décembre 2012, p. 8-17.

¹⁷⁰ D. Versini, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, Rapport annuel du Défenseur des enfants, 2006 (en ligne) : http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/dde_ra_2006.pdf.

surtout de moins en moins durablement¹⁷³. Alors que, dans le même temps, concubinage et PACS – en constante augmentation¹⁷⁴ – apparaissent comme des alternatives séduisantes. Ces paramètres ont conduit à modifier durablement le visage *des familles françaises*.

Pourtant, alors que ces réalités familiales sont ancrées dans la société, depuis de nombreuses années maintenant, c'est la reconnaissance institutionnelle – en particulier juridique – de ces dernières qui est récente ; bien qu'elle demeure encore imparfaite¹⁷⁵. Aussi, depuis moins de dix ans, voit-on se démocratiser de nouvelles expressions telles que les « familles recomposées » ou « reconstitutions familiales » ; ou encore les « familles monoparentales » ou « familles homoparentales ». Il convient de définir ces notions.

La famille recomposée est celle qui réunit, sous le même toit, un couple vivant avec au moins un enfant dont un seul des conjoints, concubins ou partenaires est le parent. De ces unions peuvent également naître des enfants qui eux sont communs aux deux nouveaux membres du couple. Par conséquent, l'enfant du premier lit, alors qu'il conserve des relations régulières avec sa fratrie d'origine¹⁷⁶, aura de nouvelles relations avec les nouveaux compagnons respectifs de ses deux parents, à savoir ses beaux-parents. Et en cas de naissance d'enfants dans le second foyer, il aura également un ou plusieurs demi-frères ou demi-sœurs paternels

¹⁷¹ Sur la diminution des mariages, V. *supra*, n° 20.

¹⁷² Les jeunes reculent de plus en plus le moment de se marier. Ainsi, la proportion de personnes déjà mariées à 49 ans était de 0,85% chez la génération masculine de 1953, et de 0,87% pour la génération féminine de 1955. Environ vingt ans plus tard, elle passe respectivement à 0,63 et 0,66%. De plus, l'âge moyen au premier mariage était déjà de 30,6 ans pour les hommes et de 28,0 ans pour les femmes en 1973, contre 24,5 et 22,3 en 1945 V. F. Prioux, M. Mazuy, M. Barbieri, "L'évolution démographique récente en France : les adultes vivent moins souvent en couple", *Population*, n°3, 2010, passim, spéc. p. 464. Aujourd'hui encore, cette tendance se confirme puisqu'en 2009, cet âge moyen est de 31,6 ans pour les hommes et de 29,7 ans pour les femmes. Pourtant, la majorité de ces hommes et femmes ont d'ores et déjà fait l'expérience d'une union libre antérieure, soit transitoire débouchant sur un mariage, soit infructueuse, V. F. Prioux, M. Mazuy, M. Barbieri, *Op. cit.*, p. 437.

¹⁷³ Sur l'augmentation des dé mariages, V. *supra*, n° 20. En somme, les jeunes se marient pas ou tardivement et les divorcés ne se remarient plus, V. L. Roussel, "Le remariage des divorcés", *Population*, 36e année, n°4-5, 1981, p. 765-790.

¹⁷⁴ On estime aujourd'hui que neuf couples sur dix débutent leur relation par une période, plus ou moins longue, de concubinage. De plus, il est établi qu'environ un enfant sur quatre naît hors-mariage, V. C. Avenel, « Les évolutions sociologiques de la famille », *Recherches et Prévisions*, vol. 72, n° 1, 2003, p. 70.

¹⁷⁵ Association Parents et futurs parents Gays et Lesbiennes (APGL), *Les nouvelles familles face aux institutions*, Intervention de Clélia Richard, avocate au barreau de Paris, 5^{ème} Colloque « Les nouvelles familles dans la société française », Nantes, 13 juin 2014. Maître Clélia Richard, avocate au barreau de Paris, dénonçait certaines inégalités judiciaires et administratives s'agissant notamment de l'adoption par des parents homosexuels. Selon elle, les acteurs judiciaires ont encore une vision « hétéronormée » de la famille. En dépit de la nouvelle réforme du 17 mai 2013 ouvrant le droit pour le conjoint de même sexe d'adopter l'enfant biologique ou adoptif de son époux (article 345-1 du code civil), ces familles homoparentales sont soumises à un traitement différencié. Ainsi, par exemple, les Parquet civils de Nanterre et de Saint-Nazaire imposaient à ces familles une enquête de police dans la procédure d'adoption intrafamiliale. Cependant, cette enquête n'était réalisée que lorsque le couple homosexuel ne bénéficiait pas de l'assistance d'un avocat. De plus, les questions posées aux couples homosexuels dans le cadre des enquêtes sont généralement différentes de celles posées aux autres familles recomposées.

¹⁷⁶ L'enfant aura souvent déjà des frères et sœurs germains nés du premier lit également.

et maternels. La famille monoparentale, pour sa part, désigne la cohabitation du parent, célibataire ou non, vivant seul avec son ou ses enfants. Cette forme familiale est, cependant, souvent transitoire. Ainsi, les éventuelles remises en ménage, précaires ou non, du parent seul viennent interrompre cet état de monoparentalité. Enfin, la famille homoparentale est – depuis la nouvelle loi n° 2013-404 du 17 mai 2013¹⁷⁷ – perçue comme celle composée de deux personnes de même sexe élevant ensemble l'enfant, propre à un des époux ou adopté simultanément par les deux conjoints. On le voit, ces nouvelles terminologies familiales complexifient la donne. Elles brouillent, en effet, la compréhension des relations de parenté et d'alliance existant entre les différents acteurs d'une même structure familiale.

2) De nouvelles expressions familiales non transposables en droit

32. Des notions de fait juridiquement inadaptées. – Davantage construites sur la base d'une grille de lecture sociologique, les expressions familiales étudiées précédemment ne sont pas des notions juridiques. Bien qu'elles rendent compte d'une réalité sociale indéniable, elles ne répondent pas aux concepts de droit de parenté et d'alliance – prédéfinis¹⁷⁸. De ce fait, premièrement, la famille recomposée n'est pas constitutive – en elle-même – d'une famille au sens du droit. L'enfant issu de la première relation n'est rattaché que factuellement à la nouvelle recomposition familiale. Le beau-parent demeure juridiquement le parent social de l'enfant, les droits découlant de l'autorité parentale appartenant en plein aux deux parents légaux respectifs de ce dernier. Ainsi, d'un point de vue purement juridique, il n'existerait pas une famille recomposée, mais trois familles identifiables¹⁷⁹. Deuxièmement, la notion de monoparentalité semble, à plus d'un titre, trop simplificatrice. En effet, la monoparentalité ne fait aucun doute, en cas d'établissement unilatéral de la filiation¹⁸⁰ de l'enfant à l'égard du parent seul¹⁸¹ ou du retrait partiel ou total de l'autorité parentale à l'égard d'un des parents de l'enfant¹⁸². Autrement, le simple fait qu'un parent ne vive pas avec l'enfant ne signifie pas qu'il ne s'investisse pas dans la vie de ce dernier ou qu'ils n'entretiennent plus de relations.

¹⁷⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* du 18 mai 2013, p. 8253.

¹⁷⁸ V. *supra*, n°30 ; M. Pierre, « Qu'est-ce-que la famille ? », in *La famille que je veux, quand je veux ?*. *Evolution du droit de la famille*, Toulouse, ERES « Enfance et parentalité », 2003, passim.

¹⁷⁹ La famille à laquelle sont rattachés par la filiation le ou les enfants du premier lit ; et les deux éventuelles familles formées, séparément, par les deux parents respectifs, leurs nouveaux conjoints ou concubins et les enfants qui naîtraient de ces unions.

¹⁸⁰ On parle aussi de filiation unilinéaire.

¹⁸¹ C'est le cas lorsqu'une personne seule se sera vue accorder l'adoption plénière d'un mineur, V. *supra*, n° 20.

¹⁸² V. art. 378 et suiv. du C. civ.

Surtout, la décohabitation ne met pas fin à l'exercice de l'autorité parentale, qui prendra la forme d'un droit de visite ou d'hébergement. Dans ces cas, la filiation de l'enfant reste bilinéaire ; si bien que la notion de monoparentalité semble ici juridiquement erronée. Troisièmement, si le droit reconnaît l'homoparentalité, en revanche il ne prend que partiellement en considération la famille homoparentale. En effet, aujourd'hui, la loi n'accorde des prérogatives parentales qu'aux couples de même sexe mariés, à l'exclusion des couples homosexuels concubins ou liés par un PACS¹⁸³.

En somme, la faculté du droit à intégrer des concepts a-juridiques est limitée. Or, il existe une telle diversité de familles, qu'en donner une définition juridique univoque est quasi impossible. Cela est d'autant plus difficile que les membres de ces différentes familles revendiquent des droits et une reconnaissance sur mesure, personnalisée en fonction de leurs besoins propres. Il est donc demandé à la loi, norme à visée générale, de s'adapter sans cesse aux particularismes familiaux. Au-delà, le droit peine à transcrire juridiquement toute la dimension affective de ces nouvelles formes familiales. En effet, bien que le droit accorde à l'affection une place implicite de plus en plus importante¹⁸⁴ – ce sentiment purement factuel et subjectif est encore considéré comme trop large et vague¹⁸⁵, pour fonder une définition juridique de la famille.

Qu'à cela ne tienne. Le fait qu'il ne définisse pas la famille, n'empêche pas au droit – et particulièrement au droit pénal – de capter cette dernière.

IV. La captation de la famille par le droit pénal

33. La définition juridique des termes du sujet. – Lorsqu'il est question de comprendre les relations qu'entretient une discipline juridique avec une notion de fait polysémique, ce qu'il convient d'observer, selon Jean-Arnaud Mazères, ce n'est pas « *[une] constatation seulement descriptive du rapport de [cet] objet au droit qui le règle, mais l'interrogation sur la*

¹⁸³ Ce point sera longuement développé dans la suite de cette étude, V. *infra*, n°69.

¹⁸⁴ Elle se perçoit par exemple à travers l'institution de l'adoption, la prise en compte progressive des intérêts de la concubine ou encore dans la place accordée au parent social ou beau-parent.

¹⁸⁵ J. et A. Pousson, *L'affection et le Droit*, Toulouse, édition du CNRS, 1990, p. 22.

signification même de ce rapport : l'analyse se déplace alors sur le terrain du dégagement de l'intelligibilité de ce rapport »¹⁸⁶.

Aussi, dans le cadre de cette étude – consacrée aux relations entre droit pénal et famille – une définition purement descriptive de cette dernière importe peu, en fin de compte. Il ne s'agira pas ici de déterminer ce qu'est la famille en elle-même, ou ce qu'elle devrait être, selon une conception ou une autre. En effet, il est évident que le droit – et le droit pénal en particulier – ne détiennent pas l'exclusivité de la construction familiale. Une telle démarche nécessiterait de faire appel à des connaissances extrajuridiques qui ne sauraient rentrer dans le champ de cette analyse. Ce qui importe, en réalité, c'est de définir ce que la famille représente pour le droit pénal, c'est-à-dire ce qu'elle devient lorsqu'elle est captée par le droit pénal. En d'autres termes, comment lui l'interprète. Cela suppose, en revanche, de définir ce que recouvre le droit pénal (1). Ensuite, nous dégagerons la nature du rapport existant entre ces deux ordres sociaux (2).

1) La définition du droit pénal

34. *Le droit pénal entendu largement.* – Au sens littéral, le droit pénal renvoie plus précisément à « la branche du droit à l'occasion de laquelle une sanction spécifique – la peine – est prononcée, au nom de la société, suite à un trouble à l'ordre public [...] »¹⁸⁷. Bien que cette définition soit essentielle à notre analyse, elle doit être complétée si l'on veut comprendre le lien sibyllin qui annexe le droit pénal à la famille. Aussi, entendrons-nous ce droit, à l'instar du droit criminel, comme l'ensemble des lois qui régissent le droit de punir de l'État¹⁸⁸. Ces deux définitions du droit répressif, loin de s'exclure l'une l'autre, se complètent et se contiennent.

Dès lors, parce que le droit pénal s'entend d'un ensemble de lois, les disciplines principales rattachables à cette matière, ne peuvent être évincées du champ de recherche. Ce sont elles qui sous-tendent en fin de course la répression. Ainsi, le droit pénal spécial, tout d'abord, est

¹⁸⁶ J.-A. mazères, « marché et nation : Essai d'approche juridique », in *Marchés et nation, regards croisés*, Paris, Monschrestien, 1995, p. 16.

¹⁸⁷ E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Lexisnexis, 2014, p. 1.

¹⁸⁸ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Tome. 1, 1^{er} éd. 1967, Editions CUJAS, 1997, p. 212.

celui qui « *détermine les éléments constitutifs et la peine encourue pour chaque infraction* »¹⁸⁹, incriminée par le droit positif ou élaborée dès les premières heures du droit pénal. Cette sous-discipline est la première à laquelle il conviendra de se référer, s'agissant de la méthode d'appréhension de la famille par le droit pénal. En effet, c'est elle qui définit les différentes incriminations propres à cette dernière, de l'abandon de famille à la non-représentation d'enfant, en passant par l'inceste. Mais, de plus, le droit pénal général et la procédure pénale – sous-disciplines nées de l'observation doctrinale du droit pénal spécial¹⁹⁰ – sont tout aussi importantes. Alors que la première définit les principes directeurs de responsabilité et d'imputabilité pénale coordonnant les différentes infractions pénales, la deuxième pose les règles de formes devant garantir la mise en pratique¹⁹¹ de ces dits principes.

Par ailleurs, il semble impossible de traiter d'une réalité aussi sociale et humaine que la famille, sans se questionner plus avant sur les causes du phénomène criminel intrafamilial et le profil du délinquant. En conséquence, l'approche criminologique du sujet doit tenir, là aussi, une place dans l'analyse.

35. La restriction du champ de recherche. – En revanche, certaines matières pourtant attenantes au droit pénal – et indirectement à la famille – devront être écartées ici. En effet, il s'agira de thèmes de recherche si spécifiques qu'ils pourraient faire l'objet – à eux seuls – d'études à part entière. Premièrement, notre démarche de recherche ne s'apparente pas à une étude de droit pénal comparé. En effet, bien que le raisonnement puisse être ça et là étayé par des éclairages extérieurs, il demeure centré sur la vision que le droit pénal adopte de la famille française. Deuxièmement, nous le verrons plus en détail par la suite, l'environnement familial dans lequel évolue l'individu impacte directement sa personnalité et sa socialisation. La délinquance juvénile peut donc, dans une certaine mesure, trouver sa source dans des carences familiales, éducatives et affectives. Mais, elle n'en est qu'une conséquence. Aussi, ne

¹⁸⁹ E. Verny, O. Décima et S. Detraz, *Droit pénal général*, Paris, LGDJ, 2016, n° 6, p. 2 ; A. Lepage et H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, Paris, Thémis droit, 2015, n°1, p. 1.

¹⁹⁰ A. Vitu, *Droit pénal spécial*, 1^{ère} éd., Edition CUJAS, coll. Traité de droit criminel, 1982, n°1, p. 9.

¹⁹¹ B. Bouloc, *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Précis Dalloz, 2015, p. 4, n°6-7. Ces règles organisent le procès pénal c'est-à-dire « *le processus de réaction sociale à un fait, à un trouble susceptible de constituer une infraction* », V. S. Guinchard et J. Buisson, *La procédure pénale*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2005, p. 1, n°2. D'ailleurs Didier Thomas précisait-il que le concept de procès pénal devait s'entendre largement. Il ne débute pas avec l'acte de poursuite des infractions, pas plus qu'il ne se clôture par le jugement. Il contient également, en amont la phase policière, et en aval la phase de l'application des peines, V. D. Thomas, « Le concept de procès pénal », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Tome 39, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2001, p. 403 sq.

traiterons-nous pas du droit pénal des mineurs ici. Il en va de même du droit pénal de la bioéthique. Il a certes trait aux questions de procréation médicalement assistée et à la génétique, et en cela, il a parfois pour mise en situation un contexte familial ou au moins conjugal. Mais pour autant, cette discipline est bien plus large puisqu'elle concerne toutes les interventions d'ordre médical pratiquées sur la personne humaine.

Ceci étant dit, reste maintenant à interroger le lien existant, plus précisément, entre droit pénal et famille.

2) Famille et droit pénal, des liens évidents ?

36. Du droit pénal dans la famille, pourquoi ? – Alors même qu'il renonce à la définir, le droit pénal n'a eu de cesse d'investir de plus en plus la sphère familiale, depuis ces dernières décennies. C'est dire qu'il perçoit dans cette entité sociale – un certain atout – une plus-value à son action. Cependant, le lien entre droit pénal et famille n'en devient pas plus évident pour autant. En effet, nombreuses sont les études qui constatent la manière dont la famille et le droit pénal interagissent¹⁹². Mais plus rares sont celles qui se questionnent sur les raisons et moment de cette interaction. Cette question a déjà été posée s'agissant du droit – en particulier civil – de la famille¹⁹³. Mais nous savons que le droit pénal, parce qu'« *il a pour objet particulier l'infraction* »¹⁹⁴, présente une logique différente de celui des autres branches du droit. Aussi, faudrait-il se demander, à titre liminaire, pourquoi il choisit de s'appliquer à certaines réalités sociales – en l'occurrence la famille – plutôt qu'à d'autres.

37. Les rapports entre famille, société et droit. – Ces questions faisant l'objet de débats plus approfondis dans le corps de nos développements, nous nous contenterons ici d'en présenter les principaux aspects, tenants et aboutissants. Penser que la famille relève de la

¹⁹² P. Roland, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil. Essai de solution du problème de l'autonomie du droit pénal*, Thèse, Lyon, 1958 ; L. Leclair, *L'enfant maltraité au sein de sa famille*, Université de Pau, 1995 ; C. Guechi, *Les liens de famille et le droit pénal*, Thèse de doctorat, Université Paris I, 1998 ; A. Sita Muila, *Le droit pénal et la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix-Marseille, 2001 ; B. Marrion, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse de Doctorat, Université Nancy 2, 2010 ; M. Lefebvre, Magali, *Grossesses et accouchement chez les femmes victimes d'inceste*, Mémoire de Master II, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2011 ; H. Joudrier, *Violences conjugales, grossesse et médecine générale*, Thèse de doctorat, Université Pierre et Marie Curie, 2012.

¹⁹³ La question « pourquoi du droit dans la famille » a maintes fois fait l'objet de développements, V. H. Fulchiron et P. Malaurie, *La Famille*, 5^e éd., Paris, Deffrénois, 2016, p. 17 sq. ; J.-J. Lemouland, « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2015, n°10 ; M. Gomar, "Pourquoi du droit dans la famille ?", in *La famille que je veux, quand je veux. Evolution du droit de la famille*, Toulouse, ERES, 2003, passim.

¹⁹⁴ M.-C. Sordino, *op. cit.*, p. 23.

nature seule¹⁹⁵ et qu'elle devrait vivre à l'ombre du droit est utopique. Il n'est pas possible de faire abstraction du droit lorsque l'on traite de la famille. Elle a, en effet, toujours été placée sous le regard du droit, peu importe l'enveloppe sous laquelle il se présentait. La loi de la tribu, la loi morale, la loi coutumière, la loi sociale, puis la loi dictée par la puissance publique ont toujours réglementé l'entité familiale, ainsi que les relations privées entretenues par ses membres. Le Doyen Carbonnier estimait d'ailleurs qu'une telle séparation entre ces deux entités sociales – le droit d'un côté, la famille de l'autre – serait nécessairement artificielle. Aussi, par exemple, « *la vie de ménage n'est pas vécue de la même manière là où chacun peut en sortir librement, et là où la sortie implique une procédure judiciaire* »¹⁹⁶. Cette simple différence tient à l'existence du droit. Certes, l'affection, la sexualité, la procréation – paramètres qui suffisent finalement à créer le lien familial – sont des données éminemment naturelles. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'évolution des mœurs est toujours plus rapide que celle de la norme. Mais, ces paramètres suffisent-ils – pour autant – à pérenniser le lien familial ? Qu'est-ce qui maintient la famille ? Le hasard des rencontres, la volonté de ses membres, ou l'imposition d'un cadre normatif ? Si le lien familial ne s'inscrivait pas dans un schéma social organisé, fait de règles explicites et implicites, il n'aurait pas la valeur qu'il tient aujourd'hui dans notre quotidien¹⁹⁷. Les familles ont, peu à peu, cédé une part de leur liberté, pour perdurer dans un groupe plus vaste, cohérent et fédérateur. Elles participent ainsi du contrat social. La famille, parce qu'elle évolue dans une société, n'est pas naturelle ; elle constitue une institution sociale. Et c'est bien en cela qu'elle intéresse le droit. C'est lui qui structure le lien familial.

Par ailleurs, dire que le droit s'immiscerait, de force, dans la famille qu'« *aux heures sombres de la vie* »¹⁹⁸ est erroné. Bien sûr, l'action de ce dernier ne se voit pas, ne se ressent pas au quotidien dans la vie familiale. Néanmoins, cela ne signifie pas qu'elle ne s'y exerce pas. En réalité, toute la vie de la famille est sous-tendue par des axiomes – d'ordre public, fiscal,

¹⁹⁵ H. Fulchiron et P. Malaurie, *op. cit.*, p. 20, n° 37.

¹⁹⁶ Il ne faut pas oublier que même les relations entre concubins sont régies par le droit. Ainsi, en soi, la rupture du concubinage par l'un des compagnons ne constitue pas une faute susceptible d'engager sa responsabilité civile. Pourtant, lorsqu'elle aura été accompagnée d'une faute de sa part, l'autre concubin est en droit de réclamer l'allocation de dommages et intérêts pour le préjudice subi, sur le fondement de l'article 1382 du code civil. C'est notamment le cas s'agissant de l'homme déjà marié qui abandonne soudainement sa concubine, après lui avoir formellement promis de subvenir à ses besoins, alors qu'il l'avait incité à quitter son emploi et à déménager, Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 1998, pourvoi n° 96-10581, Inédit.

¹⁹⁷ La vie familiale n'est qu'un aspect de la vie privée de l'individu. Ce sont toutes les dimensions de la vie de l'individu – professionnelle, sociale, amicale – qui lui donnent un équilibre et qui lui font apprécier davantage encore la protection que lui offre le cocon familial.

¹⁹⁸ H. Fulchiron et P. Malaurie, *Le Droit de la famille*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2016, p. 25, n° 47.

administratif, civil, économique – imperceptibles. Ainsi, lorsque deux époux « dispatchent » entre eux les charges et dépenses du ménage, c'est bien en vertu d'un régime matrimonial particulier, régulé par le droit. Lorsque deux personnes désirent conclure un PACS, c'est auprès du tribunal d'instance de leur lieu de domiciliation ou un notaire qu'ils s'adressent. Lorsque deux concubins déclarent vivre maritalement, la stabilité et la continuité de leur union¹⁹⁹ sont prises en considération pour le versement de prestations adaptées à leur situation. La scolarisation d'un enfant répond à des exigences légales, propres à un État donné et adoptées conformément à une politique publique déterminée. Même lorsque des parents séparés organisent à l'**amiable** la répartition des temps de garde et d'hébergement de l'enfant, c'est au regard d'un ordre juridique – la filiation – qui les y incite²⁰⁰. Ces exemples pourraient se poursuivre à l'infini.

38. Droit pénal et famille, des natures similaires. – Contrairement aux autres branches du droit précitées, le droit pénal lui ne vient pas structurer le lien familial. Telle n'est pas, en tous les cas, la mission qui lui est dévolue. Néanmoins, force est de constater qu'il partage avec la famille une nature similaire. En effet, droit pénal et famille constituent tous deux des ordres juridiques, c'est-à-dire selon Santi Romano²⁰¹ des « institutions »²⁰².

¹⁹⁹ V. les conditions légales du concubinage, art. 515-8 du C. civ.

²⁰⁰ La sanction n'intervient – en dernier lieu – qu'en cas de violation par l'un des parents de ses obligations légales.

²⁰¹ Il est à préciser que ces notions d'ordre et d'institution sont particulièrement polysémiques et ont fait l'objet de tant d'études, qu'il faudrait en faire le sujet de thèses à part entière. Là n'est pas notre prétention. Bien que nous abondions davantage dans le sens de la vision de l'auteur Santi Romano – que nous retiendrons pour les besoins de cette étude – il ne faut omettre les illustres publicistes français qui ont traité de la question. En la matière, Maurice Hauriou, Georges Renard ou Jacques Chevallier sont souvent des références incontournables s'agissant de leur définition de l'institution. V. notamment, M. Hauriou, *Les principes de droit public à l'usage des étudiants en licence, 3^e année et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Sirey, 1916 ; G. Renard, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930 ; J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 7-49.

²⁰² Ce terme a été emprunté à Durkheim. Il mettait en relation directe les notions d' « institution » et de « fait social ». Il estimait, en effet, que pour qu'il y ait fait social, il devait exister des institutions. Ainsi, selon lui, la condition essentielle à l'existence du fait social était « *que plusieurs individus aient mêlé leur action et que cette combinaison ait dégagé quelque produit nouveau. Et comme cette synthèse a lieu en dehors de chacun de nous, elle a nécessairement pour effet de fixer [...] hors de nous de certaines façons d'agir et certains jugements qui ne dépendent pas de chaque volonté particulière [...]* ». Or, il estimait que le terme qui décrivait le mieux cette réalité était celui de l'institution. Il définissait cette dernière comme « *toutes croyances et tous les modes de conduites institués par la collectivité ; la sociologie peut alors être définie : la science des institutions, leur genèse et leur fonctionnement* ». C'est dire que pour lui, tout ce qui relevait du social était institution, V. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, deuxième préface, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2013, p. 15.

Selon la thèse de l'auteur²⁰³, l'institution est « *un être ou un corps social en ce sens qu'elle est une manifestation de la nature sociale et non purement individuelle de l'homme* ». Il précise cependant que l'homme n'est pas le « *substrat* » de toutes les institutions. Il différencie ainsi deux types d'institutions. D'une part, celles qui « *comportent, entre autres éléments, plusieurs individus qui coexistent ou se succèdent, unis par un intérêt commun ou constant, ou par le dessein, la mission qu'ils poursuivent* ». À travers cette définition, sont ainsi parfaitement décrites les caractéristiques du groupe familial. En effet, ce dernier se compose bien d'individus qui descendent les un des autres, vivent ensemble selon un certain nombre de règles internes et partagent un intérêt commun – celui de la famille. Et bien qu'elle s'exprime de manière différente aujourd'hui, cette mission commune aux différents membres du groupe existe encore et se renouvelle sans cesse.

La deuxième catégorie d'institutions, d'autre part, renvoie à celles « *constituées de moyens, matériels ou immatériels, personnels ou réels, patrimoniaux ou non, destinés en permanence à une fin déterminée* », gérées par des hommes, mais non constituées d'hommes. Or, à ce propos, Romano voyait dans le droit – non pas seulement un condensé de normes et de règles –, mais au-delà une organisation composée également des instances qui modèlent et appliquent ces règles et normes. Aussi, entend-t-il le concept de droit, de tout ce qui produit le droit. Ce concept devient dès lors indissociable de celui de société, en ce que le droit est « *organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité, en un être existant par soi-même* »²⁰⁴. En somme, le droit formant un tout, il faut en conclure que le droit pénal – discipline sociale par excellence²⁰⁵ – constitue indiscutablement un ordre juridique lui aussi.

Ainsi, si l'on admet que droit pénal et famille ont la même nature, il semblerait normal qu'ils puissent entretenir ensemble un rapport intelligible. En effet, évoluant dans une même société et contribuant à sa construction, les différents ordres juridiques – même présentant une individualité propre – ne peuvent être exclusifs les uns des autres. Aussi, devraient-ils fonctionner tels des vases communicants. Toutefois, force est de constater que le droit pénal et la famille présentent, pour leur part, des finalités opposées.

²⁰³ S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 2002, p.25-28. V. également pour un résumé de la thèse de Romano, G. Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de droit*, vol. 29, n°1, 1988, p. 99 sq.

²⁰⁴ S. Romano, *op. cit.*, p. 19.

²⁰⁵ Le droit pénal est une science juridique infligeant à l'auteur une sanction légale, mais il est aussi une science sociale au même titre que le délit est un fait social, et la sanction un « *acte de défense sociale* », A. Prins, *op. cit.*, n° 2-3, p. 1.

39. Droit pénal et famille, des finalités contraires. – Deux institutions sociales certes, mais ayant des finalités différentes. En effet – rappelons-le – le droit pénal est l'émanation de la souveraineté de l'État en matière répressive. Il régit la réaction de la puissance publique face aux infractions commises sur un territoire donné et organise la sanction prononcée à l'encontre des auteurs de ces actes. Rien dans cette fonction n'évoque la famille. Tout à l'opposé, la famille est le rempart de l'individu. Elle est perçue comme protégeant des agressions et immixtions extérieures²⁰⁶. C'est elle qui fait écran entre le sujet de droit et l'arbitraire de l'État. Missionnée de l'éducation, de la socialisation et de la construction de l'adulte en devenir, la famille dispense en principe amour et douceur. Aussi, la matière pénale à l'intérieur de ce sanctuaire apparaît tel un loup dans la bergerie ; et, de prime abord, le droit pénal renvoie à tout ce qui n'est pas la famille.

Partant de ce constat, pourtant, nous tenterons tout au long de cette étude de faire ressortir en fin de compte les raisons qui poussent le droit pénal à se saisir de la famille.

40. Problématique. – Le droit pénal intervient largement dans la sphère familiale aujourd'hui. Le renouvellement de l'intérêt de cette discipline pour la chose familiale a d'ailleurs conduit à une intensification de la pénalisation du droit de la famille – tant au plan doctrinal, politique, législatif que social. Cependant, la famille n'a pas toujours été objet d'étude ou d'intervention. Autrefois, fonctionnant en unité close, elle ne tolérait aucune immixtion extérieure. Néanmoins, exposée dès le début du XX^{ème} siècle, à une période de profonds bouleversements, la famille française semble en rupture avec son héritage traditionnel. La diminution des mariages, l'augmentation des divorces, la précarisation du lien familial²⁰⁷, l'émancipation de la femme, la montée de l'individualisme en même temps que celle du solitarisme, ont durablement recomposé le visage de la famille contemporaine. Outre une ingérence omniprésente du social dans le microcosme familial, par le biais de référents normatifs nouveaux, c'est le modèle familial traditionnel tout entier qui s'est affaibli. Dès lors, émerge une reconnaissance d'autres formes de conjugalités : familles recomposées,

²⁰⁶ « La famille peut être un rempart contre un monde perçu comme agressif pour l'individu ou un espace de soin », V. F. de Singly et C. Giraud, *En famille à Paris*, Paris, Armand Colin, 2012, p. 23.

²⁰⁷ La tendance est de dire que l'enfant constitue le seul lien encore stable de l'institution familiale. Ainsi, finalement, il faudrait comprendre que seule la relation de couple s'est précarisée. Pourtant, aujourd'hui, on dénombre 40% de non-paiement de pension alimentaire. De plus, seul un enfant sur entretient encore des relations avec son père, suite à la rupture du couple.

monoparentales ou homosexuelles accèdent à une nouvelle « *visibilité sociale* »²⁰⁸. Aussi, dans un tel contexte, il n'a jamais été aussi ardu de délimiter l'aire familiale.

Pourtant, bien que renonçant à définir juridiquement la famille – d'une part en raison de sa grande équivocité, d'autre part en raison de l'absence de concepts de droit adaptés – la matière pénale se saisit amplement de cette entité sociale. Et pour cause, « *il y a un droit pénal dès que l'histoire aperçoit une ébauche d'ordre social* »²⁰⁹. Aussi, nous apparaît-il intéressant de comprendre quel est le bien-fondé des relations existant entre deux ordres sociaux ayant des finalités – en apparence – si différentes. En effet, s'il est une chose d'observer que le droit pénal s'applique à la famille, il en est une autre de l'expliquer. Or, la famille est une cellule qui relève de l'intimité de tout un chacun. À ce titre, comprendre l'intrusion d'un droit répressif en son sein est chose complexe.

En définitive, entreprendre d'analyser le rapport qui lie la discipline pénale à la famille, semble justifier – au-delà d'une description mécanique des infractions et immunités propres à ce groupe – que l'on essaye de comprendre quelle est la place du droit pénal en son sein. Aussi, une telle démarche nous amène à nous poser une question simple : pourquoi donc du droit pénal dans la famille ? Autrement formulé, il s'agit de déterminer quelle est la légitimité de l'intervention du droit pénal dans la famille.

À bien regarder, on s'aperçoit que ce droit renferme bien plus qu'une idée de répression. Pris dans son sens le plus large, il est paradoxalement d'un côté, le droit qui sanctionne d'une peine toute atteinte jugée intolérable à l'ordre social et, de l'autre, celui qui régule le droit d'agir de la puissance publique. De nature hybride, en effet, il se situe à mi-chemin entre droit public et droit privé²¹⁰. Ainsi, s'il est protecteur des intérêts de l'État, il est aussi le garde-fou de ses ingérences arbitraires, notamment au sein de la famille. Dès lors, à côté d'un droit pénal répressif, se dessine un droit pénal véritablement protecteur.

Partant, il convient de comprendre quelle est la logique même du droit pénal lorsqu'il s'applique à la famille. Or, dans ce domaine comme dans un autre, il nous est apparu que le

²⁰⁸ G. Gautier, *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, Rapport d'information n°388 (2005-2006), au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, Sénat, 13 juin 2006 (en ligne) disponible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/rap/r05-388/r05-3881.pdf>.

²⁰⁹ A. Prins, *ibidem*, n°6, p. 3.

²¹⁰ E. Verny, O. Décima et S. Detraz, *op. cit.*, n°3, p.1.

droit pénal adoptait une démarche similaire à la sienne. Premièrement, parce son action doit être strictement nécessaire et proportionnée, le droit pénal – contrairement aux autres disciplines juridiques – ne peut intervenir qu'en présence d'un trouble à l'ordre public. Deuxièmement, lorsqu'il intervient, c'est en raison de l'atteinte portée à une valeur sociale tenue pour essentielle au sens du droit. En effet, « *[les incriminations pénales] sont l'expression de valeurs auxquelles [la société] adhère à un moment donné de son évolution [...]* »²¹¹.

À partir d'une transposition de ce postulat de départ à la famille, deux conditions précises à l'intervention du droit pénal dans la famille semblent se dégager. La première, s'imposant comme un préalable nécessaire à l'action pénale, consiste dans l'existence d'une famille dysfonctionnelle (**Partie I**). En effet, contrairement aux autres branches du droit structurant le lien familial²¹², une intervention du droit pénal au sein d'une famille heureuse et saine ne se justifierait guère. Elle paraîtrait nécessairement arbitraire, disproportionnée et aucunement indispensable. Deuxièmement, outre le fait d'exister, encore faut-il que ce dysfonctionnement en question ait lésé une valeur familiale ou sociale, si importante, que le droit pénal ne puisse raisonnablement s'en désintéresser (**Partie II**).

²¹¹ A. Lepage et H. Matsopoulou, *op. cit.*, n°3, p. 2.

²¹² V. *supra*, n° 30-37.

Première Partie

UN PRÉALABLE À L'INTERVENTION DU DROIT PÉNAL, L'EXISTENCE D'UNE FAMILLE DYSFONCTIONNELLE

41. Le constat d'une absence d'appréhension systémique de la famille dysfonctionnelle. – Maintes études ont été réalisées sur le sujet des relations entre droit pénal et famille, privilégiant tantôt une analyse structuro-fonctionnelle du droit pénal dans la famille²¹³, tantôt une analyse plus restreinte notamment s'agissant du statut particulier d'un des membres de la famille²¹⁴. Or, si elles ne nient pas – en sous-thème – l'existence évidente de troubles familiaux justifiant une réponse pénale, ces recherches n'ont guère appréhendé le dysfonctionnement familial d'un point de vue systémique. Pourtant, c'est bien sur l'évaluation de la santé familiale, puis sur la détermination ou non d'un dysfonctionnement dans la famille, que le droit pénal fait reposer la nécessité de la répression.

Le dysfonctionnement familial apparaît, dès lors, comme la première condition de systématisation de l'intervention du droit pénal dans la famille. Par conséquent, il semble indispensable de cerner ce que renferme le paradigme de « famille dysfonctionnelle » au sens du droit pénal (**Titre I**). Mais il ne suffit pas d'identifier le dysfonctionnement familial, pour qu'il soit appréhendé par le droit pénal. Encore faut-il qu'il présente, pour cette discipline, une utilité pratique effective. Ainsi, se pose la question du moment de l'apparition de la famille dysfonctionnelle aux yeux du droit, et en particulier du droit pénal (**Titre II**), puisqu'en effet, nonobstant cette détection juridique, la famille dysfonctionnelle continuera de vivre – pour un temps indéterminé – dans l'indifférence la plus totale.

²¹³ C. Escoffier Gialdini, *op. cit.* (étude de la place de la famille dans le nouveau code pénal, avec une famille par la parenté privilégiée à la famille par l'alliance) ; C. Guechi, *op. cit.* (étude de la protection de la famille par le droit pénal selon deux méthodes contraires, l'édiction de dispositions pénales rigoureuses notamment les circonstances aggravantes et de dispositions plus atténuées comme les immunités familiales) ; A. Sita Muila, *op. cit.* (étude de droit comparé entre droit français et droit congolais s'agissant des fonctions du droit pénal dans la famille) ; O. Maury, *op. cit.* (constat d'un recul du droit pénal dans la famille suite à une forte vague de dépénalisation du droit de la famille et une protection axée davantage sur l'individu au sein de sa famille).

²¹⁴ L. Leclair, *op. cit.* (la détection des carences du cadre juridique du signalement d'enfant maltraité et qui ont pour conséquences de paralyser la réaction sociale aux maltraitances) ; H. Djefafia, *Le grand-parent et le droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2014 (le statut juridique du grand-parent en droit pénal).

Titre I – L’IDENTIFICATION DE LA FAMILLE DYSFONCTIONNELLE

42. Une notion a-juridique. – La notion même de « famille dysfonctionnelle » est une notion a-juridique. Ainsi, le droit pénal ne définit explicitement ni la famille, ni la « famille dysfonctionnelle ». De ce fait, parvenir à définir le dysfonctionnement dans la famille relève d’une réalité purement factuelle et aléatoire. En témoignent par exemple, les difficultés d’appréciation auxquelles s’exposent parfois les professionnels sociaux, éducatifs ou psychiatres, quant à l’existence avérée ou non de carences familiales²¹⁵. Ainsi, les observations et résultats qu’ils formuleront, sur une même affaire, pourront aisément diverger d’un observateur – même qualifié, à l’autre²¹⁶. Il faut dire que déchiffrer la personnalité des protagonistes, appréhender l’existence ou non d’insuffisances familiales (une éducation carencée, une affectivité viciée, une famille dissociée) laissent nécessairement place à une marge d’erreur et de subjectivité. Aussi, définir la famille dysfonctionnelle peut présenter certains écueils, en particulier en droit pénal eu égard aux enjeux en présence.

43. Le choix d’un critère de définition. – La première question qui s’impose au juriste, dans son œuvre de définition de la famille dysfonctionnelle, est relative au critère de référence à choisir. En effet, il convient de se demander si la santé de la famille s’évalue selon une « normalité » familiale ou uniquement selon une « dysfonctionnalité » familiale ?

L’idée de normalité désigne, de manière simplifiée la conformité à une norme. Ici, la norme est entendue largement. Elle peut consister dans la définition des fonctions que toute famille devrait remplir vis-à-vis de ses membres et au sein d’une société. Mais, elle permet aussi de préjuger des structures familiales à promouvoir au détriment des autres. Dès lors, on pressent d’emblée le caractère partial et subjectif que peut présenter le critère de normalité.

L’idée de « dysfonctionnalité », elle, renvoie à une approche purement fonctionnelle de la famille. La forme de la cellule familiale importe peu. Seules comptent les fonctions de cette dernière. Il convient ici de déterminer la capacité ou l’incapacité de la famille à accomplir ses missions et à remplir ses fonctions essentielles. Un tel critère offre ainsi au juriste un véritable

²¹⁵ V. *infra*, n° 222.

²¹⁶ G. Stefani, G. Levasseur, R. Jambu-Merlin, *Criminologie et science pénitentiaire*, 2^{ème} éd., Précis Dalloz, 1970, p. 48, n° 49.

outil de systématisation de la famille dysfonctionnelle, moins aléatoire, normatif et contrôlable.

En conséquence, l'analyse de la logique pénale et de l'arsenal répressif français a, naturellement, conduit à exclure la normalité (**Chapitre I**), comme critère de protection de la famille, pour ne retenir finalement que celui de la dysfonctionnalité (**Chapitre II**). Aussi, le droit pénal ne sanctionne-t-il pas les familles anormales, mais les familles dysfonctionnelles.

Chapitre I. Le rejet d'un critère de normalité familiale

44. L'intérêt de la démonstration. – Il aurait été possible d'utiliser un concept de normalité, dans le cadre de cette étude, afin de définir la famille dysfonctionnelle.

À dire vrai, bien qu'il semble délicat d'avouer que la conception de la famille puisse être construite sur un idéal de normalité, ce concept ne relève point de la simple incantation ou illusion. En effet, l'idée d'une famille dite normale a été clairement dégagée en droit, que ce soit par la doctrine, le législateur ou la jurisprudence.

Ainsi, dans son analyse des relations entre droit public et famille, Eric Millard précisait que la notion de normalité familiale constitue l'unique critère de protection de la famille, à défaut d'une application de la technique de personnalisation juridique²¹⁷. Il développait sa thèse autour de deux idées complémentaires. La première idée est celle selon laquelle l'Etat garantit à l'individu, le droit d'avoir une vie familiale normale. La seconde consiste à dire que l'État protège l'individu contre la famille anormale. Dès lors, selon lui, combattre l'anormalité familiale suppose d'exercer sur l'ensemble des familles – anormales ou non d'ailleurs – un contrôle permanent. Cette thèse est originale et particulièrement avisée. Elle emporte largement la conviction, quant à la conception de la famille par des disciplines juridiques telles que le droit civil ou le droit public, soumises à un ordre public de direction fort. Néanmoins, il semble qu'au regard de la discipline pénale, elle doive être nuancée²¹⁸.

En droit pénal, le dysfonctionnement familial ne peut être défini selon un critère de normalité. Celui-ci ne présente pas les qualités de clarté, de flexibilité et de fiabilité nécessaires à la matière (**Section 2**). Toutefois, avant même que d'évincer ce critère, il importe de le définir. Or, le concept de normalité familiale trouve ses origines dans le droit de mener une vie familiale normale (**Section 1**).

²¹⁷ E. Millard, *Famille et Droit public. Recherches sur la constitution d'un objet juridique*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin-Lyon III, 1994, p. 146-259.

²¹⁸ Comme nous le verrons dans la deuxième partie de la thèse, le droit pénal relève aujourd'hui davantage d'un ordre public de protection dans la famille, V. *infra*, n° 415.

Section I. Du droit de mener une vie familiale normale au concept de famille normale

45. La construction juridique d'une norme familiale générale. – Bien que les ordres juridiques – tant international que national – dans leur globalité, tendent à davantage de tolérance face à la diversité des formes contemporaines de familles, il ne faudrait pas oublier qu'ils définissent, chacun à leur manière, une norme familiale générale, telle que communément admise dans nos sociétés occidentales. Ainsi, droit européen et législateur interne n'hésitent pas à défendre un véritable droit subjectif de l'individu à construire une vie familiale. Mais bien plus, ils consacrent encore un droit de l'individu à « mener une vie familiale normale » (§1). C'est ensuite, à partir de ce droit que seront progressivement dégagés les éléments de définition du concept de normalité familiale (§2).

§1 - La reconnaissance du droit de tout individu à mener une « vie familiale normale »

46. L'émergence de la notion de « vie familiale normale » (B) se fonde sur plusieurs instruments textuels, mais aussi jurisprudentiels qui ont contribué à sa consécration (A).

A. Les fondements normatifs de l'émergence d'un droit de mener une vie familiale normale

47. Le droit de mener une vie familiale normale est avant tout un droit d'inspiration européenne. En effet, qu'il s'agisse du droit européen ou du droit communautaire, ils ont contribué à poser un cadre normatif, relatif notamment aux droits et libertés fondamentales de l'individu et à sa libre circulation (1). De plus, au plan national, si le terme de « famille » apparaissait déjà dans la Constitution française²¹⁹, cette référence demeurait timide et ne visait pas vraiment le droit de l'individu à une vie familiale. Il en allait également de même du Préambule de la Constitution de 1946, qui employait déjà le terme de « famille ». Mais cette référence demeurait ténue et imprécise.

²¹⁹ Le terme de famille se trouvait déjà dans le Préambule de la Constitution de 4 novembre 1849 instaurant la II^{ème} République ; art. IV « *(La République) a pour base la famille, le travail, la propriété et l'ordre public* » et art. VIII « *(La République) doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail* ». Et depuis 1946, le terme apparaît dans le Préambule de la Constitution de 1946, al. 10.

Pour autant, elle avait le mérite d'exister (2) ; et c'est dans ce contexte précis qu'a été ressenti la nécessité de créer la notion de vie familiale normale.

1) Les fondements européens

48. La valorisation d'un droit de l'individu à la famille en droit européen. – D'une manière générale, le droit européen consacre un droit de l'individu à la famille. En effet, le Conseil de l'Europe s'est donné pour objectif de « *promouvoir les idéaux et les principes d'un patrimoine commun* »²²⁰ entre les États membres, « *notamment par la défense et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »²²¹. Dès lors, il n'est rien d'étonnant à ce que les conventions et traités ratifiés au sein de ce Conseil assurent à la vie familiale, les garanties de subsistance et de développement nécessaires. Ainsi, la Charte sociale européenne – qui n'est que le pendant, au sein de l'Union européenne, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, s'agissant des droits économiques et sociaux – prévoit que les États membres « *s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de famille* »²²².

Mais surtout, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 joue un rôle indéniable dans la valorisation de cette protection de la vie familiale. En effet, sa portée est considérable en raison de son invocabilité directe à l'occasion d'un recours et du caractère contraignant de ses dispositions. Surtout, l'article 8 §1 de la convention précise clairement que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». De plus, son article 12 ouvre le droit pour toute personne, ayant atteint l'âge nubile légalement défini, de se marier et de fonder une famille.

Par ailleurs, la jurisprudence européenne n'est pas en reste sur cette question de la protection du droit à la vie familiale. En effet, dans sa décision du 13 juin 1979, la Cour européenne des droits de l'homme avait insisté sur le fait que le respect de la vie familiale au sens de l'article

²²⁰ Préambule de la Charte sociale européenne signée à Strasbourg, 3 mai 1996 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999), STCE n°163, [En ligne : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cf94>].

²²¹ Préambule de la Charte sociale européenne signée à Strasbourg, 3 mai 1996, *op. cit.*

²²² Préambule de la Charte sociale européenne signée à Strasbourg, 3 mai 1996, *op. cit.*

8 de la convention impliquait, pour l'État, « l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal des rapports [entre proches parents] »²²³.

49. La valorisation d'un droit de l'individu à la famille en droit communautaire. -

Bien que les textes communautaires ne mentionnent pas directement un droit à la vie familiale normale, le droit de l'Union contribue matériellement à la mise en œuvre d'un cadre normatif concret, propice à l'émergence de celui-ci. Et pour cause, le droit communautaire a acquis progressivement un rôle prépondérant en droit des étrangers. En effet, il tient une place active dans l'encadrement du regroupement familial et de la libre circulation des personnes au sein des États membres de la Communauté.

Ainsi, le Titre VI du Traité sur l'Union européenne²²⁴ intitulé « Dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures » contient un article K-1 précisant qu'aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union – à savoir essentiellement la libre circulation des personnes – les États membres partagent des « *questions d'intérêt commun* ». Or, ces questions portent notamment sur les domaines de la politique d'asile, les règles de franchissement des frontières extérieures des États membres, la politique d'immigration, les conditions d'entrée, de circulation et de séjour des étrangers, le regroupement familial ou l'accès à l'emploi de ces personnes.

Par ailleurs, le Traité d'Amsterdam de 1997²²⁵ modifiant le Traité fondateur de l'Union européenne tend à la communautarisation des questions de visas, d'asile, d'immigration et de libre circulation qui ne relèvent plus d'une stratégie intergouvernementale. Ainsi, l'article 73 K, 3° du Titre III « Visas, asile, immigration et autres politiques liés à la libre circulation des personnes » prévoit qu'il appartient dorénavant au Conseil européen de fixer les mesures relatives à la politique d'immigration quant à l'entrée et le séjour des étrangers, les procédures

²²³ CEDH, 13 juin 1979, « *Marckx c/ Belgique* », req. n° 6833/74, § 45. Alexandra est l'enfant naturel de Mme Marckx, mère célibataire. La loi belge ne reconnaissait aucun lien juridique entre l'enfant naturel et sa mère du simple fait de la naissance. La reconnaissance de l'enfant ne modifiait pas davantage la situation juridique de l'enfant ; pire encore, elle interdisait au parent de léguer à celui-ci la totalité de son patrimoine. Dès lors, la requérante, ayant reconnue puis adoptée sa fille, a saisi la Cour de Strasbourg de cette discrimination légale fondée sur la naissance. Celle-ci estima que la législation belge était contraire à l'article 8 de la convention, aux articles 8 et 14 combinés de la dite convention, et à l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la convention.

²²⁴ Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht, 7 février 1992 (entrée vigueur le 1^{er} novembre 1993), *JOCE* du 29 juillet 1992, p. 1.

²²⁵ Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, 2 octobre 1997 (entrée en vigueur le 1^{er} mai 1999), *JOCE* du 10 novembre 1997, p. 1.

de délivrance par les États membres de visas et autres titres de séjour, y compris en vue d'un regroupement familial.

Enfin, dans un but d'harmonisation du droit et de l'espace européen, le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 insère dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²²⁶, un nouveau chapitre II intitulé « Les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration ». Les dispositions de ce chapitre tendent à instaurer une absence de contrôle des personnes lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures et ce quelle que soit leur nationalité (article 77 §1, a). Cependant, elles conviennent d'un contrôle et d'une surveillance efficaces des personnes franchissant les frontières extérieures, l'idée étant la mise en place progressive d'un « *système intégré de gestion des frontières extérieures* » (article 77 §1, b et c). L'objectif affiché est donc clairement de développer une politique commune de l'immigration en vue d'un contrôle des flux migratoires (article 79 §1). Cela passe notamment par la fixation des conditions d'entrée et de séjour, de délivrance des titres de séjour à longue durée et du regroupement familial des étrangers, par les Conseil et Parlement européens (article 79 §2, a).

La reconnaissance européenne du droit à mener une vie familiale normale trouve son équivalent en droit interne.

2) Les fondements nationaux

50. La norme constitutionnelle. – S'il doit n'être énoncé qu'un seul texte en droit interne, s'agissant de la protection de la vie de famille, c'est l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946. Celui-ci prévoit, en effet, que « *la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Ce texte se double d'un onzième alinéa ainsi formulé : « *[la nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère [...] la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs.*

Ces textes sont rédigés dans des termes pour le moins larges et imprécis. Dès lors, les modalités de mise en œuvre de ces droits familiaux se doivent d'être clairement déterminées.

²²⁶ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne modifié par le Traité de Lisbonne, signé à Lisbonne, 13 décembre 2007 (entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009), *JOUE* du 30 mars 2010, p. 47.

Le Conseil constitutionnel estime que cette tâche incombe au législateur et à l'autorité réglementaire, dans le respect de leurs compétences respectives²²⁷, conformément aux articles 34 et 37 de la Constitution.

Aussi, les textes précédemment étudiés, qu'ils soient européens ou nationaux, ont servi de jalons à la naissance du droit de mener une vie familiale normale. En effet, sans jamais le nommer expressément, ils ont fourni à la jurisprudence française de précieux instruments en vue de son émergence.

B. L'émergence jurisprudentielle du droit de mener une vie familiale normale

51. Le droit de mener une vie familiale normale, érigé en principe général du droit. – C'est le Conseil d'État, le premier, qui dégage le droit de mener une vie familiale normale – en tant que notion²²⁸. En effet, c'est à l'occasion de son arrêt notoire « Gisti » du 8 décembre 1978²²⁹ relatif au regroupement familial des travailleurs étrangers, qu'il érige ce droit en principe général du droit.

Dans les années 1977, la condition de l'emploi en France inquiète. Le gouvernement décide de suspendre par un décret du 10 novembre 1977, l'application d'un précédent décret du 29 avril 1976 – jugé trop libéral. Ce dernier facilitait le séjour régulier des travailleurs étrangers et de leurs familles en France. Le nouveau décret de 1977 tendait, par conséquent, à limiter les regroupements familiaux aux étrangers ; à moins que ceux-ci ne renoncent à l'obtention d'un emploi sur le territoire national. Le Conseil est saisi de la légalité du décret suspensif par plusieurs syndicats et le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI). Les juges de la Haute juridiction opèrent un contrôle de proportionnalité entre, d'un côté, les mesures nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public et, de l'autre, le droit de toute personne à jouir d'une vie de famille. Aussi, se fondant sur « *des principes généraux du droit, et notamment du Préambule de la Constitution de 1946 [...]* », ils estiment que « *les étrangers résidant en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie de famille*

²²⁷ Cons. const., décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, L. portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et des maladies professionnelles, JO du 1^{er} décembre 2001, p. 145, consid. 19.

²²⁸ Les fondements textuels indispensables à la création de ladite notion préexistait, nous l'avons vu, à l'intervention du juge administratif, V. *supra*, n°48 et s.

²²⁹ CE Ass., 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT et CGT, Lebon*, p. 493 ; *GAJA*, 20^e éd., 2015, n° 83.

normale ». Par cette décision inédite²³⁰, le Conseil d'État fait émerger une notion qui outrepassa largement le simple droit au regroupement familial des étrangers. À vrai dire, il reconnaît à la famille un droit général à l'existence et au développement, dans des conditions matérielles et sociales optimales.

Cependant, il a refusé pendant longtemps de fonder le droit de mener une vie familiale normale sur l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme²³¹. Il se référait donc systématiquement au texte national du Préambule de la Constitution de 1946. Ainsi, le Conseil d'État faisait une stricte distinction entre la source internationale d'une part, et la source nationale d'autre part, du droit à la vie familiale normale. L'arrêt du 25 juillet 1980 du Conseil en fournit une parfaite illustration. Un étranger qui avait commis sur le territoire français des faits de viol, s'apprêtait à être libéré suite à l'exécution de sa peine. Or, il faisait prévaloir son droit à mener une vie familiale normale en France sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne. Le Ministère public estimait que la présence de celui-ci en France représentait toujours un danger pour l'ordre public. Convaincu de cet état de fait, le Conseil d'État a estimé que l'homme ne pouvait « *utilement se prévaloir ni des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme [...], ni du principe général du droit selon lequel les étrangers résidant en France ont le droit de mener une vie familiale normale* » pour demander l'annulation de la mesure d'expulsion à son endroit²³².

Ce n'est qu'à partir de 1989²³³ que le Conseil du Palais-Royal admit la possibilité pour tout individu de faire prévaloir ses droits familiaux sur le fondement de l'article 8 de la

²³⁰ Avant cette décision, le Conseil d'État avait l'habitude de reconnaître des principes généraux du droit sans forcément viser de texte écrit en guise de fondement. Par exemple, il avait déjà eu l'occasion d'affirmer, sans plus de formalisme, que la publicité des débats judiciaires était un principe général du droit, V. CE, 16 janvier 1976, *Dreyfus, Lebon*, p. 46 (« [...] le principe de la publicité des débats judiciaires impose que ceux-ci se déroulent dans un lieu ouvert au public »). Pour plus d'éléments V. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Dalloz, 2015, n° 83, p. 566.

²³¹ En dépit de l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'État s'est refusé - pendant longtemps, à faire application directe des conventions et traités nationaux, et en particulier des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État se retranchait derrière la théorie de la loi-écran pour ne pas avoir à écarter la loi dont l'entée en vigueur était postérieure à celle du traité, V. X. Vandendriessche, «Etrangers. Définitions, principes, orientation », *J.-Cl. Adm.* 2012, fasc. n°233-54, n° 60.

²³² CE, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, *Lebon*, p. 820 ; *JCP éd. G* 1981. II. 19613, note B. Pacteau.

²³³ CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n° 108243, *Lebon*, p. 190, concl. P. Frydman.

Convention européenne²³⁴. Désormais, le Conseil a abandonné toute référence au principe général du droit qu'il avait pourtant lui-même créé.

52. L'anoblissement constitutionnel du droit de mener une vie familiale normale. – À l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, le Conseil constitutionnel s'est approprié la formulation administrative de « droit de mener une vie familiale normale ». Dès lors, il confère au principe général du droit délaissé par le Conseil d'État, une valeur constitutionnelle. En effet, selon le Conseil constitutionnel, « si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ». Or, « [...] figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale »²³⁵.

53. Le droit de mener une vie familiale normale, un droit à portée générale. – Cette décision détient une symbolique forte, en ce qu'elle ne cantonne plus le droit de mener une vie familiale normale au seul droit des étrangers. En effet, ce droit est « reconnu à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »²³⁶. Ce faisant, le Conseil constitutionnel consacre expressément le « droit de mener une vie familiale normale », comme un droit à portée générale s'appliquant à tout individu – ressortissant national ou non.

De plus ici, le Conseil ne se contente pas seulement de reprendre le droit standard à la vie familiale de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Il choisit de faire clairement référence à la notion de « normalité ». Cela dénote bien la spécificité du droit de mener une vie familiale normale. Aussi faut-il déterminer ce que recouvre cette idée de normalité.

²³⁴ En guise d'illustrations, V. CE Sect., 10 avril 1992, *Marzini*, req. n°120573, Lebon, p. 154 s'agissant d'un refus de séjour. Le Conseil d'État a estimé sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que l'ingérence réalisée par l'autorité publique dans la vie privée de l'étranger n'était pas disproportionnée aux buts poursuivis par le refus de séjour ; CE Sect., 10 avril 1992, *Aykan*, req. n° 76945, Lebon, p. 152 s'agissant d'un refus de visa.

²³⁵ Cons. Const. Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, L. relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, consid. 3.

²³⁶ Cons. Const. Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, précité.

§2 - L'avènement du concept de normalité familiale

54. Il convient de rappeler que le droit de mener une vie familiale normale n'est pas un droit intangible ou sacralisé : il est susceptible d'ingérence de la part des autorités publiques (A). D'ailleurs, ce sont précisément les ingérences et contradictions à son encontre qui ont permis de dessiner les contours de la notion de normalité familiale, telle que perçue en droit (B).

A. La liberté de mener une vie familiale normale, un droit susceptible d'ingérence publique

55. **Le droit de mener une vie familiale normale, un droit opposable.** – Le droit de mener une vie familiale est un droit opposable. En effet, tout justiciable peut exciper de cette liberté fondamentale devant les juridictions nationales et européennes, sur le fondement des énoncés textuels et prétoriens précédemment étudiés. Au surplus, ce droit fait naître une obligation de résultat, à l'endroit des instances nationales chargées de définir les conditions de sa mise en œuvre²³⁷.

Par ailleurs, il est un rempart contre les intrusions de l'autorité publique dans la vie privée de l'individu. En effet, le Conseil d'État précise que « *le droit de mener une vie familiale normale constitue une liberté fondamentale* » au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative²³⁸, en ce qu'il a « *pour objet de préserver des ingérences excessives de l'autorité publique, la liberté qu'a toute personne de vivre avec sa famille* »²³⁹.

²³⁷ Cons. Const., décision n°93-325 DC du 13 août 1993, précité, § 21 : « Il appartient au législateur d'apprécier les conditions dans lesquelles les droits de la famille peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public s'agissant d'étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire français » ; CEDH, 13 juin 1979, « Marckx c/ Belgique », req. n° 6833/74, précité, § 45 : « *Le "respect" de la vie familiale ainsi entendue implique, pour l'État, l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports* » ; Cons. const., décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, précité, §19 : « [...] *il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par ces dispositions, les modalités concrètes de mise en œuvre (des dispositions de alinéas 1à et 11 du Préambule de la Constitution de 1946)* ».

²³⁸ Ce texte prévoit que lorsqu'il est saisi d'une demande justifiée par l'urgence, « le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, [...], une atteinte grave et manifestement illégale ». Ce texte déclaratif n'a pas à prime abord vocation à la consécration d'une liberté fondamentale. Le Conseil adopte dès lors un raisonnement déductif ici.

²³⁹ CE, 30 octobre 2001, *Ministère intérieur c/ Nahiba*, req. n° 238211.

56. Le droit de mener une vie familiale normale, un droit non absolu. – Le droit de mener une vie familiale normale n'est, cependant, pas un droit absolu. Celui-ci ne garantit nullement à l'individu une immunité irréfragable face aux lois en vigueur en France. Bien au contraire, il est conçu comme un droit supplétif, voire parfois précaire²⁴⁰. Ainsi, il arrive que l'ingérence des autorités publiques dans l'exercice de ce droit soit autorisée. Le paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme prévoit, en effet, qu' « *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que [celle-ci] est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale [...]* ».

À dire vrai, toutes les fois où l'atteinte portée à la poursuite d'une vie familiale normale constituera un moindre sacrifice par rapport à la prioritaire sauvegarde de l'ordre public interne, ce droit sera écarté. Cela est vérifiable s'agissant du regroupement familial par exemple. Ainsi, lorsque le maintien sur le territoire national n'est pas indispensable à l'expérimentation d'une vie familiale normale, les autorités françaises peuvent y contrevenir. C'est le cas, lorsqu'aucune circonstance ne fait obstacle à ce que l'étranger reconstruise sa vie de famille dans son pays d'origine²⁴¹. L'ingérence du gouvernement sera encore considérée comme justifiée lorsque le ressortissant d'un pays tiers s'est rendu coupable de crime(s) ou de délit(s) sur le territoire français²⁴². En effet, dans cette hypothèse, la contrariété au droit de

²⁴⁰ X. Vandendriessche, «Etrangers. Définitions, principes, orientation », *J.-Cl. Adm.* 2012, fasc. n°233-54, n° 184.

²⁴¹ CE, 22 mai 1992, *Mme Larachi*, req. n°99475, *Lebon*, p. 203. La requérante, de nationalité algérienne, estime que la décision rejetant sa demande de carte de séjour était contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'Etat considère, au contraire, qu'en l'espèce il n'y avait pas violation du droit de mener une vie familiale normale à partir du moment où l'intéressée pouvait emmener son fils mineur avec elle à l'étranger ; Donc, il incombe à l'individu de prouver que la reconstitution de la vie de famille à l'étranger est impossible.

²⁴² La politique intérieure concernant le sort des délinquants de nationalité étrangère est marquée par davantage de sévérité qu'auparavant, V. CE, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, précité ; CEDH, 5 octobre 2000, « Maaouia c/ France », req. n° 39652/98 (un ressortissant tunisien marié à une française et ayant commis sur le territoire national un vol aggravé). L'actualité récente relative au projet avorté de révision constitutionnelle sur la déchéance de nationalité témoigne également de cette intransigeance. Elle ne touche plus seulement les délinquants étrangers mais aussi les nationaux qui commettraient des actes de terrorisme contre leur propre Nation.

mener une vie familiale normale sera perçue comme accessoire, eu égard à la protection des intérêts de la Nation. Il en va de même, si l'intéressé était en situation irrégulière en France²⁴³. Mais, cette ingérence publique peut également être légitimée, s'agissant de la fondation même des couples et des familles. Le terme de « fondation » ici employé ne fait pas tant référence au titre en vertu duquel le couple ou la famille se sont formés. Il s'agit plutôt d'une évaluation de la nature des relations familiales qui se tissent entre les membres du groupe. Or, cette évaluation s'opère essentiellement selon une perception idéologique et sociale de ce qui devrait faire famille.

B. Une construction socio-idéologique de la normalité familiale

57. La normalité familiale est définie (2) dans une société déterminée, par le juge en dernière instance et le législateur en amont (1).

1) Les acteurs de la définition de la normalité familiale

58. Les acteurs de la normalité familiale sont formellement la société (a) puis fondamentalement, le législateur et le juge (b).

a) La société

59. **Une normalité familiale définie dans un contexte social et culturel déterminé.** – La notion de vie familiale normale est intimement liée à la conception que l'on se fait, dans une société démocratique et occidentale, de la notion même de famille. Dès lors, les écueils que présente l'exercice de définition de la normalité familiale sont perceptibles. En effet, on le sait, la famille n'est pas clairement définie en droit – civil comme pénal²⁴⁴. Cependant, les législations internes et internationales apportent en filigrane certains éléments de modélisation de la famille. Sa forme, sa nature et ses fonctions répondent à un certain nombre de préceptes juridiquement déterminés. Or, ces préceptes ne se définissent pas selon une norme sociale réelle, mais selon une norme sociale souhaitable et acceptée.

²⁴³ V. CEDH, 23 mars 1999, « *Chabane Rahmouni c/ France* », req. n° 41721/98. L'étranger qui se trouvait en situation irrégulière en France ne peut se prévaloir de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, lorsque c'est en fraude de la loi qu'il a tissé les attaches familiales qu'il revendique.

²⁴⁴ V. *supra*, n° 29.

De facto, la construction même du concept de normalité familiale a trait à l'idéologie d'un État, à l'identité d'une société et à la culture d'une civilisation. Elle s'ancre au carrefour d'un certain nombre de principes intellectuels, scientifiques, empiriques, politiques et de croyances religieuses et morales inextricables. Ainsi, le Conseil Constitutionnel indiquait-il que « *les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France [...]* »²⁴⁵.

Dès lors se pose la question de savoir qui juge de la normalité ou de l'anormalité de la famille.

b) Le législateur et le juge

60. Le juge. – *A priori*, la détermination de la normalité familiale est affaire de société. En effet, elle sert de ferment à l'observation des pratiques familiales, en même temps qu'elle les régule. De par son œuvre de formalisation et de conformité forte à une norme, la vie en société entraîne une certaine organisation.

Mais tout ce qui relève du social n'est pas forcément souhaitable d'un point de vue juridique. Aussi, il appartient au juge d'effectuer, en dernier ressort, un tri parmi ces pratiques familiales observées ; et de dégager celles qui répondent ou non à une norme familiale autorisée. On le voit clairement à travers la jurisprudence conséquente relative au droit de mener une vie familiale normale. En effet, pour chaque situation familiale individuelle qui leur est soumise, les juridictions nationales et européennes auront à apprécier si celle-ci est digne de protection et conforme à l'idée que l'on se fait d'une vie familiale normale au sein de l'État considéré.

Or, cette appréciation conduit le juge à imprégner matériellement ce concept de sa propre vision de la normalité familiale. La personnalité du juge, ainsi que les valeurs qu'il estime prioritaires au sein de la société, forment dans une certaine mesure son jugement final²⁴⁶. C'est ce qui explique d'ailleurs que l'on puisse retracer une tendance générale dans la jurisprudence d'une juridiction, et en dénoter la position sur telle ou telle question. De même, les fluctuations de cette tendance jurisprudentielle, entre sévérité et indulgence, sont révélatrices d'une subjectivité dans l'appréciation et d'une évolution du système de valeurs du juge. Ainsi,

²⁴⁵ Cons. Const. Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, L. relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, consid. 77.

²⁴⁶ V. E. Salomon, *Le juge pénal et l'émotion*, Thèse de doctorat, Université de Paris II, 2015.

le Conseil d'État a pendant longtemps refusé de reconnaître le concubinage comme créant des effets, au sens de l'article 8 de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En 1995, il estimait que l'arrêté de reconduite à la frontière d'une étrangère vivant maritalement avec un français depuis un an – alors que le couple s'apprêtait à se marier – n'était pas contraire aux articles 8 et 12 de la Convention²⁴⁷. De manière assez illogique en effet, il précisait qu'un tel arrêté ne portait pas atteinte au droit de se marier puisqu'il n'interdisait pas la célébration du mariage²⁴⁸. Aujourd'hui, le juge national – à l'instar du juge européen²⁴⁹ – admet qu'une véritable vie de famille digne de protection puisse dériver d'un concubinage continu et stable²⁵⁰. Cela dépendra surtout de la présence d'enfants nés au sein du couple²⁵¹, voire d'un simple projet ou désir d'enfant²⁵². Toutefois, là encore, il arrive que d'une personnalité à une autre, la décision du juge diverge même en présence d'un enfant à naître²⁵³.

Néanmoins, il ne faudrait pas oublier que le législateur – également – détermine les conditions de la normalité familiale, en France.

61. Le législateur. – Selon le Conseil constitutionnel, « il appartient au législateur d'assurer la conciliation du droit de mener une vie familiale normale avec les exigences de l'ordre public »²⁵⁴. Le législateur est donc le premier compétent pour définir la famille normale. Cependant, cette normalité ne se définit pas de manière autonome. En effet, elle

²⁴⁷ CE, 10 novembre 1995, *Préfet Yvelines c/ Saadia El A.*, req. n°143275.

²⁴⁸ Les effets d'une reconduite à la frontière portent nécessairement atteinte à l'exercice d'une vie familiale normale. L'article 12 de la Convention européenne ne se limite pas au seul droit de se marier. Combiné à l'article 8 de cette convention, il garantit également une assurance pour les époux de pouvoir vivre ensemble et de mener une vie de famille concrète.

²⁴⁹ CEDH, 7 décembre 1987, « Benny Jonsson c/ Suède », req. n° 12495/86.

²⁵⁰ CE, 14 novembre 2001, « Jean Mobie », req. n° 231216. Une mesure d'expulsion à l'encontre d'un congolais vivant, en France, en concubinage avec une congolaise en situation régulière. Postérieurement à la décision de reconduite à la frontière, le couple conclut un PACS. Le Conseil d'Etat estime que la mesure d'expulsion porte une atteinte démesurée à l'article 8 de la Convention. Précisons, ici que l'intéressé avait eu un enfant avec sa concubine. En outre, il assumait l'autorité parentale du premier enfant de cette dernière, né d'une précédente union.

²⁵¹ CE, 14 novembre 2001, « Jean Mobie » », précité ; CE, 6 juin 2003, *Préfet de police c/ Luvangu K.*, req. n°249178 (six ans de concubinage continu duquel sont nés deux enfants et un emploi stable). Démontrant encore la subjectivité dont peut faire preuve le juge dans son appréciation de l'espèce

²⁵² CE, 24 octobre 2001, « Préfet de police c/ Latifa H », req. 230392. Le Conseil constate que l'ancienneté du séjour de l'étrangère et de son concubinage sur le territoire ; que surtout la femme a entrepris depuis plusieurs années, un traitement contre la stérilité en raison d'un désir d'avoir un enfant avec son compagnon.

²⁵³ CE, 28 janvier 2004, « Krikpe Séverin », req. n° 256086. Un homme vivant en concubinage en France depuis trois ans. Sa compagne est enceinte et toute sa famille réside en France. Néanmoins, le Conseil d'Etat estime que la durée de son séjour en France et son concubinage sont récents. Dans une espèce postérieure, le Conseil a pourtant retenu qu'il ressortait bien une vie familiale normale d'une vie commune ayant duré au total deux ans et demi, alors que le couple n'avait pas d'enfant, V. CE, 27 juin 2005, « Mohammed A », req. n° 272707.

²⁵⁴ Cons. Const. Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, L. relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, consid. 19-56.

implique de se reporter à un référentiel prédéterminé, c'est-à-dire le respect de l'ordre public. Dès lors, la famille sera considérée comme normale lorsqu'elle ne portera aucune atteinte aux règles légales de moralité ou de sécurité, considérées comme obligatoires au sein de notre société. En définitive, cela revient pour le législateur à concevoir un « standard familial » qui servira de repère à la protection familiale normale. En effet, il est indispensable d'observer l'existant afin d'appriivoiser l'inconnu.

Ce standard reposera ainsi essentiellement sur les dispositions de droit civil, qui dépeignent la famille au travers des liens d'alliance et de parenté. D'ailleurs, un auteur précisait que « *la vie familiale s'entend à titre principal de l'exercice des liens conjugaux et de filiation* »²⁵⁵. Néanmoins, ce standard familial a considérablement évolué au fil des décennies.

2) Une normalité familiale appréciée au cas par cas

62. L'absence de définition univoque de la normalité familiale. – La famille française traditionnelle de l'Après Guerre n'est pas la famille française du XXIème siècle. Comme nous l'avons précisé, auparavant, le modèle familial standard reposait tout entier sur une famille légitime, composée d'un homme et d'une femme mariés et de leurs enfants communs²⁵⁶. Aussi, les comportements individuels ou communautaires qui ne répondaient pas à ces exigences étaient rapidement rejetés dans l'anormalité. Ils étaient, de ce fait, impropres à fonder un lien familial juridiquement reconnu et protégé.

La normalité familiale n'est pas une notion univoque. Il est impossible d'en donner une définition précise. Mais certaines dispositions légales ou appréciations jurisprudentielles permettent de déterminer quelques-unes de ses composantes. Toutefois, la normalité familiale ne dépend pas seule de la forme familiale. Restreindre la notion à cet aspect serait erroné. En effet, le droit à la vie familiale normale est d'abord la liberté de posséder une vie familiale et intime. Cela implique, ensuite, que cette vie familiale normale soit protégée des ingérences extérieures. Enfin, il faut que cette vie familiale permette à l'individu de développer des liens affectifs avec ses proches ; ces liens devant produire de véritables effets juridiques et sociaux.

²⁵⁵ X. Vandendriessche, «Etrangers. Définitions, principes, orientation», *J.-Cl. Adm.* 2012, fasc. n°233-54, n°194.

²⁵⁶ V. *supra*, n° 30.

Toutefois, on ne peut ignorer que certaines formes familiales ont moins de chance que d'autres d'accéder, en droit interne, à la vie familiale normale. Force est de constater, dès lors, que la normalité familiale s'apprécie différemment en fonction de la situation familiale visée.

a) *La vie familiale normale et la polygamie*

63. La famille polygame jugée anormale en droit interne. – S'il est bien une forme familiale qui est considérée comme juridiquement anormale, c'est sûrement la famille polygame²⁵⁷. Le Conseil Constitutionnel précisait, sans détour, que « *les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie* »²⁵⁸. De telles conditions portent certes une atteinte évidente au droit à la vie privée et familiale de l'intéressé, et au regroupement familial. Néanmoins, elles ne sauraient être considérées comme contraires à la Constitution, pour des raisons d'ordre public.

Cela permet d'apprécier clairement les contradictions entre le « droit à une vie familiale » et le « droit à une vie familiale normale ». Ainsi, certaines pratiques comme la polygamie, sortent du champ du droit à une vie familiale normale. Pourtant, elles entrent parfaitement dans celui du droit à la vie privée et familiale, au sens de l'article 8 de la Convention européenne. La Commission européenne précisait, à ce propos, qu' « *un État contractant ne peut être tenu, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, d'accorder une entière reconnaissance à la polygamie qui est en contradiction avec son propre ordre juridique* »²⁵⁹. Finalement, ce qui fait la différence entre « vie familiale » et « vie familiale normale », c'est l'implication de l'État dans la détermination des conditions d'expérimentation de la seconde. En effet, le « droit à une vie familiale » contient une dimension plus personnelle et exclusive. *A contrario*, l'exercice du « droit à une vie familiale normale » est strictement soumis à la politique législative d'un État.

En somme, la vie familiale ne devient normale que si elle est avalisée par les autorités publiques françaises.

²⁵⁷ Sur les éléments constitutifs de l'infraction, V. *infra*, n°294 et s.

²⁵⁸ Cons. Const. Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, L. relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, consid. 77.

²⁵⁹ La Commission a été saisie de la question de savoir si les États membres, dont le principe matrimonial est celui de la monogamie, étaient obligés de reconnaître des mariages monogamiques célébrés à l'étranger ? Elle répond par la négative. V. Comm. EDH, 6 janvier 1992, *A. et A. c/ Pays-Bas*, req. n° 14501/89 rapportée par P. Hilt, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse du droit français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n° 257, p. 132.

b) *La vie familiale normale et la vie commune*

64. La dissociation entre vie familiale normale et vie commune. – Contrairement au droit européen qui tendait déjà vers davantage d'indulgence vis-à-vis des différentes structures familiales, le droit interne était encore en proie à de profondes inégalités sur le sujet. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme conçoit parfaitement qu'une vie de famille puisse exister même indépendamment d'une vie commune. En atteste la protection du droit de l'enfant d'entretenir des liens affectifs avec le parent à distance, qu'il soit enfant légitime²⁶⁰ ou naturel²⁶¹. La Cour estime en effet, que « *la notion de famille sur laquelle repose l'article 8 inclut, même en l'absence de cohabitation, le lien entre un individu et son enfant, que ce dernier soit légitime ou naturel* »²⁶².

Le droit français lui, accuse un certain retard en la matière. En effet, la conception française de la normalité familiale reste très restrictive. Il faut bien garder présent à l'esprit que notre ordre juridique n'accorde pas toujours les mêmes droits aux différentes structures familiales. Ainsi, le droit interne fait une stricte distinction entre une **vie de couple**, qui se matérialise principalement par la communauté de vie, et la **vie familiale**. Dès lors, le Conseil constitutionnel fait de la vie commune une condition *sine qua non* du PACS. Selon lui, « *cette notion ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; [elle] suppose, outre une résidence commune, une vie de couple* »²⁶³.

En revanche, il n'estime pas nécessaire de réformer la législation sur le droit de la filiation dans ce domaine²⁶⁴. Ainsi, l'enfant verra toujours sa filiation établie soit à l'égard de ses deux

²⁶⁰ CEDH, 19 février 1996, *Gül c/ Suisse*, req. n° 23218/94 (existence d'une vie familiale entre un père parti en mission humanitaire et son fils).

²⁶¹ CEDH, 24 avril 1996, *Boughanemi c/ France*, req. n° 22070/93 (existence d'une vie familiale entre le père et l'enfant qu'il a reconnu malgré une séparation due à l'expulsion du requérant).

²⁶² CEDH, 24 avril 1996, *Boughanemi c/ France*, précité. Cette position européenne est d'ailleurs très ancienne, V. CEDH, 13 juin 1979, « *Marckx c/ Belgique* », req. n° 6833/74, § 31 ; « *En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 [de la convention européenne des droits de l'homme] présuppose l'existence d'une famille. [...] L'article 8 ne distingue pas entre famille "légitime" et famille "naturelle". Pareille distinction se heurterait aux mots "toute personne" de l'article 8 [...]* ».

²⁶³ Cons. Const., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, JO du 16 novembre 1999, p. 16962, consid. 26 : « [...] *la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; [elle] suppose, outre une résidence commune, une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage* ».

²⁶⁴ Cons. Const., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, précité, consid. 78.

parents biologiques, partenaires d'un pacte ; soit à l'égard d'un seul d'entre eux (en cas de recomposition familiale). On en déduit clairement que si la vie commune scelle une vie de couple, elle n'offre pas pour autant un droit à une vie familiale normale, à proprement parler. Un tel constat est d'autant plus patent s'agissant de l'adoption simple.

c) La vie familiale normale et l'adoption simple

65. Une autorité parentale strictement soumise au mariage entre adoptant et parent de l'adopté. – L'article 365 du code civil prévoit que l'adoption simple n'entraîne un partage de l'autorité parentale entre l'adoptant et le parent de l'adopté, que si ceux-ci sont mariés. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité selon laquelle une telle disposition serait contraire au droit de mener une vie familiale normale et au principe d'égalité devant la loi²⁶⁵, le Conseil constitutionnel statue de la façon suivante²⁶⁶.

Il estime d'une part, que « le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive ». Il précise, d'autre part, que le législateur s'est contenté – dans le cadre de ses compétences définies par l'article 34 de la Constitution – de relever que la différence de situation entre les couples mariés et les autres couples justifiait cette différence de traitement quant à la filiation adoptive, dans l'intérêt de l'enfant.

d) La vie familiale normale et la procréation médicalement assistée

66. Procréation médicalement assistée et incohérences législatives. – Cette particularité susvisée quant à l'adoption peut étonner quand on sait qu'*a contrario*, la loi octroie un accès à la procréation médicalement assistée aux couples mariés, mais également aux couples justifiant d'une vie commune d'une durée d'au moins deux ans²⁶⁷. En effet, l'adoption comme la procréation médicalement assistée contribuent finalement, toutes deux, à

²⁶⁵ Les requérantes regrettaient en effet que « [...] l'article 365 du code civil prive l'enfant mineur de la possibilité d'être adopté par le partenaire ou le concubin de son père ou de sa mère », et que ce faisant il interdisait toute « reconnaissance juridique du lien social de filiation préexistant », Cons. const., décision n°2010-39 QPC du 6 octobre 2010, « Mmes Isabelle D et Isabelle B », JO du 7 octobre 2010, p. 18154, consid. 4.

²⁶⁶ Cons. const., décision n°2010-39 QPC du 6 octobre 2010, consid. 8-9, précité.

²⁶⁷ Art. L. 2141-2 du CSP.

l'établissement d'un lien de filiation. Néanmoins, contrairement à l'adoption qui peut constituer un projet solitaire²⁶⁸, la procréation médicalement assistée est une démarche qui, d'emblée, se conçoit conjointement et en concertation.

Aussi, la loi française n'octroie-t-elle ce droit qu'aux personnes en couple, à l'exclusion des personnes célibataires²⁶⁹. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique précise expressément que « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple* ». Cette assistance médicale ne vient qu'en soutien d'une procréation naturelle et biologique défectueuse, en raison d'une infertilité ou d'une maladie particulièrement grave qu'il est souhaitable de ne pas transmettre à l'enfant.

Ainsi, même en cas d'intervention d'un tiers donneur, celui-ci ne se voit accorder aucun rôle dans la famille. Le lien de filiation est fictivement rattaché aux seuls membres du couple. La famille ainsi formée est considérée comme normale aux yeux de la loi française.

Mais alors, que dire lorsque la procréation médicalement assistée est refusée spécifiquement au couple homosexuel, même marié ?

e) La vie familiale normale et la famille homoparentale

67. Généralités. – La famille homoparentale demeure une famille à part. Bien que le législateur consente à lui reconnaître certains droits essentiels à sa formation²⁷⁰, elle demeure victime d'une présomption d'anormalité. En effet, de tout temps, a été remise en cause la capacité des personnes de même sexe à apporter à un enfant un environnement familial stable et équilibré, à pourvoir à son éducation et à son bon développement. Cette suspicion émanait non seulement de l'opinion publique, mais aussi des institutions sociales, administratives et normatives²⁷¹.

²⁶⁸ Art. 343-1 du C. civ.

²⁶⁹ Le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes avait d'ailleurs formulé plusieurs recommandations à l'attention du Gouvernement en 2015. Il demandait notamment que soit étendue l'ouverture de la PMA aux femmes célibataires et homosexuelles, V. Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (Hcefh), *Contribution au débat sur l'accès à la PMA*, Avis n° 2015-07-01-SAN-17, 26 mai 2015, recommandation n°1 [En ligne : http://haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce_avis_no2015-07-01-san-17.pdf].

²⁷⁰ Nous pensons au mariage et à l'adoption ici, V. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* du 18 mai 2013, p. 8253 ; V. *infra*, n°69.

²⁷¹ V. *infra*, n°68.

Ainsi, les entraves à l'adoption d'un enfant par un homosexuel célibataire étaient nombreuses ; tandis que l'adoption d'un enfant par un couple homosexuel était légalement impensable.

68. Les obstacles à l'adoption par un célibataire homosexuel. – La législation civile prévoit qu'un individu seul puisse adopter un enfant²⁷². Toutefois, l'exercice d'une telle prérogative posait davantage question lorsque l'adoptant était homosexuel. Dans un premier temps, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, face à « *une absence totale de consensus sur l'opportunité de permettre à un célibataire homosexuel d'adopter un enfant* »²⁷³, il ne lui appartenait pas de se substituer aux États pour trancher une polémique aussi délicate. Elle décidait, dès lors, de s'en remettre à l'appréciation des autorités publiques internes dans ce domaine. Ainsi, dans l'affaire Fretté, un homosexuel s'est vu opposer un refus d'agrément en vue d'une adoption, en raison de ses « *choix de vie* » et « *ses difficultés pour projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant* »²⁷⁴. Les autorités françaises relevaient que seul l'intérêt supérieur de l'enfant sous-tend l'admission ou non d'une adoption ; que dès lors, en l'état des savoirs sur l'homoparentalité à cette époque, il n'existait aucune certitude concernant les conséquences éventuelles d'une telle adoption sur « *le développement psychologique et la vie future de l'enfant* ». Aussi, la Cour dut-elle conclure qu'une telle différence de traitement n'était pas contraire aux articles 14 et 8 de la Convention européenne combinés, parce que proportionnée et raisonnable compte tenu des buts qu'elle poursuivait²⁷⁵.

Dans un deuxième temps, la Cour européenne a été amenée à revoir sa position dans une décision notoire du 22 janvier 2008²⁷⁶. La requérante, une institutrice de maternelle, vit en couple depuis plusieurs années avec une autre femme. Désireuse d'adopter, elle dépose auprès du Conseil général, une demande d'agrément à cet effet. Sa compagne ne souhaitant pas s'engager davantage dans cette démarche d'adoption, c'est en tant que personne célibataire que la requérante agit. Cependant, suite à une enquête sociale ayant abouti à plusieurs avis défavorables, son agrément à l'adoption lui est refusé. Les motivations de ces avis, sans jamais mentionner explicitement l'homosexualité de la requérante, portent sur deux points.

²⁷² Art. 343-1 du C. civ.

²⁷³ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 36 *in fine*.

²⁷⁴ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 36.

²⁷⁵ À savoir la protection de la santé et des droits de l'enfant susceptible d'être adopté.

²⁷⁶ CEDH, 22 janvier 2008, « *Emmanuelle B. c/ France* », req. n°43546/02.

D'une part, il s'agit de l'absence de référents paternels susceptibles de favoriser le développement harmonieux d'un enfant ; et d'autre part, de l'imprécision de la place de la compagne dans la vie de l'enfant, préjudiciable à l'acquisition de repères par celui-ci.

Saisie par la requérante, s'estimant victime de discrimination à raison de sa sexualité, la Cour européenne ne s'attarde pas sur l'opportunité ou non d'une adoption homosexuelle. Néanmoins, elle met l'accent sur l'ambiguïté et l'hypocrisie des autorités françaises. En effet, elle estime que l'argument portant sur l'investissement réel de la compagne dans l'éducation et l'accueil de l'enfant est justifié, au regard de son intérêt supérieur²⁷⁷. En revanche, elle s'interroge sur le bien-fondé du premier motif, relatif à la présence d'un référent maternel ou paternel, au foyer ou dans l'entourage du demandeur. Un tel motif aboutit finalement à vider de sa substance, le droit pour une personne célibataire d'adopter seule, sur le fondement de l'article 343-1 du code civil²⁷⁸. La Cour considère par ailleurs, que ces deux motifs dégagés par les autorités françaises devaient être pris en compte comme formant un tout ; que dès lors, le caractère partial du premier motif viciait le bien-fondé du second.

Partant, le refus d'agrément à une demande d'adoption qui se fonderait essentiellement sur l'homosexualité du demandeur, doit être considéré comme arbitraire et discriminant, au sens des articles 14 et 8 de la Convention. Cependant, l'interprétation de cette jurisprudence pourrait être perçue comme bien moins glorieuse. En effet, ici la Cour européenne ne contredit pas sa première jurisprudence « *Fretté* ». Dans le principe, elle ne consacre pas le droit du célibataire homosexuel à former une famille, par le biais de l'adoption. Elle ne déclare pas davantage que cette adoption serait conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Elle constate seulement que l'argument employé par les autorités françaises, en l'occurrence, était inapproprié et peu objectif. Par conséquent, il leur est loisible de continuer à retenir un raisonnement plus spécieux, afin d'invalider ces adoptions.

69. Le nouveau régime lacunaire d'adoption par le couple homosexuel. – Il fallut attendre la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 pour que l'accès à l'adoption soit ouvert aux

²⁷⁷ En effet, il est normal que les autorités s'assurent que l'enfant adopté trouve sa place au sein d'un foyer déjà formé par l'adoptant avec un(e) partenaire, V. CEDH, 22 janvier 2008, « *Emmanuelle B. c/ France* », req. n°43546/02, § 76.

²⁷⁸ Allant plus loin, la Cour relève que les autorités françaises n'ont pas été en mesure de présenter des statistiques pour justifier qu'elles recouraient à un tel motif, peu importe l'orientation sexuelle du demandeur célibataire. Cela dit-elle, aurait permis de se convaincre qu'il n'y avait point de discrimination en l'espèce. Ce faisant, elle indique clairement aux autorités françaises, son absence de naïveté, V. CEDH, 22 janvier 2008, « *Emmanuelle B. c/ France* », précité, §74.

couples de personnes de même sexe (articles 6-1, 343 et suivants modifiés du code civil). De même, le conjoint homosexuel du père ou de la mère de l'enfant peut désormais adopter celui-ci (article 345-1, 1° bis nouveau du code civil).

Toutefois, la décision du Conseil constitutionnel, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi, peut prêter à confusion. En effet, on pourrait penser qu'en déclarant la loi de 2013 conforme à la Constitution, le Conseil reconnaît au couple homosexuel un droit de mener une vie familiale normale. Mais la réalité est tout autre. Pour preuve, il s'est contenté de démontrer que l'adoption par deux personnes de même sexe n'est pas contraire au droit de l'enfant de mener une vie familiale normale²⁷⁹. Bien que subtile, la différence de raisonnement est palpable. Il ne s'agit pas là de consacrer un « droit à l'enfant » au profit des couples homosexuels ; mais de déterminer objectivement si l'adoption par un couple homosexuel est conforme ou non à l'intérêt supérieur de l'enfant.

De plus, si cette évolution est considérable, elle creuse encore les inégalités entre les couples homosexuels mariés et ceux qui ne le sont pas. Il s'agit d'une confirmation supplémentaire du fait que la vie commune ne confère pas nécessairement, en France, un droit à la famille normale²⁸⁰. Seules la parenté et/ou l'alliance le pourraient. En outre – en raison de la pression sociale qui a entouré l'adoption de ce texte ; et parce que les mentalités n'y étaient pas préparées – le législateur dut renoncer à ouvrir la procréation médicalement assistée à ces couples²⁸¹. Il en va de même, pour la gestation pour autrui qui demeure illégale en France²⁸².

²⁷⁹ Cons. const., décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* du 18 mai 2013, p. 2013, consid. 46-55. Les détracteurs de la loi rétorquaient qu'autoriser une adoption par un couple homosexuel porterait atteinte au droit de l'enfant de mener une vie familiale normale et à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Ils soutenaient également que l'adoption plénière de l'enfant par deux personnes de même sexe ne permettait pas de préserver le secret de l'adoption en faisant entrer l'enfant dans sa nouvelle famille comme un enfant « biologique ». Cela porterait donc atteinte à la vie privée de l'enfant. Dans un premier temps, le Conseil Constitutionnel précise qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur. Or, celui-ci a estimé que l'homosexualité des adoptants ne faisait pas obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive. Dans un deuxième temps, il rétorque que le droit au respect de la vie privée n'implique pas une dissimulation du caractère adoptif de la filiation. Enfin, il relève que les articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles soumettent au même titre, les couples hétérosexuels et les couples homosexuels, à l'exigence de l'agrément préalable délivré par les autorités administratives. Par conséquent, la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant sera toujours pareillement évaluée.

²⁸⁰ V. *supra*, n° 64.

²⁸¹ Art. 6-1 du C. civ. : « *Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* ». Or ce titre contient une section 3 relative à l'assistance médicale à la procréation.

Le Conseil constitutionnel estime, en effet, que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que des situations différentes soient traitées de manière différente par le législateur. Or, au regard de la procréation, il précise que « *les couples formés d'un homme et d'une femme sont [...] dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe* »²⁸³.

f) La vie familiale normale, le transsexualisme et la « transparentalité »

70. Un statut familial encore imparfait. – Le transsexuel a acquis le droit, depuis de nombreuses années, de faire modifier la mention de son sexe sur son état civil²⁸⁴. Une telle avancée aurait dû logiquement conduire à une définition du statut familial du transsexuel. Pourtant, pendant longtemps, le droit du transsexuel au mariage et à la formation d'une vie de famille est resté en jachère. Face à l'inertie du législateur, seules la jurisprudence et la doctrine se sont exprimées sur les conséquences familiales de la conversion sexuelle de l'intéressé.

Cela revenait en définitive à questionner la normalité de la situation familiale du transsexuel. À ce sujet, si la liberté matrimoniale du transsexuel pose peu de problèmes aujourd'hui, en revanche l'établissement ou le maintien de ses liens filiaux avec ses enfants semblent moins certains.

71. Une liberté matrimoniale strictement encadrée. – Le transsexuel dispose, depuis 2002, d'un droit de se marier avec une personne d'un genre identique à son genre d'origine²⁸⁵.

²⁸² Art. 16-7 du C. civ. : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

²⁸³ Cons. const., décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, précitée, consid. 44.

²⁸⁴ CEDH, 25 mars 1992, *Botella. c/ France*, req. n° 13343/87, D. 1993. 101, note J.-P. Marguénaud. La Cour de Strasbourg ne se fonde pas, à l'instar des juges français sur le principe d'indisponibilité des personnes ; mais, sur le droit à la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Sur ce fondement, elle estime que le droit à la vie privée implique également un droit à l'« *épanouissement personnel et social* ». Or, devoir présenter sans cesse des documents administratifs faisant mention d'un sexe différent à l'apparence réelle du transsexuel, est contraire à son épanouissement ; CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, « *Goodwin c/ Royaume-Uni* », req. n° 28957/95, D. 2003. 525, obs. J.-F. Renucci. La même année, l'assemblée plénière de la Cour de cassation se rallie à cette jurisprudence, V. Cass., Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11. 900, Bull. A.P. n° 13, p. 27 (le principe d'indisponibilité des personnes ne fait pas obstacle à ce que l'état civil mentionne désormais le sexe dont le transsexuel a l'apparence). Toutefois, encore aujourd'hui, cette modification de l'état civil reste soumise à de nombreuses conditions contraignantes pour les « *transidentitaires* » (une hormonothérapie et une ablation des organes génitaux puis d'une reconstruction des organes, une expertise judiciaire attestant de la réalité et de l'irréversibilité des interventions médicales).

²⁸⁵ La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une vision non plus biologique, mais sociologique du sexe, V. CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, précité. Mais cela n'a pas toujours été le

En effet, seul le sexe apparent de l'individu compte. Dans ces circonstances, le mariage transsexuel prenait les allures d'une union hétérosexuelle conforme au droit²⁸⁶. La situation était, en revanche, plus polémique lorsque le transsexuel était déjà marié avant son changement de sexe. Compte tenu de la prohibition du mariage entre deux personnes de même sexe, les juges retenaient que l'union antérieure ne pouvait subsister à la conversion sexuelle de l'intéressé. Trois voies lui étaient dès lors proposées. La première consistait dans le maintien du mariage antérieur, à condition que le changement de sexe n'ait aucune incidence sur les liens familiaux de l'individu. Ainsi, si le transsexuel pouvait obtenir modification de son propre état civil, il en allait différemment de son acte de mariage ou de l'état civil de ses enfants²⁸⁷. La deuxième résidait dans la dissolution du mariage par un divorce pour faute. En effet, lorsque le transsexuel n'avait pas informé son conjoint de son projet de conversion et des interventions médicales – ou qu'il était passé outre son désaccord – il est arrivé que certains juges considèrent comme caractérisée, la violation grave et répétée aux obligations du mariage²⁸⁸. Enfin, les juges peuvent proposer au transsexuel qui souhaite rester en couple, une mutation de son mariage en un partenariat²⁸⁹.

cas. Avant cette décision, la Cour européenne des droits de l'homme retenait que le droit de se marier faisait référence au « mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent » au sens de l'article 12 de la Convention, V. CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, req. n° 31-32/1997/815, § 66.

²⁸⁶ Toutefois, le transsexuel ne doit pas avoir dissimulé à son conjoint son changement de sexe, sous peine de nullité de l'union, pour erreur sur les qualités substantielles, V. Poure, « Vers un statut familial de la personne transsexuelle ? », *Recherches familiales*, vol. 1, n° 10, 2013, p. 177.

²⁸⁷ CA Rennes, 16 octobre 2012, RG n° 11/08743, *RTD civ.* 2013. 85, obs. J. Hauser ; Le Tribunal de grande instance de Brest (jugement attaqué) avait lui opté pour interdire toute modification de l'état civil des personnes mariées, V. TGI Brest, 15 décembre 2011, *RTD civ.* 2012. 502 ; *AJ fam.* 2012. 349, obs. B. de Boysson. Cette décision simplifiait le problème à la base, mais aurait été peu conforme à la jurisprudence européenne relative au respect de la vie privée du transsexuel.

²⁸⁸ CA Nîmes, 7 juin 2000, *Dr. fam.* 2001. 4, obs. H. Lécuyer ; *RTD. civ.* 2001. 335, obs. J. Hauser. Retenir une faute imputable au transsexuel en raison de son transsexualisme semble quelque peu dérangent. De plus, le divorce pour faute ne permet pas de prendre en compte les cas où le conjoint du transsexuel est tout à fait d'accord avec sa conversion. Au divorce pour faute, la doctrine préférerait donc le nouveau divorce pour altération définitive du lien conjugal ou le divorce par consentement mutuel, V. V. Poure, « Vers un statut familial de la personne transsexuelle ? », *Recherches familiales*, vol. 1, n° 10, 2013, p. 179 ; J. Hauser, « Nullité, caducité, divorce : le sort du mariage du transsexuel », *RTD. civ.* 2001. 335. Mais la doctrine avait également retenu que la dissolution du mariage pouvait découler de sa caducité, le mariage en tant qu'acte juridique valablement formé ayant perdu postérieurement un élément essentiel à sa validité. La caducité a le mérite, de plus, de ne pas anéantir le mariage, V. J. Hauser, « Transsexualisme et mariage : le heurt entre la liberté et la définition du mariage », *RTD. civ.* 2013. 85.

²⁸⁹ CEDH, Gr. Ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, req. n° 37359/09, *RTD. civ.* 2014. 831, obs. J.-P. Marguénaud. La loi finlandaise admet certes le changement de sexe sur l'état civil du transsexuel. En revanche, n'autorisant pas le mariage homosexuel, elle prohibe également toute subsistance du mariage antérieur au changement de sexe d'un des conjoints. S'agissant d'un homme qui a changé de sexe mais souhaite rester marié à son épouse, la Cour européenne estime que le dispositif finlandais n'est pas disproportionné puisqu'il propose des alternatives au transsexuel. L'une d'entre elles – le partenariat – est considérée comme « une option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage ».

Le législateur est venu mettre fin, de manière indirecte, à ces hésitations jurisprudentielles, à travers l'adoption de la loi du 17 mai 2013 énoncée précédemment. Désormais, plus rien ne fait obstacle à ce que le transsexuel se marie ou qu'il choisisse – en accord avec son époux – de maintenir son mariage postérieurement à son changement de sexe²⁹⁰.

72. Des droits réduits en matière de filiation. – S'agissant des liens entre le transsexuel et ses enfants, ceux-ci ne sont pas remis en cause s'ils préexistent à la conversion sexuelle de l'individu²⁹¹. Une telle solution est d'ailleurs tout à fait logique au regard de la protection de la vie privée du transsexuel, en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁹². Néanmoins, l'établissement d'un lien de filiation, par une personne dont la transition sexuelle serait définitive, est plus complexe. En effet, en l'absence de mariage, le transsexuel masculin devenu femme ne pourra pas procéder à une « reconnaissance maternelle » de son enfant, cette dernière étant « *contraire à la vérité biologique* »²⁹³. En réalité, l'obstacle à cette reconnaissance se justifie dans le cas où l'enfant ferait déjà l'objet d'une reconnaissance maternelle préalable²⁹⁴.

Toutefois, rien ne semble s'opposer à ce que le transsexuel adopte – avec son conjoint ou seul – un enfant, conformément aux articles 346 et 345-1 du code civil. De même, la procréation médicalement assistée ayant pour objectif de remédier à une infertilité du couple, le transsexuel et son compagnon (concubin ou conjoint), devraient pouvoir y recourir²⁹⁵. Il s'agira concrètement de l'hypothèse d'une femme devenue homme, mais non dotée encore des organes de reproduction masculins. Cependant, on pourrait objecter ici que dans ce cas, la stérilité du transsexuel est non pas subie, mais provoquée. Dès lors, ce couple serait placé dans une situation différente à celle des autres couples hétérosexuels.

Ainsi, puisqu'aujourd'hui, les couples homosexuels peuvent se marier, rien ne semble justifier qu'ils ne puissent pas accéder à l'assistance médicale, quand les couples transsexuels

²⁹⁰ J.-J. Lemouland et D. Vigneau, « Droit des couples », *D.* 2014, p. 1343.

²⁹¹ Toutefois, il a été jugé que le droit de visite du parent transsexuel pouvait être restreint, lorsque « [son] instabilité émotionnelle, suite à son changement de sexe, est susceptible de perturber l'intégrité psychique et le développement de la personnalité du mineur », CEDH, 30 novembre 2010, P. V. c/ Espagne, req. n°35159/09.

²⁹² CEDH, 25 mars 1992, *Botella. c/ France*, précité ; CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, précité.

²⁹³ Cass. civ. 1, 18 mai 2005, pourvoi n°02-16. 336, Bull. civ. n° 211.

²⁹⁴ L'article 316 du code civil interdit que soit établie une double filiation maternelle ou paternelle.

²⁹⁵ Art. L. 2141-2 du CSP ; Y. Favier, « Actes de l'état civil », *Rép. civ. Dalloz* 2016, n°265 ; V. Poure, « Vers un statut familial de la personne transsexuelle ? », *Recherches familiales*, vol. 1, n° 10, 2013, p. 181.

eux le peuvent. Par conséquent, on le voit, les statuts familiaux – tant du transsexuel que de l’homosexuel – sont encore incomplets. Ils méritent d’être davantage précisés, en particulier s’agissant de la procréation médicalement assistée.

73. Observation générale. – « Le droit au respect d'une "vie familiale normale" ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille »²⁹⁶. Cela synthétise bien la conception que se fait notre ordre juridique du droit de mener une vie familiale normale. La conséquence de cette vision est la suivante : si la loi ne reconnaît pas le groupe comme formant une famille, elle ne lui reconnaît pas davantage de droit à mener une vie familiale normale. Or, à défaut d’une normalité familiale, la protection juridique de la structure familiale visée ne sera que parcellaire.

Un tel raisonnement peut contenir une part d’arbitraire préjudiciable. Ceci doit nous conduire à exclure ce critère de protection de la famille, en droit pénal.

Section II. La normalité familiale, un critère insatisfaisant en droit pénal

74. Le critère de normalité familiale est premièrement inadapté à la logique pénale (§1) et, deuxièmement, dépourvu de toute fiabilité scientifique (§2).

§1 - Un critère inadapté à la logique pénale

75. En raison des enjeux du droit pénal, c’est-à-dire le prononcé de peines plus ou moins sévères en réponse à un trouble causé aux valeurs fondamentales de la société, les paradigmes sur lesquels se fondent la répression doivent être clairs. Tel n’est pas le cas du paradigme de normalité familiale, tel que défini en droit (A). Au surplus, ce dernier n’a que peu d’impact en droit pénal (B).

A. L’absence de clarté du paradigme de normalité familiale

²⁹⁶ CEDH, 13 juin 1979, « *Marckx c/ Belgique* », req. n° 6833/74, § 31 ; CEDH, 26 février 2002, « *Fretté c/ France* », req. n°36515/97, § 32.

76. Un paradigme privé d'efficacité. – Le concept de normalité familiale est inadapté à la finalité qu'il poursuit. La normalité désigne « *l'état ou le caractère de ce qui est conforme à la norme ; de ce qui est considéré comme l'état normal* »²⁹⁷. De ce point de vue, il serait donc possible d'englober sous le paradigme de « normalité familiale », tant les formes que les fonctions de la cellule familiale. En effet, les unes comme les autres aboutissent au même résultat, c'est-à-dire répondre aux qualités attendues d'une famille dans une société occidentale démocratique. Aussi, certains auteurs n'hésitaient pas à englober sous le même vocable de « normalité », à la fois un contrôle *a priori* des familles relatif à leurs formes et un contrôle principal des familles relatif à leurs fonctions²⁹⁸. Cette vision binaire de la normalité est d'ailleurs largement imputable à l'imprécision qui entache la construction juridique initiale du concept même de « vie familiale normale ».

Cependant, une telle confusion terminologique comporte certains risques. En effet, l'inconvénient d'englober sous le même critère de normalité – deux indices différents d'appréciation de la santé familiale – est qu'il devient rapidement inefficace. Dès lors, parce que peu représentatif et peu clair, ce critère conduit irrémédiablement à des dérives d'interprétation et de partialité. Ainsi, alors que la normalité familiale devrait être comprise, avant tout, comme le droit de vivre en famille, les juges y rangent des stigmatisations sociales parfois erronées.

De plus, « normalité » et « fonctionnalité » ne renvoient pas tout à fait aux mêmes réalités. La notion de la fonctionnalité est plus rigoureuse – plus précise – que celle de la normalité. Elle décrit concrètement l'aptitude d'une chose ou d'un système à remplir une fonction. Aussi, bien plus qu'à une norme abstraite, la fonctionnalité renvoie à une utilité tangible et observable. Parler de fonctionnalité familiale ne consiste pas à dire – selon une approche moralisatrice – si une famille est « bonne » ou « mauvaise ». Elle doit permettre de déterminer si elle est fonctionnelle ou dysfonctionnelle.

L'intérêt d'une approche fonctionnelle de la famille est donc certain. Elle permet de se détacher des qualités et statuts juridiques des membres de la famille – et en particulier des parents – pour ne considérer que leurs aptitudes familiales concrètes (éducatives, matérielles et affectives). L'évaluation de ces aptitudes ne reposent pas sur des préconçus, mais sur une

²⁹⁷ Grand Larousse Encyclopédique en 10 volumes, Librairie Larousse, 1960, « Normalité ».

²⁹⁸ E. Millard, *Famille et Droit public. Recherches sur la constitution d'un objet juridique*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin-Lyon III, 1994, p. 223, n° 225.

identification empirique des places et rôles que la cellule familiale a occupé, dans une unité de temps quantifiable et significative. Ainsi, comme nous le verrons plus avant, les fonctions classiques de la famille française ont considérablement évolué entre 1945 et aujourd'hui²⁹⁹. De cela, ressort une dynamique manifeste des relations familiales, pouvant constituer un outil normatif fiable, notamment en droit pénal.

B. L'indifférence du paradigme de normalité familiale en droit pénal

77. Le caractère inopérant du critère de normalité familiale en droit pénal. – Le droit pénal ne raisonne pas en termes de normalité ou d'anormalité familiale. En effet, dans le second temps de cette étude, nous pourrions constater que le droit pénal est une discipline caractérisée par sa neutralité vis-à-vis des choix familiaux et intimes des individus³⁰⁰. Néanmoins, à ce stade, nous pouvons déjà relever que – s'agissant de la répression des infractions telles que les violences volontaires³⁰¹, les agressions sexuelles³⁰² ou le harcèlement moral³⁰³, le Code pénal assimile au conjoint (auteur ou victime), le concubin et le partenaire lié par un PACS. Ainsi, l'aspect formel de la famille ne tient qu'une place limitée, en droit pénal.

Par ailleurs, la normalité familiale est un critère trop figé pour rendre compte de l'étendue de la protection pénale s'agissant de la famille. En effet, faire le choix de se reporter à un modèle familial défini équivaut à prendre le risque de voir échapper à la répression, certains actes familiaux répréhensibles. Par exemple, la loi pénale ne saurait ignorer les violences conjugales commises au sein de couples de concubins ou de partenaires liés par un PACS, sous prétexte qu'ils ne sont pas mariés. Ainsi, faire référence aujourd'hui à une « famille légitime » n'a plus grand intérêt, tant la conception de celle-ci a été bouleversée. Or, en l'absence d'une norme de départ claire, il paraît difficile de définir une normalité familiale.

En somme, le critère de protection de la famille – retenu en droit pénal – doit présenter une grande flexibilité, afin de favoriser une adaptation rapide et réaliste de la loi pénale aux mœurs.

²⁹⁹ V. *infra*, n°81 et s.

³⁰⁰ V. *infra*, n°365.

³⁰¹ Art. 222-8, 6° ; 222-10, 6° ; 222-12, 6° ; 222-13, 6° et 222-14 du C. pén.

³⁰² Pour le viol, art. 222-24, 11° du C. pén. ; pour les agressions sexuelles autres que le viol, art. 222-28, 7° du C. pén.

³⁰³ Art. 222-33-2-1 du C. pén.

§2 - Un critère dépourvu de fiabilité scientifique

78. Les limites à la fiabilité du critère de normalité familiale. – Les sciences criminelles sont des disciplines tentaculaires. En effet, elles ne font pas intervenir que des connaissances et des données de technique pénale pure. Elles constituent un condensé de savoirs pluridisciplinaires. Ainsi, un même phénomène criminel peut être appréhendé selon des dimensions morale, psychologique, sociologique et pénale³⁰⁴. Or, lorsqu’il s’agit de juger de la normalité ou de l’anormalité d’un système, nul ne peut prétendre à l’objectivité ou à la certitude. Deux séries de limites à la fiabilité du critère de normalité familiale peuvent être citées. La première tient à la personnalité de l’observateur chargé d’apprécier la normalité – qu’il s’agisse du juge, du législateur ou de l’acteur social (psychologue ou psychiatre, travailleur social) (A). La deuxième est liée à l’évolution du contexte social de définition de la normalité familiale (B).

A. La limite subjective à la fiabilité du critère de normalité

79. La personnalité de l’observateur. – Comme nous l’avons vu précédemment, le jugement de l’observateur peut être influencé ou faussé par plusieurs facteurs. On pense ici à la défense de ses propres valeurs, l’éducation qu’il a lui-même reçue, ses croyances religieuses ou spirituelles personnelles, ou encore tout simplement un certain conformisme social.

Dès lors, le concept de normalité apparaît particulièrement subjectif et aléatoire. Ainsi, il est arrivé que la réprobation de certaines structures familiales ne repose sur aucun fait scientifique avéré ; mais uniquement sur une crainte de l’inconnu. Cette crainte se traduirait – pour les autorités publiques particulièrement – par une perte de contrôle sur l’évolution des pratiques individuelles et sociales. À titre d’exemple, jusqu’aux années 2000, l’homoparentalité était étudiée – par les scientifiques (cliniciens, thérapeutes, psychologues, psychanalystes, sociologues) selon une approche purement comparative. Une telle étude s’évertuait finalement à démontrer, à l’appui d’une nomenclature hétéronormative, les carences d’un modèle homoparental par rapport à une famille légitime qualifiée de « *gold*

³⁰⁴ M.-C. Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., Paris, Ellipses, 2016, p. 6-13.

standard »³⁰⁵. Plusieurs hypothèses ont été formulées à l'encontre de la famille homoparentale. En effet, les scientifiques craignaient qu'il existe à l'intérieur de ces familles, un risque plus important d'abus sexuels envers les enfants du foyer, confondant ainsi homosexualité et pédophilie. Ils s'inquiétaient également du terrain favorable au développement de pathologies mentales chez les personnes homosexuelles³⁰⁶ ou du caractère fondamentalement instable et précaire des couples de même sexe. Quant à l'enfant élevé au sein d'un foyer homoparental, ils redoutaient que, faute d'une altérité sexuelle marquée dans son schéma parental, il ne devienne lui-même homosexuel. Cela sous-entendait implicitement qu'il deviendrait à son tour un sujet à risque. La famille homosexuelle était donc considérée comme potentiellement dangereuse pour l'ordre social, voire criminogène³⁰⁷.

Ce n'est que dans un deuxième temps d'analyse (de 2000 à nos jours), que les études ont cherché à décortiquer le fonctionnement réel des familles homoparentales, dans un souci de meilleure connaissance scientifique de celles-ci, de leurs caractéristiques et difficultés. Des études à long terme et prospectives ont, par exemple, été menées sur les facultés d'adaptation des enfants élevés par des couples homosexuels ou lesbiens, leurs aptitudes scolaires et sociales³⁰⁸. Or, elles démentent toutes aujourd'hui les hypothèses alarmistes formulées jadis, concernant la famille homoparentale.

³⁰⁵ Pour un approfondissement, se référer à une thèse particulièrement intéressante et synthétique de la question, A. Pontarollo, *Homoparentalité(s) et développement de l'enfant. Médecine humaine et pathologie*, Thèse de doctorat, Université Joseph Fourier, Grenoble, 2015, p. 42 sq.

³⁰⁶ Il ne faut pas oublier, en effet, que jusqu'en 1992, l'homosexualité était catégorisée comme une pathologie mentale. Une loi n°60- 773 du 30 juin 1960 autorisant le gouvernement à prendre les mesures nécessaires pour lutter contre certains fléaux sociaux, V. Loi n°60- 773 du 30 juin 1960 autorisant le gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, les mesures nécessaires pour lutter contre certains fléaux sociaux, *JO* du 2 août 1960, p. 7130. L'homosexualité se voyait assimilé à la tuberculose, l'alcoolisme et le proxénétisme. L'objectif ouvertement affiché était donc de combattre l'homosexualité par tout moyen. Par la suite, en 1968, la France adoptait la classification internationale des maladies de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) qualifiant expressément l'homosexualité de maladie mentale, F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, p. 277. Une telle classification ne reposait sur aucune certitude scientifique, et le retrait de l'homosexualité de la liste des maladies mentales a été impulsé uniquement par une révolution sociétale en faveur d'une libéralisation de la cause homosexuelle en Europe.

³⁰⁷ Notons à ce propos que des craintes avaient également été formulées à l'endroit des familles monoparentales, à la tête desquelles se trouve souvent une mère. Certaines études défendaient l'idée selon laquelle l'absence d'un des parents au foyer créait des troubles de l'humeur et du comportement chez les enfants élevés en famille monoparentale, comparativement à ceux évoluant dans des familles nucléaires. Plusieurs années plus tard, il a été démontré qu'à circonstances économiques et contextuelles équivalentes, les conditions de développement des enfants issus de famille monoparentales et de familles biparentales étaient les mêmes, V. N. Favez, *L'examen clinique de la famille. Modèles et instruments d'évaluation*, Bruxelles, Éditions Mardaga, 2010, p. 20 sq.

³⁰⁸ Des études longitudinales ont été menées, sur une vingtaine d'années, dès 1986, chez des enfants élevés par des couples lesbiens ou par des mères lesbiennes célibataires, pour évaluer leur qualité de vie. Ces études relèvent que ces enfants présentent, à divers âges, une santé mentale équilibrée. V. The US National Longitudinal Family Study (NLLFS), *Quality of Life of adolescents raised from birth by lesbian mothers*, Vol. 33, n° 1, January 2012 [En ligne : <https://www.nllfs.org/images/uploads/pdf/nllfs-quality-life-january-2012.pdf>].

B. La limite objective à la fiabilité du critère de normalité

80. Les mutations sociétales. – La définition de la normalité familiale dépend de la société dans laquelle elle est étudiée. La vision positive et négative de la normalité familiale variera en fonction des dimensions conjoncturelle et temporelle de la société ; ces deux dimensions étant souvent concomitantes. Ainsi, la conception de la « famille traditionnelle normale » française, des années 1945 – alors fortement imprégnée par la religion catholique – ne correspond plus à la « famille contemporaine normale », largement affranchie de la morale religieuse ou spirituelle. De la même manière, la famille normale n'est pas définie pareillement dans toutes les sociétés, même démocratiques. Ainsi dans beaucoup de pays européens et démocratiques, tels que l'Italie ou la Pologne, la famille homoparentale est encore considérée comme anormale. En somme, le critère de la normalité est profondément versatile.

Chapitre II. Un critère de définition, la « dysfonctionnalité familiale »

81. Les fonctions traditionnelles de la famille. – Les auteurs distinguent généralement deux catégories de fonctions familiales : les « *fonctions instrumentales* » et les « *fonctions symboliques* »³⁰⁹. Les fonctions instrumentales ou matérielles de la famille ont une dimension économique, éducative et sanitaire. Les fonctions symboliques, elles, désignent la socialisation initiale des enfants au sein de leur cellule familiale, la stabilisation et le développement des personnalités adultes³¹⁰. Elles ont donc essentiellement pour objectif d'assurer une certaine reproduction sociale, une transmission de valeurs et de principes. Selon la théorie structuro-fonctionnelle de la famille développée par Parsons³¹¹, ses fonctions matérielles en déclin, ont été progressivement remplacées par ses fonctions symboliques. En effet, les premières fonctions – autrefois familiales – ont été confiées à de nouvelles instances créées par un État protecteur, dès la période d'après-guerre. Auparavant, les familles étaient considérées comme des « *unités de production* »³¹², voire même des unités politiques, par lesquelles passait la circulation des biens et des services et les décisions y afférant. Aujourd'hui, cette fonction familiale s'est considérablement délitée. La compétence économique des familles s'est essentiellement déplacée d'une production par les ménages, à une consommation des ménages. Cependant, ce constat doit être nuancé. En effet, sur un plan micro-économique, il est possible d'affirmer que la famille continue de tenir un rôle actif dans l'économie. Cela passe par exemple, dans les milieux ruraux, par la perpétuation d'exploitations familiales – agricoles et artisanales – de génération en génération. Mais également, selon une forme réinventée de la fonction économique des familles, on observe aujourd'hui, l'existence de véritables solidarités intergénérationnelles (flux de capitaux ou de services divers)³¹³. Il en va encore de même pour l'éducation. Ainsi, bien que l'école, les médias de masse et autres nouvelles technologies aient pris une place prépondérante dans l'enseignement des enfants, la famille continue d'imprégner profondément l'éducation de l'enfant. C'est son premier lieu de sollicitation intellectuelle et culturelle. De plus, s'agissant du domaine de la santé, il incombe aux parents de l'enfant de lui apporter les premiers soins,

³⁰⁹ C. Escoffier Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994, p. 253.

³¹⁰ C. Escoffier Gialdini, *op. cit.*

³¹¹ Pour une synthèse de sa pensée, V. B. Bawin Legros, *Familles, mariage, divorce. Une sociologie des comportements familiaux contemporains*, Bruxelles, Éditions Mardaga, 1988, p. 27- 38.

³¹² J.-J. Lemouland, « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2015, n° 5.

³¹³ V. *supra*, n°23.

en veillant à lui fournir les médications, aliments et entretiens nécessaires et adéquats. Ainsi, en tant que personnes responsables du mineur, c'est d'abord à eux que s'adressent les recommandations du personnel de santé (pédiatre et autres médecins généraliste, puéricultrice et sage-femme, infirmier(e)s en milieu scolaire ou hospitalier)³¹⁴. Par ailleurs, traditionnellement, la famille se voyait affublée d'une fonction reproductive. En effet, la procréation constituait la finalité même du mariage – anciennement vu comme acte fondateur de la famille. Or, l'avènement de la contraception, l'avortement et la libération sexuelle ont contribué à donner au couple la pleine maîtrise de sa progéniture. Ainsi, conception et naissance de l'enfant sont aujourd'hui choisies et planifiées. Et, bien que le projet parental demeure une étape importante de la vie du couple, marié ou non – il semble que cette fonction ne soit plus essentielle pour concevoir une famille de nos jours. Aussi, ce paramètre de la procréation ne sera-t-il pas pris en compte pour définir le dysfonctionnement familial. Enfin, la famille est dotée d'une fonction protectrice vis-à-vis de l'individu. Ainsi, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme assure à l'individu, comme nous l'avons largement vu précédemment, un droit à la vie privée et familiale³¹⁵. Ce droit se trouve encore renforcé par celui de mener une vie familiale normale, véritable liberté fondamentale protégeant le sujet des ingérences excessives des autorités publiques. La fonction protectrice de la famille se dégage encore de la répression de certains comportements intrusifs. C'est le cas, par exemple, de l'incrimination du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée prévue à l'article 226-1 du Code pénal³¹⁶. Certes, cette infraction sauvegarde des garanties que l'individu possède en propre ; à savoir notamment son droit à l'image et à la vie privée³¹⁷. Toutefois, on ne saurait ignorer que la vie de famille fait partie intégrante de l'intimité de la vie privée de la personne. De la même manière, parce que cette protection de l'intimité de la

³¹⁴ D'ailleurs, le Code pénal fait de la sauvegarde de la santé de l'enfant, un véritable devoir parental. Tout manquement à ce devoir tombe sur le coup de la loi pénale, s'agissant de la mise en péril des mineurs, V. art. 227-15 C. pén. (privation d'aliments et de soins) et art. 227-17 C. pén. (soustraction du parent à ses obligations légales).

³¹⁵ V. *supra*, n° 48 et s.

³¹⁶ Art. 226-1 C. pén. : «*Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé*».

³¹⁷ Ainsi, par exemple, le fait pour un employé de mettre en place une technique d'enregistrement dans des locaux professionnels, afin d'écouter ses salariés est une atteinte à l'intimité de leur vie privée, au sens de l'article 226-1 du C. pén., Cass. crim., 24 janvier 1995, *Dr. pén.* 1995, comm. 118, obs. M. Véron.

vie privée subsiste à la mort de la personne³¹⁸, les héritiers du défunt pourront valablement agir au pénal, soit en qualité de victimes par ricochet, soit au nom et place du défunt.

82. Les fonctions nouvelles de la famille. – La famille contemporaine a changé de visage ; ses fonctions aussi. Au-delà des fonctions symboliques étudiées précédemment, la famille a également une dimension affective et relationnelle. En effet, bien plus que la socialisation de l'individu³¹⁹, il est demandé à la famille de garantir aujourd'hui à chacun de ses membres, un accès au bonheur. La famille est devenue un espace d'épanouissement personnel et interpersonnel. Elle ne vise plus à fondre les individualités dans la communauté familiale, mais bien au contraire à les révéler en les faisant cohabiter. De même, les relations parents-enfants sont aujourd'hui, plus qu'hier, basées sur la compréhension et la communication³²⁰. Le lien familial repose moins sur une vérité biologique que sur la capacité des parents (et grands-parents) ou substituts à apporter du réconfort, de l'amour et une stabilité à l'enfant. Cela s'observe d'ailleurs largement s'agissant des familles accueillant en leur sein un nouveau « parent social » ou un beau-parent (familles recomposées hétérosexuelles et/ou homosexuelles)³²¹.

Mais cette nouvelle fonction ne se substitue pas aux fonctions traditionnelles de la famille. En effet, ses compétences demeurent toujours matérielles, symboliques et protectrices ; mais se doublent simplement d'une fonction affective.

83. L'appréhension de la famille dysfonctionnelle. – Il n'est pas question ici de savoir si la famille est normale, mais d'observer si elle remplit vis-à-vis de ses membres, un certain nombre de fonctions essentielles. Ainsi, la famille dysfonctionnelle est celle qui n'est pas en capacité d'accomplir les fonctions matérielles symboliques et affectives, qui lui sont assignées. Cette approche fonctionnaliste de la famille saine participe – il est certain – du maintien d'un ordre social établi. Toutefois, à la différence du critère de normalité étudié

³¹⁸ Cass. crim., 21 octobre 1998, Bull. crim. n° 264, *Dr. pén.* 1999, comm. 18, obs. M. Véron.

³¹⁹ Les fonctions symboliques de la famille sont davantage révélatrices du caractère conventionnel du cocon familial. En effet, la famille prépare l'adulte de demain à intérioriser les règles et normes de la vie en société, afin qu'il s'y intègre pleinement.

³²⁰ Cela comprend les relations sur trois générations (grands-parents, parents et enfant).

³²¹ La théorie de l'attachement développée en 1970 par John Bowlby, mais largement utilisée encore aujourd'hui, précisait que ce qui importe pour le développement d'un enfant, c'est l'existence d'un référent principal d'attachement à même de lui apporter réconfort et une sécurité intérieure. Ce référent sera principalement le parent de l'enfant mais, ce pourra être une autre personne tenant ce rôle auprès de lui. Pour une synthèse de cette théorie, V. A. Pontarollo, *op. cit.*, p. 29-30.

précédemment, le constat d'une dysfonctionnalité familiale repose moins sur un jugement de valeur que sur une analyse empirique et objective.

84. La dysfonctionnalité familiale, éléments de pluralité et d'unité. – En réalité, il conviendrait de parler des « dysfonctionnalités familiales » au pluriel. En effet, d'une part, chaque famille dysfonctionnelle présente sa particularité, en fonction d'une histoire propre – construite à partir de passés psycho-affectifs, souvent troublés, des acteurs qui composent le groupe. Ainsi, chaque famille dysfonctionnelle est authentique.

D'autre part, une même famille peut dysfonctionner de bien des manières. Il pourra donc exister au sein d'une même famille dysfonctionnelle, plusieurs types de dysfonctionnalités. C'est le cas par exemple, de couples de parents – engagés dans une relation conjugale marquée par des épisodes violents réguliers – et qui dans le même temps, manifestent un certain désintérêt vis-à-vis de l'enfant.

Cependant, un élément de synthèse entre les différentes dysfonctionnalités familiales semble se dégager en droit pénal. En effet, celles-ci constituent ni plus, ni moins que des contrariétés au « vivre ensemble ». Finalement, le « vivre ensemble » ou le « vivre en famille » constitue la signification première et la plus probante du droit de mener une vie familiale normale. Avoir le droit de mener une vie familiale normale implique de pouvoir vivre en famille, c'est-à-dire de ne pas être séparé de ses proches. Or, le droit pénal est protecteur de ce droit, en ce qu'il veille à la paix et à la cohésion des familles.

Le « vivre ensemble » comprend deux réalités. La première est celle du « bon vivre ensemble », à savoir que la famille doit demeurer le lieu où sont respectés les droits intrinsèques de tout membre, à son intégrité physique et psychique.

La deuxième est celle du « bien vivre ensemble », c'est-à-dire que la famille doit être capable de garantir à ses membres, un cadre et des conditions de vie matériellement favorables à leur existence (entretien, éducation, sécurité et santé).

Aussi, d'une manière générale, la famille dysfonctionnelle apparaît-elle comme celle qui est inapte à assurer – alternativement ou cumulativement – un « bon vivre-ensemble » (**Section 1**) et un « bien vivre-ensemble » (**Section 2**) à ses membres. Il convient, bien sûr, de bien garder présent à l'esprit que ces deux séries de déviances ou d'inaptitudes sociales chez les familles dysfonctionnelles, ne sont pas toujours exclusives les unes des autres.

Section I. Les contrariétés au « bon vivre ensemble »

85. Les contrariétés au bon vivre ensemble s'observent dans la famille violente (§1) et dans la famille homicide (§2), celles-ci participant souvent d'un certain continuum de la violence.

§1 - La famille violente

86. **La dynamique de la famille violente.** – La violence se définit comme « l'utilisation abusive de la force, le fait de se servir de celle-ci pour forcer quelqu'un à agir contre sa volonté à travers l'action physique, l'intimidation ou la menace »³²². Qu'elle relève de simples pulsions et frustrations ou d'une élaboration plus sophistiquée, la violence – telle que conçue aujourd'hui – a toujours fait partie intégrante de l'histoire de l'humanité. Elle permettait l'assise d'un pouvoir duquel dépendait l'instauration de l'ordre et de hiérarchies entre dominants et dominés³²³, que ce soit à une échelle macroéconomique ou microéconomique. L'encadrement de cette violence par un pouvoir étatique et légal, la socialisation et l'intériorisation de valeurs essentielles par l'individu, ont permis de refouler son agressivité. Toutefois, elle s'exprime sous d'autres formes et impacte profondément les modes de fonctionnement et de communication du sujet.

Selon Perrone et Nannini, cette communication s'organise, soit de manière symétrique, lorsque les interlocuteurs sont placés sur un même pied d'égalité, voire rivaux, soit de manière complémentaire, lorsque les interlocuteurs ont des statuts inégaux, l'un acceptant pour vraies les valeurs définies par l'autre³²⁴. Dès lors l'individu, dans ses relations sociales et professionnelles normales, sera amené à alterner régulièrement ces deux modes de communication, faisant ainsi preuve de mesure et d'adaptation. Mais, une fois investi le lieu d'intimité, c'est son mode de fonctionnement privilégié qui prédominera alors. C'est, dès lors, son « moi » véritable qui s'imposera. Cela explique d'ailleurs, que certains individus ne se montrent violents qu'à l'intérieur de leur sphère familiale. Or, la relation familiale abusive se

³²² R. Perrone et M. Nannini, *Violences et abus sexuels dans la famille. Une vision systématique de conduites sociales violentes*, 5^e éd., Paris, ESF, 2012, p. 21.

³²³ R. Perrone et M. Nannini, *op. cit.*, p. 23.

³²⁴ Mais la violence peut surgir dans ces deux modes de communication. En effet, la rivalité existant entre les deux interlocuteurs dans la relation symétrique, peut conduire l'un des protagonistes à imposer son opinion par la force. De plus, l'inégalité de statut existant dans la relation complémentaire peut déboucher sur une communication « dominant »/ « dominé », V. R. Perrone et M. Nannini, *ibidem.*, p. 39 sq.

créée avant tout sur un dysfonctionnement de la communication – soit par son insuffisance, soit par son aspect peu qualitatif.

Ainsi, la violence est en rapport avec « *le danger pour un être humain de perdre son identité auprès d'un autre, en devenant semblable à cet autre* »³²⁵. En effet, le déclenchement de la violence survient au moment même où celui qui agresse s'estime lui-même agressé par l'autre. Cette sensation d'agression peut découler d'éléments perçus rationnellement comme inoffensifs. Aussi, une mère peut se sentir agressée ou acculée par les pleurs de son bébé, son refus de s'alimenter, ou la désobéissance de l'enfant ; ces gestes lui renvoyant une image peu vertueuse d'elle-même³²⁶ (impression d'être une mauvaise mère, sentiment d'incompétence, résurgences de carences affectives personnelles, sentiment d'exaspération et fatigue intense). Cette violence par réaction peut atteindre son paroxysme lorsqu'elle se mêle à des névroses traumatiques profondes chez l'agresseur. De ce fait, il n'est pas rare de rencontrer chez ces agresseurs des problèmes de dépendances (alcool, stupéfiants).

Par ailleurs, qu'elle soit intraconjugale (A) ou exercée à l'encontre d'autres membres de la famille, à savoir l'enfant ou les grands-parents (B), nous constaterons que cette violence est marquée par son polymorphisme.

A. La violence intraconjugale

87. Méthodologie et hypothèses de recherches. – La prise de conscience des pouvoirs publics français, quant à l'urgence de la lutte contre les violences conjugales, date des années 2000. En effet, c'est au cours de cette année, qu'a été menée l'enquête nationale sur les violences faites aux femmes en France (ENVEFF). Il s'agit de la première étude statistique réalisée sur ce phénomène, à une échelle nationale³²⁷. C'est elle qui a permis de mettre en

³²⁵ I. Angelino, *L'enfant, la famille, la maltraitance*, Paris, Dunod, 2004, p. 61.

³²⁶ R. Perrone et M. Nannini, *ibidem*, p. 50.

³²⁷ Pour un compte-rendu des résultats de cette étude, V. M. Jaspard et équipe ENVEFF, « Nommer et compter les violences envers les femmes : une première enquête nationale en France », *Populations et sociétés*, n° 364, janvier 2001, p. 3 (en ligne) disponible sur le site de l'Institution nationales des études démographiques : https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/18735/pop_et_soc_francais_364.fr.pdf. Cette enquête, coordonnée par l'équipe démographique de l'université de Paris I (idup), a été menée par téléphone de mars à juillet 2000, sur un échantillon de 6 970 femmes de 20 à 59 ans. Elle s'inscrit dans le cadre des recommandations faites aux gouvernements à l'occasion de la conférence mondiale sur les femmes qui s'est tenue à Pékin en 1995. Les dites recommandations consistaient dans la production de données statistiques, permettant aux états de mieux cerner les violences faites aux femmes.

lumière l'ampleur de ce fléau. En 2010, la lutte contre ces violences a été érigée en « *grande cause nationale* » ; à cette occasion, les campagnes de sensibilisation et dispositifs législatifs ont été diversifiés et multipliés³²⁸. De plus, des avancées majeures ont été réalisées, quant au traitement du phénomène des violences conjugales, comme nous le verrons plus loin³²⁹.

Cependant, avant d'envisager cette procédure de traitement, il semble important de saisir les enjeux et les spécificités de ce phénomène. Le premier constat opéré alors ne réside plus tant dans la méconnaissance de ces violences, mais dans l'incompréhension populaire qui plane autour du phénomène criminel. En effet, aujourd'hui, nul n'ignore le fait que la cellule familiale puisse être un lieu de violences graves et répétés. En revanche, nombreux sont les observateurs qui ne conçoivent pas les raisons qui poussent une victime à demeurer prisonnière d'une relation abusive ou à reprendre la vie conjugale avec son agresseur, en dépit des différentes procédures pénales mises en œuvre pour la protéger. Or, ces incompréhensions sont souvent – dans le discours public ou des acteurs de justice – la cause d'une certaine inertie face à des situations de violences réelles.

Aussi, avons-nous choisi de procéder par hypothèses de recherche. Pour ce faire, un état des présupposés et connaissances actuels sur le sujet a été confronté à nos observations empiriques. Ces observations ont été formulées sur la base de huit entretiens-victimes, à savoir cinq entretiens menés en collaboration avec l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales (A.D.I.A.V) au Tribunal de grande Instance de Montpellier et trois témoignages spontanés de victimes, directes ou indirectes, de violences conjugales. Ces entretiens ont été réalisés suivant une approche qualitative et semi-directive. Notre posture de tiers observateur nous a de plus permis, au-delà des propos tenus par les victimes, de noter leur gestuelle et leurs réactions aux questions de la juriste.

Outre ces entretiens, l'étude de quatre dossiers-victimes et des rencontres suivies avec une assistante sociale, deux psychologues en associations et une juriste, nous ont permis de dégager certaines constatations. Au surplus, des témoignages de victimes recueillis au sein de documentaires réalisés sur le sujet ont aidé à étayer nos propos.

³²⁸ G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport n°1799 au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, p. 131.

³²⁹ V. *infra*, n° 200 et s.

À l'issue de ce travail, nous avons pu constater que si de nombreux présupposés se vérifiaient, d'autres au contraire devaient être dépassés ou nuancés.

Ainsi, il convient de préciser la nature (1) et les caractéristiques (2) des violences conjugales, puis d'étudier les profils criminologiques de l'auteur et de la victime de ces violences (3).

1) La nature des violences

88. Les violences au sein du couple, une criminalité à formes multiples. – L'enquête ENVEFF a mis l'accent sur le caractère pluriel des violences conjugales, en donnant une définition de celle-ci³³⁰. Ces violences qui surviennent dans le couple ne se restreignent pas à un aspect uniquement physique (a). Elles peuvent aussi être d'ordre sexuel (b), psychologique (c), verbal (d). Afin de qualifier pénalement ces violences, il est important préalablement de bien les distinguer. Il convient, dès lors, de les aborder successivement.

a) Les violences physiques

89. La définition de fait. – Les violences physiques recourent des comportements divers qui portent atteinte à l'intégrité physique de la victime. Cependant, elles sont à distinguer des violences sexuelles, en ce qu'elles ne présentent pas de connotation sexuelle. Néanmoins, il n'est pas rare qu'elles les accompagnent³³¹. Ainsi, les violences physiques s'entendent de toutes « *les agressions physiques, les coups et autres brutalités, [...] les séquestrations ou la mise à la porte* »³³².

90. La qualification pénale. – L'arsenal pénal français réprime les violences physiques perpétrées au sein du couple, sur le fondement de qualifications diverses.

³³⁰ V. M. Jaspard et équipe ENVEFF, *op. cit.*, p. 3.

³³¹ Entre 2008 et 2014, par tranches de deux ans, ont été recensées 80% de violences physiques seules, 10% de violences sexuelles exclusives et dans 10% des cas des deux types de violences sont cumulées, V. C. Rizk, « Eléments de profil des hommes et des femmes de 18 à 75 ans ayant déclaré avoir été victimes de violences physiques et sexuelles sur deux ans par conjoint cohabitant », *Repères*, n° 31, mars 2016, p. 12, (en ligne), disponible sur le site de l'Institut national des hautes études de la sécurité de la Justice (Inhesj) : http://www.inhesj.fr/sites/default/files/reperes_31.pdf.

³³² M. Jaspard et équipe ENVEFF, *ibidem*.

91. Les violences volontaires physiques au sein du couple. – La qualification pénale de violences conjugales repose, pour sa caractérisation, sur les mêmes conditions générales que les violences volontaires prévues par les articles 222-7 et suivants du code pénal.

Ainsi, les violences physiques seront aggravées lorsqu'elles auront été commises par le conjoint ou le concubin de la victime, en vertu de l'article 132-80 du code pénal³³³. Elles sont constitutives de crimes, d'une part, lorsqu'elles auront entraîné la mort de la victime (article 222-8, 6 du code pénal)³³⁴, une mutilation ou une infirmité permanente (article 222-10, 6 du code pénal)³³⁵. Dans l'hypothèse, d'autre part, où ces violences auraient entraîné une incapacité totale de travail de plus de huit jours (article 222-12, 6)³³⁶, inférieure ou égale à huit jours, ou en l'absence de toute incapacité de travail (article 222-13, 6)³³⁷, elles demeurent délictuelles. Enfin, il est à noter que depuis la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 *relative aux violences faites spécifiquement aux femmes*, les contraventions commises par le conjoint ou le concubin sont elles aussi susceptibles de faire l'objet d'une aggravation de peine³³⁸. Dès lors, se verront correctionnalisées, les violences légères n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail, et punies de l'amende prévue pour les contraventions de quatrième classe (article R. 624-1 du code pénal). Il en va de même des violences volontaires desquelles résulte une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours, et sanctionnées de l'amende contraventionnelle de cinquième classe (article R. 625-1). Dans ces deux derniers cas, ce sont les peines délictuelles de l'article 222-13, 6 visé précédemment qui s'appliqueront.

De plus, depuis 2010, il est prévu, aux termes de l'article 222-14 alinéa 2 du code pénal, que les peines encourues pour l'infraction de violences habituelles sur mineur de quinze ans ou sur personne vulnérable seront applicables lorsque ces violences auront été commises par le conjoint, le concubin, le partenaire ou l'ex de la victime. Ces peines se déclinent de trente ans de réclusion criminelle à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, en fonction du résultat des agressions (la mort de la victime, une mutilation ou d'incapacité permanente, une incapacité de totale de travail pendant plus de huit jours ou inférieure à huit jours).

³³³ Sur la famille comme circonstance aggravante, V. *infra*, n° 311.

³³⁴ L'auteur encourt alors vingt ans de réclusion criminelle, contre quinze lorsque l'infraction n'est pas aggravée.

³³⁵ Dans ce cas, le délit de droit commun de l'article 222-9 du code pénal – initialement puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende, se mue en un crime sanctionné d'une peine de quinze ans de réclusion criminelle.

³³⁶ Elles sont alors punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

³³⁷ Elles sont alors punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

³³⁸ Art. 32 de 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, *JO* du 10 juillet 2010, p. 12762.

S'agissant des éléments constitutifs des violences commises au sein du couple, elles se calquent sur ceux des violences volontaires de droit commun. Matériellement, tout d'abord, les actes de violences doivent être positifs³³⁹. Aussi, la violence doit-elle consister en une atteinte physique réelle. Dans ce cas, le contact entre l'auteur et la victime peut être direct (des coups de poing ou de pied) ou indirect lorsque l'auteur aura infligé les coups au moyen d'un objet (un chien, un véhicule, ou encore le fait de saisir le corps de sa victime pour le cogner contre le sol ou un objet). Dans l'hypothèse particulière des violences habituelles, une pluralité d'actes de violence devra être constatée. De plus, s'agissant de la nature de ces actes³⁴⁰, il semblerait qu'ils doivent tous constituer des violences physiques eu égard aux différents résultats dommageable prévus par l'article 222-14 précité.

Intentionnellement, ensuite, l'auteur doit avoir la volonté de commettre les violences, sans pour autant rechercher le résultat dommageable³⁴¹. Il s'agit donc d'un simple dol général³⁴².

92. La séquestration par le conjoint violent. – L'infraction de séquestration est régie par les articles 224-1 et suivants du code pénal. En vertu de l'article 224-1 précité, « *le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévues par la loi, [...] de détenir ou de séquestrer une personne, est puni de vingt ans de réclusion criminelle* ». Précisons, ici, que la circonstance aggravante de l'article 132-80 du code pénal n'est pas applicable à cette incrimination, bien qu'elle ait été commise par le conjoint ou le concubin violent. En effet, cette circonstance ne joue que « *dans les cas respectivement prévues par la loi ou le*

³³⁹ T. corr. Poitiers, 11 octobre 1901 et Poitiers, 20 novembre 1901 ; D. 1902. II. 81, note Le Poittevin. Les faits sont les suivants : une jeune fille souffrant d'aliénation mentale a été séquestrée dans des conditions déplorables par sa mère et privée de soins, dans une chambre sans lumière pendant plusieurs années. Le frère de la victime s'étant résigné à cette situation, rendait régulièrement visite à sa sœur. À la mort de sa mère, ce dernier a accompli la mission qui lui avait été confiée par elle, de veiller sur sa sœur tout en la maintenant dans cet état de séquestration et de privation. Le frère était poursuivi et condamné en première instance pour complicité par aide ou assistance de violences. En appel cependant, les juges l'ont acquitté estimant qu'aucune disposition pénale ne permettait d'incriminer sa conduite : ni la complicité – le prévenu n'ayant pas eu la volonté ni la conscience de s'associer à une infraction principale punissable ; ni les violences ou voies de fait qui supposent un acte positif.

³⁴⁰ Par principe, on sait que l'habitude nécessite une similarité de nature entre les actes constitutifs, V. R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2014, « Infraction d'habitude ».

³⁴¹ Selon une jurisprudence ancienne et constante, V. Cass. crim. 29 novembre 1972, *Gaz. Pal.* 1973. I. 109 ; cass. crim., 19 avril 1972, Bull. crim. n° 131, *RSC* 1973.187, obs. G. Levasseur.

³⁴² Certains auteurs estiment à l'opposé que l'élément intentionnel des violences volontaires devrait intégrer un dol spécial, dès lors que la gradation des peines selon le résultat de l'infraction fait déjà partie intégrante des différentes qualifications de violences volontaires, V. M.L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, p. 390, n°335. Cependant, nous n'abandonons pas dans ce sens puisque l'auteur des violences est avant tout animé d'une volonté de nuire à sa victime. Il peut donc arriver que le résultat dépasse l'« objectif » qu'il s'était assigné. De plus, d'un point de vue pratique, il est plus aisé pour le juge qui doit appliquer le texte, de constater la volonté effective de commettre les violences dans un premier temps, puis de déterminer dans un deuxième le quantum de la peine en fonction du résultat concrètement produit. Autrement cela le contraindrait à évaluer l'intensité de l'intention de nuire, qui contrairement à l'*animus necandi* par exemple, peut aboutir à une multitude de résultats différents plus ou moins graves.

règlement ». Or, en l'occurrence aucun texte ne prévoit cette aggravation, concernant la séquestration. Par conséquent, une séquestration qui serait commise par un auteur anonyme serait sanctionnée de la même manière que celle perpétrée par le conjoint même de la victime³⁴³.

S'il peut paraître décevant que le législateur n'ait pas davantage accentué la spécificité d'un tel crime – s'agissant des violences intraconjugales – ce choix semble devoir s'expliquer par le caractère particulièrement sévère de l'incrimination générique de séquestration. Pourtant, *a contrario*, le législateur n'a pas hésité à prévoir une sanction pénale renforcée lorsque la victime de séquestration est un mineur de quinze ans. Dans ce cas, le quantum de la peine peut être porté jusqu'à la réclusion criminelle à perpétuité³⁴⁴.

C'est dire que le phénomène des violences conjugales n'est pas encore considéré dans toutes ses configurations. Ceci s'explique notamment par une surmédiatisation de ces violences dans leur forme avant tout physique, ou que récemment dans leur forme psychologique – au détriment d'autres formes. Comme bien souvent, le législateur ne répond pas aux questions qui ne lui sont pas posées ou imposées.

Pourtant, les séquestrations au sein du couple ne constituent pas un simple cas d'école. Cela apparaît au cours du témoignage d'Amélia³⁴⁵ : *« En 2009, à Montpellier, nous rencontrons Amélia, à la suite d'une confrontation devant le juge d'instruction. Elle est alors âgée de trente et un ans. Elle entretient une relation de six ans avec son concubin ; ils sont les parents d'une petite fille de trois ans. Ils consomment tous deux des produits stupéfiants et vivent dans une misère sociale significative. Elle nous confie avoir été victime d'une séquestration de plus de vingt-quatre heures – dans une pièce vide ayant pour seul meuble un lit. Au cours de cette séquestration, son concubin lui a administré des coups et autres mauvais traitements, et imposé des relations sexuelles non consenties. Elle souffre de plusieurs ecchymoses, de fractures et de brûlures de cigarette sur différentes parties du corps ».*

Quant aux éléments constitutifs de la séquestration, il importe de caractériser matériellement et intentionnellement l'infraction. Matériellement, il convient de définir l'acte matériel de la séquestration, au sens de l'article 224-1 du code pénal. La section au sein de laquelle se

³⁴³ S. David et A. Jault, « Les conséquences pénales du divorce », in *Droit et pratique du divorce 2015/2016*, 3^e éd., Dalloz référence, 2015, n° 421.12, p. 994.

³⁴⁴ Art. 224-5 du C. pén.

³⁴⁵ Accompagnement-Victime par l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales (A.D.I.A.V), Propos recueillis dans le cadre du stage de Master II « Pratiques pénales », Montpellier, novembre 2009.

trouve le texte – et qui s’articule d’ailleurs entièrement autour de lui – s’intitule « *De l’enlèvement et de la séquestration* ». Pourtant, en réalité, l’article 224-1 vise pas moins de quatre modalités de commission de l’infraction : l’arrestation, l’enlèvement, la détention – et en dernière position – la séquestration. Dès lors, il semble que le Code pénal tende à incriminer ces actes de manière autonome.

Cependant, la jurisprudence ne l’entend pas de cette oreille et a tendance à opérer des recoupements entre ces quatre modules. Ainsi, la Cour de cassation semble retenir – au sein de l’incrimination de l’article 224-1 – trois catégories d’actes matériels ; que sont d’une part, l’arrestation, d’autre part, l’enlèvement, et enfin, la détention ou la séquestration. En effet, dans une première espèce, elle estime que « *les crimes d’arrestation illégale, d’une part, et de détention ou séquestration illégale, d’autre part, bien que prévus et réprimés par le même texte, n’en constituent pas moins des crimes distincts, dont la nature et des éléments constitutifs sont différents* »³⁴⁶. Dans une seconde espèce, plus récente, elle confirme cette position, en ajoutant que « *les crimes d’arrestation illégale, d’une part, d’enlèvement, d’autre part, de détention ou séquestration illégales, de troisième part, [...] constituent des crimes distincts, dont la nature et les éléments constitutifs sont différents* »³⁴⁷. Dans tous les cas, il faut en conclure que la jurisprudence assimile – de manière constante – la séquestration à la détention.

S’agissant plus précisément des violences commises au sein du couple, les faits de séquestration et de détention sont le plus souvent rencontrés. Ce sont donc sur eux que se portera en priorité notre attention. En effet, l’arrestation et l’enlèvement tendent à une appréhension matérielle de la personne en vue de la priver de sa liberté de circuler librement³⁴⁸. Or, les violences intraconjugales se déroulant à l’intérieur même du foyer familial, le conjoint violent n’a pas besoin d’appréhender sa victime pour l’avoir à portée de main. Dans la plupart des cas, les détentions et séquestrations par conjoint ou concubin,

³⁴⁶ Cass. crim., 30 juin 1987, pourvoi n° 86-95. 980, Bull. crim. n° 273 ; RSC 1988. 303, obs. G. Levasseur. Cette solution avait déjà été affirmée précédemment : Cass. crim., 23 mars 1983, pourvoi n° 82-93. 648, Bull. crim. n° 92.

³⁴⁷ « Les crimes d’arrestation illégale, d’une part, d’enlèvement, d’autre part, de détention ou séquestration illégales, de troisième part, bien que prévus et réprimés par le même article 224-1 du code pénal, n’en constituent pas moins des crimes distincts, dont la nature et les éléments constitutifs sont différents », V. Cass. crim., 20 octobre 1999, pourvoi n° 98-87. 415, Inédit.

³⁴⁸ M.-L. Rassat, « Enlèvement, arrestation, détention et séquestration arbitraires, *J.-Cl. pén.* 2009, n° 8-9.

consisteront dans une confiscation des clés du logement du couple, ou de l'un de ses membres, en vue d'exercer un contrôle physique sur la victime³⁴⁹.

Par exception, il est vrai qu'en cas de rupture des époux – par divorce ou séparation – la séquestration ou détention de la victime peut nécessiter préalablement que soit organisé son enlèvement. Cependant, la proportion de victimes de violences physiques, imposées par l'ex-conjoint ou concubin, demeure inférieure à celle des victimes de violences conjugales physiques commises en situation de couple. Pour en avoir une idée plus claire, l'enquête « Cadre de vie et sécurité » menée en France, par l'Observatoire national de la délinquance, recensait – entre 2006 et 2011 et par tranches de deux ans – 401 000 victimes (hommes et femmes confondus) de violences physiques et sexuelles par conjoint cohabitant, contre 146 000 par ex-conjoint³⁵⁰. Bien sûr, ces chiffres – nous le verrons – ne sont pas exempts d'une certaine marge d'erreur ou d'opacité, compte tenu de la relevance d'un chiffre noir de la criminalité, caractéristique de ces violences intra-conjugales³⁵¹.

Une partie de la doctrine assimile également les éléments constitutifs de la détention et de la séquestration³⁵², prenant ainsi à son compte cette catégorisation jurisprudentielle.

Néanmoins, cette solution semble peu satisfaisante, au regard de la lettre du texte. En effet, il est possible de percevoir à travers l'énumération que le législateur fait des actes matériels de l'article 224-1 du code pénal, une classification en fonction du degré de gravité de l'acte. On pressent bien que l'acte de séquestration constitue le comportement le plus contraignant quant à la liberté d'aller et venir de la victime. *De facto*, la définition de la séquestration devrait refléter cette gradation dans l'atteinte portée. C'est pour cette raison que la solution retenue par une seconde partie de la doctrine, consistant à distinguer la définition de la séquestration de celle de la détention, paraît plus vraisemblable. Aussi, retiendrons-nous que la détention consiste uniquement à « *retenir une personne contre son gré, en la privant de sa liberté*

³⁴⁹ Cass. crim., 6 août 2014, pourvoi n° 14-83.538, Inédit. Une jeune femme est victime de viol accompagné de violences par concubin. Celui-ci l'empêche de quitter l'appartement qu'il occupe, conservant les clés dans la poche de son peignoir. Alertés par les appels à l'aide et cris de la femme, les voisins contactent les services de police qui interviennent au domicile de l'auteur, l'interpellent et libèrent la victime ; V. pour des faits similaires, mais s'agissant d'un couple marié et d'une séquestration au domicile conjugal, Cass. crim., 3 mars 1999, pourvoi n° 98-82.142, Inédit.

³⁵⁰ C. Rizk, « Le profil des personnes de 18 à 75 ans s'étant déclarées victimes de violences physiques ou sexuelles par conjoint ou ex-conjoint sur 2 ans, lors des enquêtes "Cadre de vie et sécurité" », *Repères*, n°18, octobre 2012, p. 5, (en ligne), disponible sur le site de l'Institut national des hautes études de la sécurité de la Justice (Inhesj) : <http://www.inhesj.fr/sites/default/files/book/115-62c987/index.html#/1/zoomed>.

³⁵¹ V. *infra*, n°169.

³⁵² J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Paris, Editions Cujas, 2014, n° 328 sq.

d’aller et venir »³⁵³. La séquestration, elle, implique au surplus, des conditions de rétention particulièrement drastiques, avec un degré de confinement et d’inconfort accentué³⁵⁴.

En revanche, la séquestration ne semble pas devoir être considérée comme une amplification de la détention ; ces deux actes doivent être réellement caractérisés séparément. En effet, dans une espèce du 2 mai 2001, une jeune femme retenue en qualité d’otage – en vue de l’exécution d’un ordre ou d’une condition – décède des suites de violences. La Cour de cassation estime que le renvoi des prévenus devant la cour d’assises sous la double qualification de détention et de séquestration aggravées, était tout à fait justifié³⁵⁵. Certains auteurs y ont vu une absence de distinction entre détention, d’une part, et séquestration, d’autre part, puisque même en cas de mauvaises conditions de rétention, la qualification de détention n’a pas été absorbée par la qualification de séquestration³⁵⁶. Cette interprétation par déduction paraît quelque peu hardie. En réalité, cette solution jurisprudentielle vient justement conforter la distinction entre les deux faits. En effet, ces deux modalités de commission sont attentatoires à la liberté d’aller et venir de la victime. Mais, d’un côté, la qualification de détention vise le simple fait de retenir une personne ; d’un autre côté, la séquestration vise le fait de retenir dans des conditions contraignantes. Il n’est pas besoin qu’une incrimination absorbe l’autre, puisque toutes deux renvoient à des réalités différentes. D’ailleurs, la Cour précise que le prononcé de cette double qualification n’est pas contraire au principe *non bis in idem*, en ce que « *la détention et la séquestration illégales sont prévues par le même texte et qu’une seule peine peut être prononcée* »³⁵⁷.

Par ailleurs, les faits de détention et de séquestration sont nécessairement positifs. Ainsi, l’auteur, en l’occurrence le conjoint ou le concubin, doit prendre une part active dans la détention ou la séquestration. Toutefois, la séquestration arbitraire ne nécessite pas pour sa caractérisation, la commission de violences³⁵⁸. Ces violences constituent, en effet, une

³⁵³ P. Mistretta, « Enlèvements et séquestration », *Rép. pén. Dalloz*, 2008, n° 10 .

³⁵⁴ M.-L. Rassat, « Enlèvement, arrestation, détention et séquestration arbitraires, *J.-Cl. pén.* 2009, n° 8 *in fine* ; P. Mistretta, *op. cit.*, n° 14.

³⁵⁵ Cass. crim., 2 mai 2001, pourvoi n° 01-81.338, Inédit.

³⁵⁶ M.-L. Rassat, *op. cit.*, n° 8.

³⁵⁷ Cass. crim., 2 mai 2001, pourvoi n° 01-81.338, Inédit.

³⁵⁸ Cass. crim., 23 décembre 1986, pourvoi n° 85-96-630, Bull. crim. n° 384. Constituent la séquestration, le fait pour des salariés de retenir – pour cause de revendications salariales – leur chef d’entreprise dans les locaux de l’entreprise, même s’ils n’ont pas usé de violences.

circonstance aggravante du délit³⁵⁹. S'agissant enfin de la durée de l'infraction, la détention et la séquestration sont des infractions nécessairement continues³⁶⁰. Mais la jurisprudence précise qu'il importe peu que cette rétention n'ait duré que quelques instants³⁶¹.

Intentionnellement, l'infraction suppose un dol général. Ainsi, l'auteur doit avoir eu la conscience de porter atteinte à la liberté d'aller et venir de la victime. Mais, il doit surtout avoir eu la volonté d'attenter à cette liberté. Toutefois, conformément au principe d'indifférence du mobile en droit pénal, le motif de la détention ou de la séquestration – même sérieux et louable – ne saurait faire obstacle à la caractérisation de l'élément moral de l'infraction³⁶².

b) Les violences d'ordre sexuel

93. La définition de fait. – Les violences sexuelles, quant à elles, se limitent uniquement aux comportements sexuels imposés à la victime. Mais, elles ne doivent pas être considérées comme moins graves que les violences purement physiques étudiées précédemment. Bien au contraire, elles sont sources de traumatismes et de résurgences particulièrement graves chez la victime, qui peine à reconstruire une vie sociale et sentimentale normale plusieurs années après l'agression. De plus, souvent les victimes de viols conjugaux n'ont pas conscience de la réalité de l'agression sexuelle qui leur est imposée par le conjoint ou concubin³⁶³.

Par ailleurs, faute d'éléments de preuve, les juges optent pour une certaine précaution s'agissant d'agressions sexuelles intervenant au sein du couple. Il en ressort une « impression » d'indulgence judiciaire vis-à-vis du conjoint auteur d'agressions sexuelles. Ainsi, Nathalie Tomasini, avocate spécialisée dans la question des violences conjugales, note qu'en moyenne, environ 75 000 plaintes pour viols, sont recueillies chaque année. Sur ce nombre total de plaintes, une sur trois émane d'une conjointe ou d'une concubine. Pourtant,

³⁵⁹ Art. 224-2 C. pén. « *L'infraction de l'article 224-1 est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsque la victime a subi une mutilation ou une infirmité permanente provoquée volontairement [...]* ».

³⁶⁰ Contrairement à l'acte d'arrestation qui est une infraction instantanée.

³⁶¹ Cass. crim. 12 octobre 1977, pourvoi n° 77-91.233, Bull. crim. n°302.

³⁶² M.-L. Rassat, *op. cit.*, n° 9.

³⁶³ Le cas de Samia est éloquent. Selon ses propres mots : « *Je n'avais pas conscience qu'il me violait, c'était le père de ma fille. C'est ton mari donc il ne te viole pas. S'il faut écarter, faut écarter ...* » ; Propos de victime de violences conjugales recueillis par O. Delacroix, V. O. Delacroix, « Les femmes en très grand danger », Dans les yeux d'Olivier, *France 2*, 23 septembre 2015.

seulement 4% de ces affaires sont jugées en Cour d'assises ; et lorsqu'elles y parviennent, les peines prononcées à l'encontre du conjoint agresseur sont souvent plus clémentes que celles prononcées à l'encontre d'un agresseur sexuel, inconnu de la victime³⁶⁴.

94. La qualification de droit, les agressions sexuelles. – Pendant longtemps le mari, qui imposait à son épouse des relations sexuelles par la force, n'était pas inquiété pénalement³⁶⁵, à moins qu'il ne s'agisse de relations sexuelles déviantes – contre nature – sanctionnées au titre des coups et blessures volontaires³⁶⁶. Il fallut attendre la loi du 23 décembre 1980 pour que soit réformée l'infraction de viol³⁶⁷ et qu'elle soit réprimée même au sein du couple marié. Les débats parlementaires mettaient dès lors véritablement en avant une nécessité de respect de la liberté de consentement des époux et de protection de la femme³⁶⁸. C'est donc une réelle prise de conscience progressive du corps législatif, largement confirmée par l'évolution jurisprudentielle³⁶⁹, qui a émergé. D'ailleurs, c'est en des termes non équivoques que la Chambre criminelle précisait que « *l'article 332 du code pénal, en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsque ces actes sont imposés par violence ou contrainte* »³⁷⁰.

³⁶⁴ Propos de Nathalie Tomasini, avocate au Barreau de Paris, recueillis par O. Delacroix, V. O. Delacroix, « *Les femmes en très grand danger* », Dans les yeux d'Olivier, *France 2*, 23 septembre 2015.

³⁶⁵ Cass. crim, 19 mars 1910, *Bull. crim.* n° 153. Cette immunité familiale ne jouait que s'agissant du mariage, de sorte que le concubin ne bénéficiait pas d'une telle impunité.

³⁶⁶ Ces rapports contre nature étaient encore qualifiés d'atteinte à la pudeur V. Cass. crim. 21 novembre 1839, *S.* 1839. 1. 317, concl. A. Dupin ; J. M. Bruguière, « Le devoir conjugal. Philosophie du code et morale du juge », *D.* 2000, p. 10, n° 16.

³⁶⁷ Anc. art. 332 du C. pén.

³⁶⁸ A. Bourrat-Guéguen, « Atteintes à l'adultère », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2013, n° 611. 102.

³⁶⁹ Cass. crim, 17 juillet 1984, *Bull. crim.* n° 260, *D.* 1984. 7, note D. Mayer ; *RSC* 1985. 82, obs. G. Levasseur (cas d'un viol imposé par un mari à sa femme après séparation) ; pour confirmation mais en présence de faits ignobles de violences et de barbaries V. Cass. crim., 5 septembre 1990, n° 90-83.786, *RSC* 1991.348, note G. Levasseur ; dans le cas de rapports sexuels imposés par un époux sans violences et au sein d'un couple non séparé V. Cass. crim., 11 juin 1992, n°91-86.346, *Bull. crim.* n° 232 « *La présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie privée conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire* ».

³⁷⁰ Cass. crim, 5 septembre 1990, *op. cit.* Dès lors, se posait la question de savoir si les rapports sexuels imposés par le conjoint en l'absence de violence ou de contrainte peuvent être qualifiés de viol ?, V. J. Hauser, « Viol entre époux », *RTD civ.* 1991. 301 *in fine* (l'auteur estimait que dans un tel cas, il serait envisageable pour l'époux de se retourner vers le contentieux civil en demandant le divorce pour faute) ; M.-L. Rassat, « La présomption de consentement aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire », *D.* 1993. 117 (l'auteur faisait remarquer que ce qui caractérise le viol ce n'est pas uniquement son élément matériel – usage de violence ou pas – mais son élément moral c'est-à-dire une volonté d'imposer à son conjoint des relations sexuelles que l'on sait non consenties par lui. En effet, le viol n'est pas uniquement une attitude. Dès lors, réprimer efficacement le mariage entre époux aurait nécessité de ne pas faire allusion à la contrainte dans le texte). Depuis la décision Cass. crim., 11 juin 1992, la jurisprudence semblait avoir tranché de manière satisfaisante ce débat.

Pendant longtemps, l'article 222-22 du code pénal prévoyait une présomption de consentement aux relations sexuelles en ces termes : « *la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire* ». Cette présomption n'a été supprimée que récemment par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 précitée, sous l'impulsion de la Mission d'information sur les violences à l'encontre des femmes et de lutte contre les violences faites aux femmes³⁷¹. Ainsi, désormais, l'article 222-22 du code pénal prévoit expressément que sont constituées les agressions sexuelles, dont le viol, « *quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et la victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage* ». Il convient, dès lors, de définir ces agressions sexuelles et leurs éléments constitutifs.

95. La définition des agressions sexuelles : violence, contrainte, menace ou surprise. –

L'article 222-22 du code pénal introduit la section III intitulée « Des agressions sexuelles ». En vertu de ce texte, « *constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise* ». De manière simplifiée, l'agression sexuelle désigne donc l'acte ou le rapport sexuel non consenti. Pourtant, le législateur a tenu à expliciter quatre procédés de violation du consentement de la victime : la violence, la contrainte, la menace, la surprise. Afin de motiver leurs décisions, les juges doivent relever et caractériser de manière circonstanciée, en quoi le consentement de la victime a été forcé ou surpris, par violence, menace, contrainte ou surprise³⁷². À défaut, l'acte ne peut être valablement considéré comme une agression sexuelle pénalement punissable³⁷³. Mais encore faut-il – pour que cette énumération ait du sens – que les caractéristiques de ces adminicules soient significativement distinctes les unes des autres. Or tel n'est pas le cas.

Ainsi, la violence renvoie aux pressions physiques qui seraient exercées sur la personne de la victime en vue de forcer son consentement. La contrainte physique fait, tout autant, référence à de telles pressions physiques imposées, en vue d'obtenir de la victime un acte sexuel contre son gré. En d'autres termes, les définitions de la violence physique et de la contrainte physique sont proches.

³⁷¹ D. Bousquet et G. Geoffroy, Rapport d'information n°1799 au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention, Assemblée nationale, 7 juillet 2009, p. 75 (en ligne) : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1799-t1.asp>

³⁷² E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2016, p. 137, n° 313 ; J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Paris, 6^{ème} éd., Editions Cujas, 2014, p.439, n°740.

³⁷³ Il s'agira donc soit d'une atteinte sexuelle sans violence, contrainte, menace ou surprise si la victime est mineure, soit d'un comportement moralement répréhensible mais non sanctionné par la loi pénale.

Par ailleurs, selon une acception jurisprudentielle constante, la violence peut être aussi psychologique ou morale³⁷⁴. Elle désigne la forte impression que peuvent créer chez la victime, des menaces proférées contre sa personne, ses biens ou à l'encontre de ses proches. Il pourra s'agir des amis de la victime, des membres de sa famille (souvent ses parents et/ou ses frères et sœurs), ses propres enfants ou les enfants communs du couple. Aussi, la violence morale recouvre-t-elle la notion de menace³⁷⁵.

Par voie de conséquence, l'utilité même de la notion de contrainte est amoindrie. En effet, lorsqu'elle est physique – elle est ni plus ni moins absorbée par la notion de violence physique. Lorsqu'elle est morale – elle équivaut aux menaces et aux violences morales. La seule hypothèse dans laquelle, la contrainte morale se définit de manière autonome, c'est lorsqu'elle s'exerce par le biais de promesses de dons, de cadeaux, d'argent ou encore d'un certain confort de vie³⁷⁶. Dans le cas des violences sexuelles intraconjugales, toutes ces promesses découlent d'une certaine dépendance³⁷⁷ installée progressivement par le conjoint violent. Il ne s'agit pas de promesses directes, mais davantage contextuelles. Cette dépendance peut être affective, financière, professionnelle, voire charismatique³⁷⁸.

En somme, les adminicules de la contrainte et de la menace pourraient largement se fondre dans celui de la violence, physique et morale. Traditionnellement, il était admis que la violence physique devait être suffisamment marquée – autrement dit, contraignante – pour paralyser toute capacité de résistance de la victime³⁷⁹. Cette violence ne devrait donc pas laisser à la victime la possibilité de se soustraire à l'atteinte subie. Cependant, dans la pratique, il est vrai que ces violences physiques sont souvent accompagnées de menaces (violences morales)³⁸⁰. Ainsi, la jurisprudence contemporaine a tendance à apprécier de manière plus souple l'exigence de défaut de résistance. Ainsi, les juges retiennent parfois que « *le refus de se prêter à l'agression sexuelle peut se déduire des circonstances de l'espèce, telles que l'existence d'un trouble paralysant qui avait physiquement empêché la victime de*

³⁷⁴ V. *infra*, n° 100 et s.

³⁷⁵ V. Malabat, « Les infractions sexuelles », *Rép. pén. Dalloz*, 2002 (actualisation avril 2016), n° 25.

³⁷⁶ M.-L. Rassat, « Agressions sexuelles », *J.-Cl. pén.*, 2014, fasc. 20, n° 9-14.

³⁷⁷ Pour une analyse du processus d'installation de l'emprise chez la victime, V. *infra*, n°109 et s.

³⁷⁸ Julie a tout juste dix-huit ans lorsqu'elle rencontre et tombe amoureuse de son concubin de dix ans son aîné. Elle confie en ces termes : « *J'étais impressionnée par son charisme* », Propos de victime de violences conjugales recueillis par O. Delacroix, V. O. Delacroix, « Les femmes en très grand danger », Dans les yeux d'Olivier, *France 2*, 23 septembre 2015.

³⁷⁹ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 642, n° 562.

³⁸⁰ V. Malabat, « Les infractions sexuelles », *Rép. pén. Dalloz*, 2002 (actualisation avril 2016), n° 26.

*protester et de s'enfuir*³⁸¹, de la répugnance à de tels actes manifestée par la victime, ou encore du refus de revoir l'agresseur après les faits »³⁸². Dans le cas plus particulier des violences conjugales, la contrainte (physique et morale) inférera, plus largement, de l'état d'emprise sous lequel se trouve la victime vis-à-vis du compagnon violent³⁸³.

Au demeurant, selon certains auteurs, le juge doit tenir compte des « *infériorités physiques de la victime* » pour apprécier *in concreto* l'effet contraignant des violences³⁸⁴. Une telle interprétation s'adapte très mal au phénomène des violences conjugales, notamment sexuelles. En effet, la réalité même de l'emprise annihile toute notion de force ou d'infériorités physiques. L'emprise comme nous le verrons, paralyse d'abord le mental de la victime, puis, seulement par voie de conséquence, ses capacités physiques à se défendre.

Cela transparait au travers du témoignage d'Isabelle³⁸⁵. Isabelle est directrice de spa et a fait des études poussées. Elle est ceinture noire de judo. Pourtant, elle a été victime durant plusieurs années de violences physiques et sexuelles de la part de son concubin. Elle confiera à la juriste de l'association d'aide aux victimes d'infractions pénales : « *Je perds mes moyens face à lui ...* ».

De même, une telle interprétation de la résistance pourrait mener à une appréciation faussement sexuée de la violence sexuelle. En effet, au-delà d'un état de vulnérabilité de la victime dû à un trouble mental ou physique, elle pourrait encore conduire à inférer la capacité de résistance, des différences et inégalités anatomiques et musculaires entre hommes et femmes. Pourtant, les enquêtes « Cadres de vie et sécurité » menées entre 2008 et 2014, évaluent que par tranches de deux ans, le nombre d'hommes victimes de violences sexuelles

³⁸¹ La violence peut par exemple découler d'un état d'anxiété et d'inhibition de la victime restée passive, V. Cass. crim. 25 octobre 1994, pourvoi 94-83726, Inédit. Au cours d'une consultation médicale, un médecin invite sa patiente à s'installer dans une pièce sombre ; s'absente puis se présente à nouveau à l'intéressée totalement nu. Il commence à la masser et à la déshabiller, avant de la pénétrer. La victime était alors restée sans réaction, alors qu'elle aurait pu facilement se soustraire, antérieurement à la pénétration, aux agressions sexuelles et viol. La Chambre criminelle retient qu'est caractérisé « *l'élément de contrainte* ». Remarquons qu'ici que la contrainte physique se double d'une contrainte morale. Elles s'apparient à des violences physiques et morales, en ce qu'elles constituent des pressions exercées sur la victime. Pourtant, les juges d'appel avaient relevé, pour leur part, la surprise. C'est dire à quel point ces notions sont proches et délicates à apprécier dans la pratique.

³⁸² Nîmes, ch. acc., 9 décembre 1983, JCP. éd. G. 1985. II. 20482, note F.-J. Pansier (viols et agressions sexuelles pratiqués sur plusieurs mineurs par un chef scout).

³⁸³ Sur le processus de l'emprise, V. *infra*. n° 114.

³⁸⁴ V. Malabat, *op. cit.*, n° 27.

³⁸⁵ Dossier-victime suivie par l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales (ADIAV), Montpellier, 2 juin 2016.

de la part d'un conjoint cohabitant s'élève à 8000 enquêtés³⁸⁶. Ainsi, il est certes indéniable que la proportion d'hommes victimes d'agressions sexuelles par conjoint (0,5 pour mille) est considérablement inférieure à celle des femmes victimes des mêmes faits (4,0 pour mille). Néanmoins, ces chiffres permettent d'affirmer que les agressions sexuelles imposées par violence, contrainte ou menace ne seraient pas de l'apanage d'agents physiquement dominants. Malheureusement, il est possible de déplorer que cette étude ne précise pas si la victime vivait en couple hétérosexuel ou homosexuel au moment des faits³⁸⁷.

Enfin, la surprise, quant à elle, a pour résultat de surprendre le consentement de la victime. Sont visées ici, les hypothèses d'emploi de stratagème ou de ruse³⁸⁸, ou l'incapacité de la victime à consentir à l'acte³⁸⁹. C'est, encore le cas lorsque l'auteur va profiter d'un moment d'inconscience de la victime³⁹⁰.

96. Le viol. – Le viol est incriminé par l'article 222-23 du code pénal. Il est puni de quinze ans de réclusion criminelle, et de vingt ans lorsqu'il est commis par un conjoint, concubin ou partenaire selon l'article 222-23, 11° du code pénal.

Matériellement, tout d'abord, le viol nécessite une atteinte sexuelle imposée à la victime contre son gré³⁹¹. Comme nous l'avons précisé, cette atteinte est commise avec violence, menace, surprise ou contrainte. Plus précisément, cette atteinte sexuelle doit consister dans un acte de pénétration, de quelque nature qu'il soit. Il peut donc s'agir de la pénétration d'un autre sexe, d'une fellation ou d'une sodomie, par le sexe de l'auteur ou au moyen d'un

³⁸⁶ C. Rizk, « Éléments de profil des hommes et des femmes de 18 à 75 ans ayant déclaré avoir été victimes de violences physiques et sexuelles sur deux ans par conjoint cohabitant. Enquêtes " Cadre de vie et sécurité " Insee-ONDRP de 2008 à 2014 », *op. cit.*, p. 11.

³⁸⁷ Les enquêtes « Cadres de vie et sécurité » ne visent en effet que le sexe, l'âge, le milieu socioprofessionnel de la victime et sa situation matrimoniale (mariage, concubinage ou PACS).

³⁸⁸ Cass. crim., 14 juin 1995, pourvoi n° 94-85.119, *Dr. pén.* 1995, comm. 222, note M. Véron (tentative d'agression sexuelle par un homme qui se fait passer pour un médecin pour attirer une femme en recherche d'emploi dans son appartement).

³⁸⁹ En cas de troubles physiques ou handicaps, V. Grenoble, 31 mai 2001, req. n° 99/01935 (victime atteinte de myopathie) ; ou en cas de troubles mentaux ; V. Cass. crim., 27 novembre 1996, pourvoi n° 96-83.954 (le prévenu se faisant passer pour un guérisseur, se rend coupable d'escroquerie et de viol sur une victime en état de dépression et de faiblesse mentale).

³⁹⁰ Pau, 20 décembre 2000, req. n° 000/00464 (insertion d'un doigt dans le vagin d'une jeune fille de dix-sept ans pendant qu'elle était endormie).

³⁹¹ « *Le viol ne peut être poursuivi entre époux qu'en cas de pratiques sexuelles imposées par violence ou contrainte* », Cass. crim. 26 septembre 1994, pourvoi n° 94-83.277, Inédit (en l'occurrence cet état de contrainte n'a pas été retenu par les juges car « *en dehors des allégations de la prétendue victime* », l'existence effective de violence n'a pas été prouvée). Une fois de plus, se pose une difficulté de preuve en matière de criminalité familiale.

objet³⁹² ; à condition dans ce dernier cas que soit démontrée la connotation sexuelle de l'acte³⁹³. En outre, il résulte de l'article 222-23 du code pénal, que ce fait matériel de pénétration doit être commis sur la personne d'autrui. Ainsi, « *l'élément matériel du viol ne peut être caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime* ». C'est ce qu'affirme clairement la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son arrêt du 21 octobre 1998, sur le fondement de la règle de l'interprétation stricte de la loi pénale de l'article 111-4 du code pénal³⁹⁴. En l'espèce, en effet, il était question de coïts encouragés par un père et sa deuxième épouse, entre son fils et cette dernière. En somme, il s'agissait de rapports sexuels imposés par une femme à un homme. Or, de toute évidence, une personne de sexe féminin – de par sa physionomie même – ne pourrait imposer une pénétration à un homme. Si bien que la qualification de viol ne pourrait être retenue pour de tels actes.

Cette interprétation de la Chambre criminelle a été saluée par plusieurs auteurs qui y voyaient un juste retour à la rigueur jurisprudentielle³⁹⁵. Auparavant, en effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation adoptait une position différente. Elle jugeait que l'acte de pénétration – des fellations en l'occurrence – devait être qualifié de viol, « *dès lors qu'il [était] imposé par violence, contrainte, menace ou surprise, à celui qui le [subissait] ou à celui qui le [pratiquait]* »³⁹⁶. Dès lors, à considérer que la pénétration puisse être agie ou subie, la transposition de cette solution à l'espèce de 1998, aurait eu pour conséquence d'admettre une indifférence de sexe, s'agissant de l'auteur du viol. Néanmoins, certains auteurs déploraient qu'un tel détournement de la loi pénale puisse servir une « *vision surréaliste* », tendant à faire

³⁹² Cass. crim. 27 avril 1994, pourvoi n° 94-80. 547, Bull. crim. n°157. Une mère et son compagnon imposent à une fillette une sodomie. La mère, dans « *un but d'initiation sexuelle* », impose à sa fille des pénétrations anales avec le doigt et au moyen de carottes.

³⁹³ Cette exigence sera évidemment exigée en cas de pénétrations anales, la pénétration vaginale ayant la plupart du temps une connotation sexuelle. Ici, la jurisprudence souhaite exclure de la répression le fait pour un parent d'introduire un objet à visée curative dans l'anus de son enfant, tel un suppositoire ; V. Cass. crim. 27 avril 1994, pourvoi n° 94-80. 547, Bull. crim. n°157, précité (emploi de lubrifiant, éducation sexuelle).

³⁹⁴ Cass. Crim. 21 octobre 1998, pourvoi n° 98-82. 843, Bull. crim. n° 274, D. 1999, 75, note Y. Mayaud. S'agissant de coïts imposés par une femme à un homme, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que « *l'élément matériel du crime de viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime* ».

³⁹⁵ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal, op. cit.*, p. 648, n° 648. L'auteur juge cette décision « *indiscutablement juridique* », bien que socialement elle conduise à une inégalité certaine des hommes et des femmes, auteurs d'agressions sexuelles, face au quantum de la peine.

³⁹⁶ Cass. crim., 16 décembre 1997, pourvoi n° 97-85455, Bull. crim. n° 429. Ici, il était question de fellations réalisées, par contrainte, par les prévenus sur des mineurs. Par la suite, la Chambre criminelle change de position : les fellations pratiquées par l'auteur sur la victime constitue une agression sexuelle et non un viol, V. Cass. crim., 22 août 2001, pourvoi n° 01-84.024, Bull. crim. n° 169.

de l'incrimination de viol « *un instrument d'égalité entre les sexes [féminin et masculin]* »³⁹⁷. En définitive, cela signifie que la conjointe, la concubine, la partenaire d'un PACS ou l'ex d'un homme, victime de violences au sein de son couple, ne pourrait être reconnue coupable de viol.

Pourtant, cette réalité juridique est regrettable, voire choquante. En effet, d'une part, la définition actuelle et plus objective de l'infraction de viol semble s'opposer à une quelconque distinction en fonction du sexe de l'auteur. Ainsi, auparavant le viol était conçu comme « *la conjonction charnelle d'un homme avec une femme, contre son gré ou sans le consentement de celle-ci* »³⁹⁸. Aujourd'hui, il ne suppose plus nécessairement de rapports charnels pour être caractérisé ; de sorte que l'argument de la physiologie de la femme ne saurait être efficace. D'ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de retenir une qualification de viol à l'encontre de la femme ayant usé d'un objet en vue de pénétrer sexuellement un homme. Dans une telle hypothèse, le sexe de la victime devient alors indifférent. Aussi, le fait pour une femme d'introduire un manche à balai³⁹⁹ ou un manche de pioche recouvert d'un préservatif⁴⁰⁰ dans l'anus d'un homme, est-il constitutif d'un viol. Et pour cause, de manière purement objective, ce dernier désigne simplement « *l'acte de pénétration sexuelle, de quelque nature que ce soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise* »⁴⁰¹. En conséquence, le mythe d'un viol d'initiative masculine uniquement doit être dépassé aujourd'hui.

Cela est également valable s'agissant de l'hypothèse d'un viol commis par la femme sur la personne de son époux. En effet, rien ne semble s'imposer à l'application de la récente pénalisation du viol entre époux – telle que conçue aujourd'hui à l'article 222-22 du code pénal précité⁴⁰² – à la femme auteur. Bien que cette réforme visait initialement à condamner le viol imposé par le mari à son épouse, il serait de bon aloi que l'exigence de parité

³⁹⁷ Y. Mayaud, « Du viol et de ses conséquences : après le dérapage, le rattrapage, ou du retour à la légalité », *D.* 1999. 75.

³⁹⁸ Anc. art. 332 du C. pén. de 1810, cité par A. Vitu, *Droit pénal spécial*, 1^{ère} éd., Edition CUJAS, coll. Traité de droit criminel, 1982, n°1852, p. 1501.

³⁹⁹ Cass. crim., 24 juin 1987, pourvoi n° 86-96712, Bull. crim. n° 265.

⁴⁰⁰ Cass. crim., 6 décembre 1995, pourvoi n° 95-84881, Bull. crim. n° 372.

⁴⁰¹ Art. 222-23 du C. pén.

⁴⁰² V. *supra*, n°95. Art. 222-22 du C. pén. Les agressions sexuelles sont incriminées « *quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et la victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage* ». Ce texte ne fait aucune distinction de sexe quant à l'auteur de l'agression sexuelle, membre du couple.

contemporaine affichée par le législateur⁴⁰³ se retrouve également dans la pratique judiciaire et l'expertise doctrinale.

D'autre part, ce stéréotype quant au genre du délinquant sexuel apparaît injuste, en ce que pour une même intensité dans la violence sexuelle, un homme encourra une peine criminelle, alors que la femme n'encourra qu'une peine délictuelle⁴⁰⁴.

S'agissant ensuite de la caractérisation de l'élément intentionnel du viol, l'auteur doit avoir eu la volonté et la conscience de porter atteinte à l'intégrité physique de la victime en lui imposant des rapports sexuels non désirés.

97. Les agressions sexuelles autres que le viol. – Les agressions sexuelles autres que le viol sont régies par les articles 222-27 et suivants du code pénal. Elles sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Lorsqu'elles sont commises par le conjoint, la peine s'élève à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende (article 222-28, 7°).

Matériellement, l'agression sexuelle se caractérise par défaut ; c'est-à-dire que tout ce qui n'est pas qualifié viol constitue une agression sexuelle. Les agressions sexuelles se distinguent du viol par leur résultat⁴⁰⁵. En effet, elles désignent toute atteinte sexuelle n'allant pas jusqu'à la pénétration. Toutefois, tous les actes de pénétration ne sont pas constitutifs d'un viol. Comme nous l'avons précisé, la pénétration doit avoir été pratiquée par l'auteur, sur la personne de la victime. Dès lors, toute pénétration réalisée par la victime sur la personne de l'auteur ne pourrait être sanctionnée qu'en tant qu'agression sexuelle, au sens des articles 222-27 et suivants du code pénal⁴⁰⁶. De même, l'agression sexuelle suppose *in concreto* un contact de nature sexuelle, sur une victime vivante. Ce peut être concrètement des caresses, des baisers ou attouchements sur des parties du corps à connotation sexuelle de la victime⁴⁰⁷. Par ailleurs, l'atteinte sexuelle incriminée doit avoir été imposée à la victime en

⁴⁰³ C. Ménabé, *La criminalité féminine*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 45, n°29. L'auteur précisait que le faible taux de viols et d'agressions sexuelles commises par une femme, ne doit pas occulter l'existence concrète de dispositions pénales permettant de qualifier de tels actes.

⁴⁰⁴ V. *infra*, n°98.

⁴⁰⁵ V. Malabat, *ibidem*, n°12 sq.

⁴⁰⁶ Cass. crim., 22 août 2001, précité.

⁴⁰⁷ M.-L. Rassat, « Agressions sexuelles », *op. cit.*, n° 83. Précisons que cette atteinte doit entraîner un contact entre la victime et l'auteur. Ainsi, le fait pour un individu de se caresser lui-même des parties du corps à connotation sexuelle n'est pas une atteinte sexuelle au sens de l'article 222-27 du code pénal. Il peut s'agir tout au plus d'une exhibition sexuelle (article 222-32) ou d'un harcèlement sexuel (art. 222-33).

violation de son consentement. Ainsi, à l'instar du viol, l'agression sexuelle suppose qu'elle ait été commise avec « *violence, contrainte, menace ou surprise* »⁴⁰⁸.

Intentionnellement, l'auteur de l'atteinte doit avoir eu conscience de la nature sexuelle et impudique de ses actes et du défaut de consentement de la victime⁴⁰⁹.

En revanche, se pose la question de la définition de la tentative d'agression, incriminée par l'article 222-31 du code pénal, s'agissant des violences conjugales. En effet, lorsque l'infraction d'agression sexuelle est consommée, sa caractérisation ne pose pas de difficultés. Ainsi, le comportement qui se résume en une atteinte de nature sexuelle, sans pénétration est – sans aucun doute – constitutif d'une agression sexuelle. Cependant, il en va autrement dans l'hypothèse où l'infraction d'agression sexuelle serait interrompue. D'une part, dans un tel cas de figure, le commencement d'exécution de l'agression sexuelle se confond aisément avec la phase des actes préparatoires de l'infraction⁴¹⁰. D'autre part, il est délicat de déterminer si l'auteur a souhaité limiter son action à une « simple » agression sexuelle, ou s'il recherchait en réalité la pénétration⁴¹¹. À dire vrai, c'est l'observation des actes matériels déjà accomplis – s'ils tendent directement et immédiatement à la consommation de l'infraction – qui permettra d'orienter l'appréciation du juge⁴¹².

Dès lors, la caractérisation de la tentative d'agression sexuelle semble complexe ; et en matière de violences intraconjugales, elle devient quasi illusoire. En effet, dans le huis clos de la vie conjugale, il est d'autant plus difficile de savoir – compte tenu de l'intimité sexuelle préexistante dans ces cas – si le conjoint a eu l'intention d'aller jusqu'à la pénétration sexuelle

⁴⁰⁸ Art. 222-22 du C. pén.

⁴⁰⁹ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2016, p. 145, n° 332.

⁴¹⁰ Pourtant la jurisprudence a déjà eu l'occasion de retenir la qualification de tentative d'agression sexuelle. Ainsi, par exemple, commet une tentative d'agression sexuelle, l'homme qui – se faisant passer pour un médecin – met en place un stratagème pour attirer dans son appartement une jeune femme en recherche d'emploi et l'invite à se dévêtir afin de pratiquer sur elle un examen médical présenté comme une condition à l'embauche. Les juges estiment ici que de tels faits s'apparentent à un véritable commencement d'exécution, et non à de simples actes préparatoires. De plus, la tentative n'a été interrompue qu'en raison du refus et de la fuite de la victime, et non en raison d'un désistement volontaire de l'auteur ; V. Cass. crim., 14 juin 1995, pourvoi n° 94-85.119, précité.

⁴¹¹ Précisons d'ailleurs ici, que l'auteur a un intérêt certain à prétendre n'avoir pas voulu commettre un viol, mais uniquement une agression sexuelle, compte tenu de la différence de peines encourues entre ces deux infractions. Par conséquent, cela aura des conséquences non négligeables sur la recherche et la caractérisation de l'intention vraie de l'auteur.

⁴¹² V. Malabat, « Les infractions sexuelles », *ibidem*, n°16. Ainsi, il est évident que le prévenu qui a essayé de pénétrer la victime avec son sexe, après lui avoir enduit l'anus de crème, avait l'intention de commettre un viol, et non pas seulement une agression sexuelle. Il s'agit d'une tentative de viol, la victime ayant réussi à se dégager en se retournant suite à la douleur ressentie par elle, V. Cass. crim. 8 février 1995, pourvoi n° 94-85468, Inédit.

ou s'il pensait commettre une agression sexuelle. De même, ayant sa victime à portée de contrôle, le conjoint violent parviendra plus aisément à la consommation de l'infraction – viol ou agression sexuelle – les causes d'interruptions involontaires étant considérablement moins nombreuses. En conséquence, cette qualification de tentative d'agressions sexuelles semble présenter un intérêt limité, dans la pratique.

c) Les violences psychologiques

98. La définition de fait. – Les violences ne sont pas uniquement corporelles. Elles peuvent être aussi psychologiques. Pendant longtemps, l'importance de ces violences et leurs conséquences, ont été ignorées par l'opinion publique. En raison d'un faible nombre de dénonciations de ces faits, et parce qu'elles sont de celles qui ne laissent pas de traces, ces violences morales étaient soit insoupçonnées, soit considérées comme négligeables. Depuis l'enquête nationale sur les violences faites aux femmes en France (ENVEFF) en 2000, la lumière a été faite sur cette nature de violences et a interpellé les pouvoirs publics, ainsi que les autorités normatives. En effet, selon cette étude, au cours de l'année 2000, 37 % des violences commises au sein des couples correspondaient à des pressions psychologiques (harcèlement moral notamment). De plus, cette enquête montrait que ces violences psychologiques étaient souvent réitérées par leur auteur⁴¹³.

Les pressions psychologiques visées ici sont plus persistantes, plus appuyées et pernicieuses que des menaces et des agressions verbales. Elles consistent véritablement dans des « *actions de contrôle, d'autorité, des attitudes de dénigrement et de mépris* »⁴¹⁴. C'est le fait, par exemple, d'exiger du conjoint ou concubin qu'il se coiffe ou se vêtisse d'une certaine façon ; de contrôler ses fréquentations ou de le couper de sa famille, de ses amis. C'est encore le fait de le rabaisser en public ou dans l'intimité. Il peut également s'agir d'attendre de lui qu'il adopte un comportement déterminé en public, soit qu'il s'agisse d'un comportement effacé, soit à l'extrême opposé, d'un comportement aguicheur⁴¹⁵.

⁴¹³ Selon l'enquête, 24 % de violences psychologiques sont réitérées.

⁴¹⁴ Maryse Jaspard et équipe ENVEFF, *op. cit.*, p. 3.

⁴¹⁵ Aurélia a rencontré celui qui deviendra son époux à l'âge de vingt ans. Elle subira de sa part des violences physiques, sexuelles et psychologiques. Il exigeait notamment d'elle qu'elle accoste des étrangers pour avoir des rapports sexuels avec eux. « *Il m'a dit un jour vu que tu es une putain, tu vas aller rencontrer un homme, que ce soit un papa ou un inconnu. Il décidait que c'était cette personne là et personne d'autre. Et il fallait que j'arrive à emmener cette personne chez nous et que je fasse l'amour avec. Et il était là pour regarder, ça l'excitait.*

99. La qualification pénale. – Il convient ici d'envisager deux qualifications principales : d'abord, les violences volontaires à caractère psychologique ; puis, les infractions de harcèlement sexuel et moral.

100. Les violences volontaires psychologiques. – Les éléments matériel et moral des violences psychologiques sont semblables à ceux des violences physiques, précédemment étudiées. En effet, l'acte matériel de violence devra être positif, et l'auteur devra avoir eu la volonté de commettre cet acte. De même, les peines encourues pour ces violences morales ne diffèrent pas davantage⁴¹⁶.

En revanche, lorsque l'acte de violence est psychologique, il ne consiste pas à porter des coups à la victime. Mais, il doit être de nature à provoquer chez la victime une vive impression, même en l'absence de contact matériel entre elle et l'auteur.

Depuis le XIX^{ème} siècle, la jurisprudence a l'habitude de retenir cette qualification pénale lorsque ces violences ont causé à la victime un « choc émotif »⁴¹⁷. C'est le cas, par exemple, concernant le fait de porter des coups à un véhicule dans lequel se trouve la victime⁴¹⁸ ou le fait de porter de grands coups sur la surface d'un appartement⁴¹⁹. Cependant, spécialement pour ces violences psychologiques, la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, a créé une nouvelle disposition pénale à l'article 222-14-3 du code pénal. Ce texte dispose ainsi que « les violences prévues par les dispositions de la précédente section sont réprimées, quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques ».

J'étais son jouet ...», Propos de victime de violences conjugales recueillis par Olivier Delacroix, V. O. Delacroix, « *Les femmes en très grand danger* », Dans les yeux d'Olivier, France 2, 23 septembre 2015.

⁴¹⁶ V. *supra*, n° 91.

⁴¹⁷ F. Pillet, *Proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*, Rapport n° 564 (2009-2010) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, 17 juin 2010, p. 83.

⁴¹⁸ Cass. crim. 18 mars 2008, pourvoi n° 07-86. 075, RSC 2008. 587, obs. Y. Mayaud (un individu frappe avec une barre de fer sur le véhicule d'une femme qui l'avait invectivé en pleine circulation, en vue d'intimider celle-ci) ; Toulouse, 3^{ème} ch., 8 septembre 2008, n°07/00566, Dr. pén. 2009, comm. 17, obs. M. Véron, précité.

⁴¹⁹ Cass. crim. 22 octobre 1936, Bull. crim. n° 97 (un homme qui frappe violemment sur le plafond d'un appartement toutes les nuits, provoquant chez son voisin une maladie nerveuse), V. F. Pillet, *op. cit.*, p.83.

D'un apport essentiellement déclaratif, ce texte se contente en réalité d'avaliser *a posteriori* une jurisprudence déjà ancrée depuis de nombreuses années⁴²⁰. Mais surtout, la portée de cette clarification symbolique concernant les violences psychologiques demeure limitée dès lors que ces violences restent quasi impossibles à démontrer. En effet, lorsque les violences sont physiques, la victime peut faire constater médicalement les dommages corporels⁴²¹. Mais les violences psychologiques ne laissent pas de trace. Dès lors, à moins de recourir au témoignage de l'enfant – qui devient rapidement l'arbitre des conflits entre ses parents – ou de l'entourage, les modalités de preuve offertes à la victime sont ténues.

101. Le harcèlement sexuel. – Dans le cas plus particulier des violences intraconjugales, la qualification pénale de harcèlement sexuel trouvera son utilité dans deux situations. La première, lorsque le conjoint violent cohabitant, exercera sur la victime des intimidations et pressions morales à connotation sexuelle – en vue de l'humilier, la rabaisser ou la mettre mal à l'aise, en privé ou en public. La seconde, lorsque l'auteur – séparé ou divorcé de la victime – continuera à la harceler sexuellement. Évidemment, lorsque les actes de harcèlement sexuel auront été suivis d'un contact de nature sexuelle entre la victime et l'auteur – ou un tiers⁴²², ce sont les qualifications d'agressions sexuelles simples et de viol qui devront être retenues.

Le Conseil Constitutionnel a abrogé, par sa décision du 4 mai 2012⁴²³, l'ancienne rédaction de l'article 222-33 du code pénal⁴²⁴, siège de l'incrimination de harcèlement sexuel. Ainsi, depuis la loi n°2012-954 du 6 août 2012⁴²⁵, cette incrimination a fait peau neuve. La nouvelle infraction de l'article 222-33 pose aujourd'hui une définition bicéphale du harcèlement sexuel⁴²⁶. Il peut être, d'une part, « *le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des*

⁴²⁰ C. Pomart-Nomdédéo, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *D.* actualité, 9 septembre 2010, étude 20, n°5 ; A. Bourrat-Guéguen, « Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre des violences au sein du couple », *JCP.* éd. G, 2010. 805, p. 88.

⁴²¹ Quoique, le constat médical seul, non corroboré par d'autres éléments ne suffise pas toujours à prouver les violences, V. Cass. crim., 21 février 2006, *pourvoi n°05-84.015*, Bull. crim. n°49, *AJ pén.* 2006. 264, obs. Girault. La Cour estime qu'en l'absence de témoignages décrivant les violences – de plus, « *les enfants du couple disant ne jamais avoir assisté à des scènes de violences entre leurs parents* » – le certificat ne suffit pas à prouver que les hématomes de la femme sont imputables au prévenu.

⁴²² Comme ce fut le cas pour Aurélia, victime de violences psychologiques, physiques et sexuelles, dont certaines par procuration, V. *supra*, n° 100.

⁴²³ Cons. const., décision n°2101-240 QPC du 4 mai 2012, *JO* du 5 mai 2012.

⁴²⁴ Anc. art. 222-33 C. pén : « Le fait de harceler autrui, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

⁴²⁵ Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *JO* du 7 août 2012, p.12921.

⁴²⁶ Cette réforme a suscité énormément de critiques, au sein de la doctrine mais aussi de la part des associations de victimes de harcèlement sexuel. Ces critiques pointent du doigt les carences et malfaçons du texte. Pour un approfondissement, V. E. Dreyer, « Que veut-on protéger au titre du harcèlement sexuel ? », *JCP.* éd. G. 2012,

propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité, en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ». D'autre part, il peut résider dans « *le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent, d'obtenir un acte de nature sexuelle* ». Dans les deux cas, ce délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Ces peines seront portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende lorsque les faits auront été commis sur une victime dont la particulière vulnérabilité – en raison de son âge, d'une maladie, une infirmité, une déficience physique ou psychique, ou de son état de grossesse – était connue de l'auteur ou au moins apparente. Il en ira de même lorsque cette particulière vulnérabilité ou dépendance de la victime résulte de sa situation de précarité économique ou sociale.

Ainsi conçue, la nouvelle infraction de harcèlement sexuel ne vise pas directement à protéger la liberté sexuelle ou l'intégrité physique de la personne⁴²⁷. En effet, la finalité même de l'infraction n'est plus, comme c'était le cas auparavant, d'obtenir des faveurs de nature sexuelle. Aujourd'hui, la valeur protégée du harcèlement s'est déplacée vers une sauvegarde de l'intégrité morale et la dignité de la victime. C'est la raison pour laquelle – en dépit du positionnement de cette incrimination dans le Code pénal ou dans les ouvrages académiques de droit pénal spécial⁴²⁸ – il semble plus judicieux de l'aborder au titre des violences psychologiques. Par ailleurs, aucun élément textuel ne fait obstacle à ce que le champ d'application de l'incrimination soit étendu au-delà du milieu professionnel de l'individu, sphère de prédilection quant à la répression de ce délit. Ainsi, la cellule familiale, et plus précisément conjugale ici, est un lieu propice aux harcèlements sexuels.

S'agissant des actes matériels constitutifs de l'infraction, il faut distinguer le harcèlement sexuel principal (article 222-33, I), d'une part, et le harcèlement sexuel assimilé (article 222-33, II), d'autre part.

Libre propos 1057 ; P. Mistretta, « Harcèlement », *Rép. pén. Dalloz* 2013, n° 9-40 ; M. Véron, « Une nouvelle définition de l'infraction : application dans le temps et remèdes au vide juridique. Harcèlement sexuel », *Dr. pén.* 2012, comm. 127.

⁴²⁷ Pour un approfondissement de la question, V. E. Dreyer, « Que veut-on protéger au titre du harcèlement sexuel ? », *JCP. éd. G.* 2012, Libre propos 1057.

⁴²⁸ L'infraction est placée en dernière position dans la Section du Code pénal intitulée « *Des agressions sexuelles* ». Par ailleurs, certains pénalistes choisissent de l'étudier en même temps que les atteintes sexuelles contraires à la moralité ou à la liberté sexuelle, V. J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Paris, 6^{ème} éd., Editions Cujas, 2014, p. 435-437 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2016, p. 149.

Premièrement, le harcèlement principal suppose d'infliger à autrui des comportements ou des propos, ayant une connotation sexuelle. La nature sexuelle des actes permet essentiellement, ici, de différencier le harcèlement sexuel du harcèlement moral des articles 222-33-2 et suivants du code pénal. De même, les termes de « comportements » et « propos » sont volontairement larges. Il est admis qu'il puisse s'agir d' « avances sexuelles de toutes sortes, de remarques et boutades grivoises »⁴²⁹. C'est, dans tous les cas, aux juges du fond qu'il reviendra d'apprécier souverainement les faits susceptibles de rentrer dans le champ d'application de l'infraction ; ainsi que leur caractère sexuel ou non.

Également, le texte reste silencieux sur la forme et le support des comportements et propos à incriminer. En effet, se pose la question de savoir si ces propos et comportements peuvent se matérialiser par des écrits ou s'ils doivent se limiter à des paroles. Cette imprécision légale est d'autant plus regrettable que l'on présume l'ampleur que peut prendre l'utilisation des procédés électroniques dans la commission de ces faits (SMS, mails, réseaux sociaux). De plus, les actes visés doivent avoir été répétés par l'agent. Enfin, ces actes doivent avoir pour résultat de porter atteinte à la dignité de la victime, en l'humiliant ou en cultivant une situation hostile, intimidante ou offensante.

Deuxièmement, le harcèlement par assimilation est construit par le législateur comme une infraction simple, contrairement au harcèlement précédent. En effet, selon l'article 222-33, II du code pénal, le fait – « même non répété » – d'user d'une pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle⁴³⁰, constitue l'élément matériel de l'infraction.

Aussi, ce choix législatif et cette technique d'incrimination du harcèlement sexuel peuvent sembler sibyllins, en ce qu'ils visent à contracter dans la même incrimination, deux sous-infractions ; l'une d'habitude, l'autre simple⁴³¹. S'agissant du harcèlement assimilé donc, un seul fait suffit à caractériser l'infraction et à entrer en voie de condamnation. Mais dans le même temps, cela ne veut aucunement dire que le fait incriminé ne puisse pas être répété par l'auteur, dans la pratique. Cependant, la répétition n'aura pas d'incidence sur la peine encourue.

⁴²⁹ P. Mistretta, « Harcèlement », *Rép. pén. Dalloz* 2013, n°20.

⁴³⁰ Précisons ici, une malfaçon législative dans la cohérence de l'incrimination de l'article 222-33. En effet, les deux harcèlements sexuels ne poursuivent pas les mêmes finalités. On ne sait pour quelle raison, le législateur fait de l'atteinte à la dignité de la victime l'objet du harcèlement principal. Alors que, l'obtention d'un acte de nature sexuelle forme celui du harcèlement assimilé. Cela dénote là encore un défaut de logique et une absence de vision d'ensemble, dans la technique d'incrimination du législateur.

⁴³¹ Il s'agit là d'une « bizarrerie législative » tendant à un détournement du droit pénal, s'agissant de la technique d'incrimination répressive classique, V. n° 323.

En outre, le texte fait référence à l'usage de « *toute forme de pression grave* ». Cette expression est particulièrement floue, en ce qu'elle n'indique ni les formes possibles de pression visées, ni la gravité de la pression exigée. La circulaire d'application de la loi du 7 août 2012 apporte quelques précisions cependant. Selon elle, « *le caractère de gravité s'appréciera au regard du contexte, et plus précisément des relations existant entre le harceleur et sa victime, de la situation dans laquelle se trouve cette dernière, et de sa capacité plus ou moins grande à résister à la pression dont elle est l'objet* »⁴³². Dès lors, la question se pose de savoir si la relation de couple qui existerait entre l'auteur et la victime constituerait un critère de gravité ? De même, il est possible de se demander si cette gravité sera considérée comme plus ou moins importante, en fonction de l'actualité ou de l'ancienneté de la relation ? De plus, est-ce que l'appréciation de « *la situation dans laquelle se trouve la victime* » tient compte du phénomène d'emprise auquel est assujéti la victime de violences conjugales ? Autant d'interrogations, qui là encore seront laissées à l'appréciation potentiellement discrétionnaire des juges. Enfin, précisons que le harcèlement assimilé doit conduire soit à l'obtention d'un acte sexuel au profit du harceleur lui-même, soit à l'obtention de cet acte au profit d'un tiers.

Concernant l'élément moral de l'infraction, auparavant il semblait devoir se déduire de la matérialité de l'acte⁴³³. La nouvelle infraction (principale et assimilée), quant à elle laisse subsister quelques doutes. Il est évident que l'infraction de harcèlement sexuel est intentionnelle, en vertu de l'article 121-3, alinéa 1 du code pénal. L'intention suppose, tout d'abord, un dol général – c'est-à-dire que l'agent doit avoir la connaissance du caractère répréhensible de son acte et la conscience de commettre des actes de harcèlement⁴³⁴. Cependant, la rédaction nouvelle met également en présence un dol spécial. En effet, l'auteur doit rechercher un résultat déterminé. Soit, pour le harcèlement principal, celui de porter atteinte à la dignité de la victime ou de créer une situation intimidante à son encontre. Soit, il s'agira – pour l'auteur du harcèlement assimilé – d'obtenir un acte de nature sexuelle pour lui ou pour un tiers. Mais dans ce dernier cas, le texte précise que ce but peut être réel, ou seulement apparent. Autrement dit, l'auteur peut très bien rechercher l'acte sexuel, tout comme il peut rechercher – sous couvert d'une faveur sexuelle – à humilier, intimider ou

⁴³² Circulaire du 7 août 2012 n° CRIM 2012 -15 / E8 présentant les dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n° 2012- 954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, p. 6 (en ligne) consultable sur le site de l'Intranet Justice : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_circulaire_07082012.pdf.

⁴³³ M.L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, p. 516, n° 450.

⁴³⁴ P. Mistretta, « Harcèlement », *Rép. pén. Dalloz* 2013, n° 34.

offenser la victime. Étrangement, cela fait penser au résultat du harcèlement principal, précédemment étudié. Dès lors, le choix du législateur de prévoir deux harcèlements, avec deux finalités distinctes, se comprend d'autant moins. Mais, d'une manière générale, cette formulation vague peut englober un nombre insoupçonné de desseins et projets de la part de l'auteur, qu'il devient difficile de borner.

À n'en pas douter, cet imbroglio textuel conduira à des difficultés d'interprétation judiciaire, puisqu'en définitive on a du mal à déterminer ce que répriment exactement ces modalités de harcèlement sexuel.

102. Le harcèlement moral. – C'est la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale⁴³⁵ qui a incriminé le délit générique de harcèlement moral, dans le cadre spécifique des relations de travail⁴³⁶. En effet, l'article 222-33-2 du code pénal⁴³⁷ vise « *le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés, ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail, susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». L'auteur de ce comportement encourt une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende⁴³⁸. Cette infraction n'exige pas l'existence d'un lien de subordination entre la victime et son bourreau. De sorte que toute personne (« autrui ») puisse se rendre coupable de tels faits ; même le subalterne de la victime⁴³⁹. De plus, il n'est point nécessaire pour caractériser ce délit que les conséquences dommageables de la dégradation des conditions de travail soient prouvées ; la simple éventualité de leur réalisation suffit⁴⁴⁰. Enfin, à l'instar du harcèlement sexuel principal, le harcèlement moral constitue une infraction continue.

⁴³⁵ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* du 18 janvier 2002, p. 1008.

⁴³⁶ D'ailleurs cette incrimination trouve son pendant dans le Code du travail également, V. Art. L. 1152-1 du C. trav.

⁴³⁷ Ce texte a été modifié par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, précitée. À l'expression « agissements répétés » a été préférée celle de « propos et comportements » répétés. Cependant, bien que le législateur ait souhaité préciser les dits agissements de harcèlement, les termes choisis de propos et comportements demeurent encore très vagues.

⁴³⁸ Notons qu'en 2002, cette peine était moins sévère puisqu'elle s'élevait à un an d'emprisonnement et à 15 000 euros d'amende.

⁴³⁹ Cass. crim. 6 décembre 2011, pourvoi n° 10-82266, Bull. crim. n° 249 ; *RSC.* 2012. 138, obs. Y. Mayaud. En l'espèce, le chef d'un service d'action sociale territoriale s'est suicidé, suite au comportement irrévérencieux et dénigrant d'un éducateur dudit service à son égard, aux dévalorisations répétées et à l'image d'incompétence que ce dernier a colporté à son propos au sein de l'entreprise.

⁴⁴⁰ Cass. crim., 6 décembre 2011, préc.

Désormais, ce délit de harcèlement moral voit son périmètre étendu à l'ensemble des relations interindividuelles. Très récemment, en effet, la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes⁴⁴¹ est venue intégrer un nouvel article 222-33-2-2 dans le Code pénal. Ce texte incrimine le « *fait de harceler une personne par des propos ou comportements 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* ». À travers cette nouvelle incrimination, dont la rédaction est calquée sur celle du délit de harcèlement générique, le législateur a entendu objectiver et dépersonnaliser le harcèlement moral. Ainsi, désormais, toute personne peut être considérée comme auteur de harcèlement à l'encontre d'une autre. Toutefois, il est fort à parier qu'une telle incrimination conduira à certains conflits de qualification. En effet, ces « propos et comportements » pourraient renvoyer à la qualification d'appels téléphoniques malveillants⁴⁴² par exemple.

Mais, dans le cadre de cette étude, c'est plus précisément le harcèlement au sein du couple qui retiendra notre attention. Ainsi, depuis 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, une nouvelle incrimination de harcèlement moral a été insérée dans le Code pénal – à l'article 222-33-2-1. Cette dernière concerne plus précisément le harcèlement moral au sein du couple. Toutefois, étant abordée de manière plus approfondie en deuxième partie de cette étude⁴⁴³, nous nous contenterons ici de la présenter. Ainsi, est incriminé par l'article 222-33-2-1, le fait de harceler son conjoint, son partenaire ou son concubin, par des « *propos ou comportements* »⁴⁴⁴ répétés ayant pour résultat une dégradation de ses conditions de vie. Cette dégradation doit se traduire par « *une altération de sa santé physique ou mentale* ». Ces faits sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'ils n'auront entraîné aucune incapacité totale de travail ou une incapacité inférieure ou égale à huit jours. Cette peine sera portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, lorsque cette incapacité sera supérieure à huit jours.

L'article 222-33-2-1 prévoit encore que ces comportements seront pareillement punis, lorsqu'ils auront été commis par l'ex-conjoint, concubin ou partenaire de la victime. Cette

⁴⁴¹ Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO* du 5 août 2014, p. 12949.

⁴⁴² Art. 226-16 nouv. du C. pén. ; pour plus d'éléments, V. *infra*, n°126.

⁴⁴³ V. *infra*, n° 328.

⁴⁴⁴ Depuis la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, préc.

évolution dans la prise en compte, par le législateur, des violences conjugales commises après la rupture des protagonistes est la bienvenue. On estimait, en effet, en 2000, que ces violences psychologiques par ex-conjoint représentaient pas moins de 59,5 % des violences conjugales, dont 27,3 % commises par harcèlement moral⁴⁴⁵. Cependant, cette prise de conscience d'ordre textuel se vérifie moins dans la pratique. En effet, il n'est pas rare de constater une certaine inertie – voire une dédramatisation – de ces faits de la part des services de police et de gendarmerie, mais aussi de celle du Ministère public. Ainsi, même en présence de multiples dépôts de plaintes, beaucoup de ces affaires de harcèlement sexuel par ex-conjoint, concubin ou partenaire demeurent sans réponse pénale satisfaisante. Le cas d'Audrey en fournit une illustration⁴⁴⁶.

Audrey VELLA avait trente ans au moment des faits. Elle a vécu une relation de cinq ans avec son concubin, au cours de laquelle elle était victime de violences physiques, psychologiques et de séquestrations. Ils ont eu ensemble une petite fille. Elle décide de se séparer de l'homme et de se rapprocher de sa famille avec sa fille. Pourtant, quatre ans après la séparation soit en 2007, son ex-concubin continue de la harceler continuellement. Dans les deux derniers mois avant sa mort, les agissements de son ex s'étaient intensifiés (SMS injurieux, appels incessants, menaces de mort, visites impromptues). Les faits de harcèlement visaient désormais l'entourage de la victime également (SMS menaçants envoyés à sa sœur et à sa fille). Audrey déposera plainte à quatre reprises auprès des services de gendarmerie de Nanteuil, dont une pendant qu'elle était encore en couple avec l'intéressé. C'est dire que la situation était préoccupante et que les plaintes successives auraient dû alerter davantage les autorités. Mais elles sont restées sans suite. Le frère de la victime expliquera par la suite que l'ex-concubin, constatant l'inertie des services de la justice, était gagné par un sentiment d'impunité⁴⁴⁷. Le 23 mars 2007, alors qu'Audrey se trouve sur son lieu de travail (au centre commercial de la ville), elle est assassinée de neuf coups de couteau, par son ex-compagnon qui l'épiait.

⁴⁴⁵ M. Jaspard et équipe ENVEFF, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁴⁶ Témoignages de la famille d'Audrey Vella, propos recueillis par O. Delacroix, V. O. Delacroix, « *Les femmes en très grand danger* », Dans les yeux d'Olivier, France 2, 23 septembre 2015. Pour un compte-rendu de l'affaire et des justifications des services de gendarmerie, quant à leur inertie, V. T. Raisse, « La mort d'Audrey aurait pu être évitée », *Le Parisien*, 9 mai 2014 ; H. Algalarrondo, « Mort d'Audrey : la passivité coupable des gendarmes », *Le Nouvel Observateur*, 9 mai 2014.

⁴⁴⁷ C'est également ce que constatera le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 9 mai 2014. V. le jugement (extraits), T. Raisse, *op. cit.*

Le 9 mai 2014, l'État est condamné par le Tribunal de Grande Instance de Paris à verser plus de 132 000 euros de dommages-intérêts à la famille de la défunte. Le Tribunal reprochait notamment aux services de gendarmerie de Nanteuil leur « *abstention fautive* »⁴⁴⁸, estimant que sans cette inertie, la mort de la victime aurait pu être évitée. Pourtant, aujourd'hui encore, de nombreuses négligences et inactions sont constatées dans le traitement d'affaires concernant des femmes victimes de violences conjugales par leur ex-conjoint, vivant quotidiennement dans la peur de représailles. En atteste le cas de Nathalie⁴⁴⁹.

Nathalie, âgée de 25 ans s'est installée en région parisienne. Son ex-concubin du même âge, est resté lui à Montpellier. Elle le quitte en 2013, en raison des violences qu'il lui infligeait. Pourtant, trois ans après la rupture, l'intéressé continue de harceler la victime. Cette dernière a déposé pas moins de **douze plaintes** au cours de cette période, dans deux commissariats du département de la Seine-et-Marne. Ces plaintes ont été classées sans suite ou ont été suivies de simples rappels à la loi.

Cet exemple démontre, qu'aujourd'hui encore, la gravité et la dangerosité des violences psychologiques par ex-conjoint sont minimisées par les acteurs de la justice pénale. Cette minimisation n'est pas toujours volontaire. En effet, le manque de temps et de personnel paralyse le bon fonctionnement de l'Administration pénale, cette dernière procédant ainsi – en priorité – au traitement des affaires les plus incandescentes⁴⁵⁰.

103. Une absence de communication entre acteurs de la justice pénale. – Mais outre cette problématique, ce qui conduit à ces failles judiciaires incongrues, c'est aussi l'absence d'une communication et d'une continuité efficaces entre les différents acteurs de la chaîne pénale. En effet, au cours de notre expérience en qualité d'assistance de justice au Parquet du Tribunal de Grande Instance de Fontainebleau, nous avons pu dresser trois séries de constats. La première est l'absence de communication entre les différents commissariats et gendarmeries d'un même ressort. *De facto*, de manière autarcique, chacun de ces services

⁴⁴⁸ T. Raisse, *ibidem*.

⁴⁴⁹ Dossier-victime, Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Montpellier, 1^{er} juin 2016.

⁴⁵⁰ Les affaires les plus incandescentes ne sont pas nécessairement les plus graves. Mais elles sont plus imminentes et significatives que d'autres. Elles en deviennent, dès lors, plus urgentes. Ainsi, lors du procès en responsabilité de l'Etat dans l'affaire « Audrey Vella », l'avocat de la partie civile a interrogé, en qualité de témoin – le gendarme négligent qui avait recueilli la première plainte post-rupture – en omettant de l'enregistrer et d'en référer à son supérieur. Il demandait alors à l'intéressé quelle affaire plus grave retenait la gendarmerie, ce jour-là, pour qu'il n'ait pas pris en compte la dite plainte. Celui-ci répondit en ces termes : « *Il y avait des accidents routiers et des camions renversés, ça prend du temps* ». V. H. Algalarrondo, *op. cit.*

transfère au Procureur de la République le fruit de ses investigations. La deuxième réside dans le fait qu'une fois la plainte de la victime recueillie, l'enquête se concentre principalement sur la personne du délinquant. La victime, elle, sera – sauf négligence ou omission du professionnel – réorientée vers une structure associative d'aide aux victimes. Troisièmement, une fois les comptes rendus d'enquêtes transférés au Parquet, ils font l'objet d'un prétraitement. Ainsi, seront effectuées une recherche de casier judiciaire (bulletin n°1) de l'auteur – renseignant le magistrat sur le passé judiciaire de l'intéressé – et une recherche sur le fichier national Cassiopée. Celui-ci met à la disposition des magistrats⁴⁵¹ des informations telles que les dénonciations, plaintes, les identités des victimes et des auteurs, mais aussi les différentes procédures judiciaires (pénales, commerciales, civiles, d'assistance éducative, ou devant le juge des libertés et de la détention), terminées ou en cours. Toutefois, qu'il s'agisse du casier judiciaire ou du fichier Cassiopée, la recherche s'opère à partir de l'identité de l'auteur de l'infraction, et non de celle de la victime. Mais ce constat est le même, s'agissant du Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJAIS) ou du Traitement d'antécédents judiciaires (TAJ)⁴⁵².

C'est au croisement de ces différents constats que se trouve l'explication de la situation de Nathalie. En effet, faute d'une recherche d'informations par l'entrée « victime », aucun des acteurs pénaux n'ont noté que cette victime avait déjà déposé plainte à deux commissariats. De plus, l'ex-concubin résidant à distance (à Montpellier), le Procureur a probablement estimé que ces faits de harcèlement étaient de moindre incidence. De même, il ne faut pas oublier – qu'au fur et à mesure des années – un même dossier sera traité par plusieurs officiers de police et par plusieurs Procureurs et Vices procureurs de la République. Dès lors, le suivi de tels dossiers sur le long terme devient contraignant, voire quasi impossible. Par conséquent, nombre d'informations essentielles à la compréhension d'une affaire se perdent dans les méandres de l'activité judiciaire. En définitive, les plaintes successives déposées par une même victime seront analysées de manière isolée, alors qu'elles gagneraient à l'être dans leur globalité. En effet, de façon logique, le Procureur qui sera prévenu d'un nombre significatif de répétitions d'actes de harcèlement insistants – surtout dans un contexte de

⁴⁵¹ Les fonctionnaires de police et de gendarmerie n'ont pas accès à ce fichier. Pour une liste exhaustive des destinataires du fichier Cassiopée, V. Art. R15-33-66-8 et R15-33-66-9 C. pr. pén.

⁴⁵² Depuis la loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI II), les anciens Système de traitement des infractions constatées (STIC) et Système judiciaire de documentation et d'exploitation (JEX) sont fusionnés dans le nouveau Traitement d'antécédents judiciaires (TAJ). Ce fichier permet aux services de gendarmerie et de police de collecter des informations sur l'identité et le profil d'un individu à partir du moment où il a été mis en cause dans une affaire.

violences conjugales – sera plus enclin à apprécier la gravité générale d’une situation infractionnelle unique. Un homme averti en vaut certainement deux. Évidemment, il ne s’agira pas là de punir deux fois le prévenu pour des faits qui ont déjà reçu une réponse pénale, conformément à la règle *non bis in idem*. Il est simplement question d’informer le Procureur de la situation réelle d’une victime de violences, et de lui permettre d’orienter au mieux sa prise de décision quant aux poursuites à mettre en place.

104. Vers la création d’un fichier axé sur la personne de la victime de violences conjugales ?. – Une telle proposition de création de fichier n’a aucunement pour objectif de s’inscrire dans la revendication d’une place encore plus importante de la victime, dans le procès pénal. Elle a uniquement une visée pratique. De plus, son champ d’application ne serait limité qu’aux seules victimes de violences conjugales.

Il s’agirait tout d’abord, d’un fichier national. De sorte qu’en cas de déménagement de la victime – en raison d’une fuite du domicile ou d’un simple choix délibéré – cette dernière puisse obtenir un accueil et une prise en charge efficaces, peu importe le poste de police de France dans lequel elle se rendrait. Ce fichier contiendrait l’identité de la victime, sa situation matrimoniale, la présence ou non d’enfants au foyer, les délits et crimes subis par elle, ainsi que les procédures en cours la concernant. La recherche sur ce fichier serait rendue obligatoire dès le premier dépôt de plainte de la victime. Cette obligation pèserait essentiellement sur les officiers de police et de gendarmerie, le Procureur de la République, les juridictions de jugement, les assistants de justice chargés du traitement en temps réel des affaires et les employés des Tribunaux de grande instance. Également, pourraient avoir accès à ce fichier les associations d’aide aux victimes pour un meilleur suivi des dossiers victimes.

Contrairement au FIJAIS, ce fichier ne serait pas automatisé, en ce que la victime n’aurait pas l’obligation légale de renseigner, à intervalles réguliers, sa situation. En effet, ayant un statut de victime, la personne ne saurait se voir imposer une contrainte identique à celle exercée à l’égard du délinquant. En revanche, dans le cas où elle déposerait plainte pour des incidents nouveaux dans le même commissariat ou un autre, l’officier de police judiciaire aurait l’obligation de s’enquérir de sa situation actuelle, afin d’actualiser le contenu du fichier.

Les apports d’un tel fichier seraient considérables. Ainsi, premièrement, il constituerait un outil statistique précieux quant au décodage des violences conjugales en France. Mais, contrairement aux enquêtes déjà menées sur la question, il présenterait plusieurs particularités

exploitables. D'une part, il permettrait de fonder des statistiques, non pas sur les dires de personnes qui déclarent avoir été victimes de violences conjugales⁴⁵³, mais sur une vraie expérience et une méthode agile. De plus, il permettrait de mieux déchiffrer la violence infligée par l'ex-conjoint⁴⁵⁴. Mais surtout, il offrirait une vraie visibilité continue et à long terme de l'évolution des victimes d'infractions pénales et de leurs enfants, ce que ne permettent pas aujourd'hui les instruments d'évaluation existants.

Enfin, deuxièmement, un tel fichier faciliterait une communication et une coordination plus fluides entre les commissariats, gendarmeries et les magistrats.

d) Les violences par intimidation

105. La définition de fait. – Les agressions verbales font référence aux insultes, menaces et chantage affectif. Ce peut être par exemple la menace de quitter le conjoint en situation de dépendance affective, de s'en prendre à la personne même du conjoint victime ou aux enfants communs ou issus de la première union de la victime. Ce peut encore être la menace de se suicider.

106. La qualification pénale. – Nous limiterons notre propos à la qualification pénale de menaces. Mais il aurait été également possible d'envisager ici les appels téléphoniques malveillants prévus à l'article 222-16 du code pénal. La nouvelle loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes⁴⁵⁵ est venue élargir le champ d'application de cette infraction à l'envoi de messages malveillants émis par voie des communications électroniques. Ce faisant le législateur se contente d'entériner une jurisprudence constante⁴⁵⁶. En effet, ce texte incrimine désormais expressément « *les appels*

⁴⁵³ Qu'il s'agisse des enquêtes « Cadre de vie et sécurité » (CVS) et ENVEFF, elles reposent sur les déclarations spontanées de personnes estimant – à torts ou à raison – avoir été victimes d'un ou plusieurs faits de violences conjugales.

⁴⁵⁴ L'enquête CVS évalue bien les violences par ex-conjoint, mais uniquement de nature physiques et sexuelles, C. Rizk, « Le profil des personnes de 18 à 75 ans s'étant déclarées victimes de violences physiques ou sexuelles par conjoint ou ex-conjoint sur 2 ans, lors des enquêtes "Cadre de vie et sécurité" », *Repères*, n°18, octobre 2012, p. 3-18 (en ligne), disponible sur le site de l'Institut national des hautes études de la sécurité de la Justice (Inhesj) : <http://www.inhesj.fr/sites/default/files/book/115-62c987/index.html#/1/zoomed>.

⁴⁵⁵ Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, précitée.

⁴⁵⁶ La Cour de cassation avait l'habitude de réprimer au titre de l'infraction des appels téléphoniques malveillants de l'article 222-16 du code pénal, les « textos » et SMS malveillants et réitérés, de jour comme de nuit, dès lors que la réception de ceux-ci se manifestait par l'émission d'un signal sonore par le téléphone portable, V. Cass. crim. 30 septembre 2009, pourvoi n° 09-80373, Bull. crim. n° 162 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 147, obs. M. Véron.

téléphoniques malveillants réitérés, les envois réitérés de messages malveillants émis par la voie des communications électroniques ou les agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui »⁴⁵⁷.

Les menaces, pour leur part, ont cette particularité d'intervenir dans la caractérisation de nombreuses infractions. C'est le cas, comme nous l'avons vu, pour les infractions sexuelles. Souvent également, elles pourront constituer l'un des agissements répétés et persistants du harcèlement moral ou sexuel. Mais ces menaces sont également réprimées de manière autonome, sans qu'il soit nécessaire qu'elles aboutissent à la commission effective d'un crime ou d'un délit plus grave. Deux types de menaces sont à distinguer. D'une part, les menaces sans ordre de remplir une condition visée par l'article 222-17 du code pénal. Ces menaces de commettre un crime ou un délit doivent être soit répétées⁴⁵⁸, pour en marquer le caractère alarmant ; soit se matérialiser par un écrit – par exemple une lettre – ou une image, par exemple le dessin d'un cercueil⁴⁵⁹. Les exigences de répétition ou du support permettent donc de s'assurer du caractère sérieux de la menace. Par ailleurs, ces menaces devront s'adresser à une victime bien déterminée, en l'occurrence l'époux de l'auteur.

En vertu du nouvel article 222-18-3 du code pénal⁴⁶⁰, ces menaces seront punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende, lorsqu'elles auront été commises par le conjoint, concubin ou le partenaire. Lorsqu'il sera question de menaces de mort, la peine sera portée à de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Notons, toutefois, que le texte ne prévoit rien s'agissant de l'ex-conjoint.

D'autre part, l'article 222-18 du code pénal incrimine les menaces de commettre un délit ou un crime, peu importe le moyen utilisé mais avec l'obligation pour la victime de remplir une condition. La gravité de ces menaces est si évidente, qu'il n'est pas nécessaire ici que soit démontrée une répétition, ou l'existence d'un écrit ou d'une image. L'obligation qui est imposée à la victime peut être une obligation de faire – par exemple, la femme qui menace de mort son époux s'il ne lui fait pas l'amour⁴⁶¹. Mais, il peut également s'agir d'une obligation de ne pas faire. C'est le cas par exemple du conjoint qui menace la victime ou ses enfants, si

⁴⁵⁷ Ces faits sont toujours punis d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

⁴⁵⁸ Le temps qui s'écoule entre deux menaces importe peu. Par conséquent, aucun délai n'est imposé avant la répétition, V. Cass. crim., 26 février 2002, pourvoi n° 01-83545, Bull. crim. n° 43.

⁴⁵⁹ J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Paris, Editions Cujas, 2014, p. 130, n°143.

⁴⁶⁰ L'article est inséré dans le Code pénal par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, *op. cit.*

⁴⁶¹ S. Torrent, *L'Homme Battu. Un tabou au cœur du Tabou*, Québec, Opinion santé, 2001, p. 38.

cette dernière dépose plainte. Ces menaces traduisent finalement, en droit pénal, l'idée de chantage affectif énoncé précédemment. Elles sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende si elles ont été commises par le conjoint, concubin ou partenaire, selon l'article 222-18-3 du code pénal. La menace de mort, dans ce cas précis, sera punie de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

Intentionnellement, l'auteur des menaces doit avoir agi avec la conscience de déstabiliser ou d'intimider la victime. Cependant, il n'est pas nécessaire qu'il ait réellement eu l'intention de mettre ses menaces à exécution.

2) Les caractéristiques des violences conjugales

107. Trois constats concernant les violences conjugales. – Les différentes investigations et observations réalisées ont permis de confirmer ou de relever quatre caractéristiques s'agissant des violences conjugales. Ainsi, ces violences intervenant dans le couple sont cumulatives (a), graduelles (b), et majoritairement masculine (d). De plus, nous verrons les facteurs favorisant la survenance de violences au sein du couple (c).

a) Une violence cumulative

108. Le constat d'une pluri-victimisation au sein du couple. – Les différents témoignages de victimes de violences conjugales collectés nous ont permis de constater que ces violences sont souvent cumulatives. En effet, au cours de la relation conjugale, elles se limitent rarement à un seul type de comportement violent. Une fois installée la situation d'emprise, les violences physiques, sexuelles et psychologiques coexisteront de manière fréquente. Les témoignages précédents (Amélia et Isabelle), illustrent bien ce phénomène de victimisation plurielle. Elles étaient, en effet, victimes de violences à la fois psychologiques, corporelles et sexuelles. Le cas d'Elodie nous en donne encore la preuve, s'agissant de l'accumulation de violences physiques, psychologiques et verbales. Nous avons rencontré la victime au Bureau d'aide aux victimes du Tribunal de Grande Instance de Montpellier, le 2 juin 2016 – jour de l'audience en comparution immédiate de son concubin⁴⁶².

⁴⁶² Entretien-victime, Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Montpellier, 2 juin 2016.

Elodie est âgée de vingt-trois ans. Elle vit, depuis deux ans, en concubinage avec son ami Morgan du même âge qu'elle. Mais ils sont en couple depuis trois années. Ce dernier a déjà été condamné à une peine d'emprisonnement de six mois, pour des faits de violences commis, en juin 2015, sur Elodie. En effet, sortant d'une soirée arrosée, la victime avait refusé de donner à l'intéressé les clés du véhicule : « *Non tu n'as pas le permis et t'as bu* ». Il l'a tirée par le bras, l'a fait tomber au sol et lui a administré un coup de poing à la mâchoire et un autre coup sur le plancher orbital. « *Ensuite, il est parti faire un tour et il est revenu me chercher pour m'amener à l'hôpital* ». Pourtant, libéré en janvier 2016, il est retourné chez la victime et n'a pas tardé à récidiver. Le 2 juin 2016, jour de l'audience en comparution immédiate, nous nous enquêrions des nouveaux faits de violence visés. En l'espèce, Morgan est prévenu d'avoir proféré des menaces à la victime, avant de lui porter des gifles au visage. Il était alors agacé par le retour tardif de la jeune fille au domicile. Le lendemain, le garçon est réveillé par un appel téléphonique professionnel adressé à Elodie. Les violences surviennent pour ce motif alors que le couple est allongé dans le lit. L'auteur lui assène des coups de genoux dans le dos, de béquilles dans la cuisse et un coup à l'épaule, avant de prendre un coussin et de lui mettre sur la tête en déclarant « *je vais t'étouffer* ». Elodie précise également que l'intéressé lui aurait déclaré : « *Ce que je t'ai fait à l'œil je peux te le faire à l'autre œil. Maintenant je n'ai plus peur de retourner en prison, j'ai mes collègues en prison* ».

Lors de l'entretien victime mené par la juriste de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, et auquel nous n'intervenons qu'en tant qu'observateur, la victime se confie. « *Je ne pouvais plus voir mes amis. Lorsque j'allais chercher le pain, il me minulait. Je me suis brouillée avec mes parents, parce que mon copain a frappé mon père. J'ai défendu mon copain, du coup mes parents m'ont dit : " tu te débrouilles maintenant" ».*

Selon, Cécilia LLOR, psychologue de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, « *l'auteur de violences conjugales a à sa disposition un panel de procédés violents ; une sorte de boîte à outils de la violence* »⁴⁶³. Dès lors, bien que distinct dans leur mode d'exécution, les différents types de violences feront partie d'un contexte général de violence. Toutefois, les violences intraconjugales surviennent rarement de manière instantanée, mais davantage de manière progressive. Il existe une véritable gradation dans l'installation de la violence au sein du couple.

⁴⁶³ C. Llor, psychologue de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis le 16 octobre 2016, Montpellier.

b) *Une violence graduelle*

109. Le phénomène d'emprise, définition et mise en place. – L'état d'emprise se traduit par l'asservissement psychologique de la victime. Les thérapeutes familiaux, Reynaldo Perrone et Martine Nannini, donnent du phénomène d'emprise un éclaircissement particulièrement intéressant, de par sa clarté et son pragmatisme⁴⁶⁴. Selon eux, la mise en place de l'état d'emprise s'organise autour de trois étapes.

La première est celle de l'« *effraction de l'intimité* », physique et/ou psychologique, de la victime. À ce stade, l'agresseur va s'atteler à créer une promiscuité entre lui et la victime. Cette promiscuité passera par le rapprochement physique et par la sollicitation de confidences de la part de la victime. Il crée alors autour d'elle, un climat de confiance et de sécurité.

La deuxième consiste dans la « *captation de la victime* ». L'agent commencera par saisir la confiance de la victime, puis son attention et sa liberté. Cette captation est pernicieuse : elle s'installe tacitement par des regards soutenus et pénétrants, des touchers insistants ou des propos choisis. L'agresseur complimente et valorise la dimension narcissique de la victime, souvent en compensation des complexes intrinsèques – esthétiques ou intellectuels – de celle-ci. Ou au contraire, il pourra chercher à la déstabiliser en la faisant douter d'elle-même. Cela s'observera notamment concernant les femmes occupant des postes de haute responsabilité et ayant une certaine estime d'elles-mêmes. L'objectif ultime de l'auteur est – dans tous les cas – de convaincre la victime que nul ne la connaît mieux que lui, même pas elle-même. Dès lors, lui seul sait ce dont elle a réellement besoin.

La troisième étape, enfin, est celle de la « *programmation* ». L'auteur va amener la victime à penser que sans lui, elle ne parviendra à rien ; que sa présence est nécessaire à sa survie. La victime devient, dès lors, réellement ou psychologiquement, dépendante de son agresseur. L'entretien de cette idée s'opère alors par le biais du pacte, de l'érotisation, par la sacralisation et la diabolisation du secret, par l'exigence de reconnaissance, par la culpabilisation, par le sentiment de honte et de peur, par la fatalité, par l'engagement conjugal et parental, par les mauvais traitements et la répétition. De plus, l'ambiguïté des signaux

⁴⁶⁴ R. Perrone et M. Nannini, *Violences et abus sexuels dans la famille. Une vision systématique de conduites sociales violentes*, 5^e éd., Paris, ESF, 2012, p. 125 sq.

envoyés par l'auteur peut déstabiliser la victime : « *le regard est troublant en ce qu'il exprime à la fois amour et meurtre* »⁴⁶⁵.

110. L'observation d'une étape supplémentaire dans la mise en place de l'emprise. – Outre ces trois étapes définies par Perrone et Nannini, il semble qu'une quatrième doive être rajoutée. Celle de la *projection*. Cette étape ressort clairement des témoignages de victimes recueillis. Elle est concomitante à celle de la programmation. Elle consiste pour l'auteur à projeter sur la victime, ses propres souffrances et névroses. En effet, l'auteur va demander subtilement à la victime d'absorber et d'intégrer son mal-être. Ainsi, s'instaure entre les amants, une relation fusionnelle. Mais cette relation se construit uniquement au détriment de la victime, car seule l'identité de cette dernière est réellement effacée. Elle sacrifie ses propres aspirations et besoins pour contenter les désirs du conjoint violent. Par ce biais, l'auteur continue à flatter narcissiquement la victime, en l'investissant d'une mission : celle de le sauver de ses propres tourments. C'est grâce à ce procédé qu'il parvient à justifier et légitimer son comportement, puis à s'en excuser après le passage à l'acte. Cette étape est d'une telle intensité que l'on peut déceler dans le discours même de la victime, qu'elle a fini par rationaliser le comportement violent. Elle va minimiser la responsabilité de son oppresseur. Deux témoignages illustrent bien cela : ceux d'Elodie et de Sara.

Elodie est conviée à entrer dans le Bureau d'Aide aux victimes en vue de l'entretien avec la juriste de l'association. À cet instant, elle se montre très fière et peu ouverte à la discussion. Elle est réticente à parler d'elle-même ou de sa propre situation de victime. Toutefois, au moment où la juriste commence à énoncer les faits, celle-ci fond en larmes et déclare : « *C'est sa maladie, il faut pas qu'il aille en prison. J'ai peur qu'il aille en prison... Il a des tocs ; il est atteint du syndrome de Gilles de la Tourette. Il s'emporte un peu, il fait ça que quand il est malade* ». L'entretien se poursuivant, la juriste parvient à émailler l'autopersuasion dont fait preuve la victime et la met face à certaines de ses contradictions. La victime reconnaît alors que « *les violences sont quasi quotidiennes... Parfois il ne fait pas de crise quand il me frappe. Mais les crises n'arrangent rien* ». Mise en confiance, elle se confiera, dès lors, avec moins de retenue : « *Il a déjà été condamné. Il m'a déjà pété le plancher orbital. J'ai fait un*

⁴⁶⁵ J. Smith, « Facteurs de vulnérabilité à l'emprise », in *Violence et Famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 230.

œdème. Il a déjà fait de la prison⁴⁶⁶. Mais vous voyez ça sert à rien». La victime avoue encore être intimidée par le père de son concubin qui l'accuse de vouloir renvoyer son fils en prison une deuxième fois. La juriste rebondit sans attendre sur le passé familial de Morgan, l'auteur des violences. La victime témoigne : *« Mon beau-père frappait également sa femme. Ils sont toujours mariés aujourd'hui »*... Interrogée sur l'avenir de sa relation, elle dira *« je sais que je prends le risque qu'il finisse par me tuer... Mais je l'aime et je ne peux pas vivre sans lui »*.

Ce cas est particulièrement intéressant, car il démontre que la victime a une conscience des véritables raisons et facteurs de la violence de son concubin. Elle sait que celle-ci n'est pas uniquement imputable à la maladie de ce dernier. Pourtant, elle choisit de la retenir comme unique justification des passages à l'acte de l'auteur. On notera également l'ambivalence du discours tenu par la victime à l'audience, puis lors de son entretien à huis clos avec la juriste de l'association. En effet, entendue par les juges correctionnels, elle s'est contentée de rappeler : *« Il faut qu'il se fasse soigner. C'est à cause de sa maladie. Moi il n'y a pas moyen, je veux reprendre la vie avec lui. Je ne veux rien, pas de constitution de partie civile et pas de dommages et intérêts »*. Ce témoignage permet de comprendre que – tant que dure l'emprise – la victime est totalement axée sur le devenir de son agresseur, alors qu'elle se désintéresse complètement du sien.

S'agissant du cas de Sara⁴⁶⁷, celle-ci a vingt-cinq ans. Son époux en a trente-et-un. Elle, travaille en tant qu'aide-soignante et lui travaille dans le BTP. Ils ont ensemble deux enfants, une fille de trois ans et un fils de deux ans. Lorsqu'elle s'est rendue au commissariat, elle a refusé de déposer plainte. Elle souhaitait simplement dénoncer les multiples menaces de Monsieur. Elle fait état également aux policiers de disputes et de bousculades régulières, qu'elle explique par l'alcoolisme de son conjoint. Le jour de l'audience de comparution de son époux, elle se présente à son entretien victime au Bureau d'aide aux victimes du Tribunal de Grande Instance. Elle dit : *« Je ne veux pas qu'il aille en prison. Il est alcoolique, la prison ça sert à rien. Tout se passe bien à son travail, il est heureux dans son travail. On est bien, mais voilà il est alcoolique ... Il boit quand il sort du boulot. Il en a conscience. Je veux que la justice le fasse soigner. Je sais qu'il peut être bien et je veux l'aider. Je l'aime, c'est le père de mes enfants. Il a déjà été condamné. J'ai conscience que ce n'est pas normal. Ce sont des*

⁴⁶⁶ V. *supra*, n° 108.

⁴⁶⁷ Entretien-victime, Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Montpellier, 2 juin 2016.

bousculades et puis vous savez quand il m'insulte, je l'insulte aussi... C'est toujours quand il a bu. Quand il a pas bu il est bien».

Ici, la violence est analysée par la victime comme de simples scènes de ménage un peu animées, entre deux personnes qui auraient juste fort caractère. Se persuadant qu'elle conserve un certain contrôle sur la situation, elle prétend participer pleinement à l'échange houleux et que la violence de son conjoint ne lui est finalement pas imposée. Toutefois, en décembre 2014, la jeune femme avait déjà déposé plainte contre son époux, celui-ci ayant secoué leur fille d'un an (à l'époque) parce qu'elle pleurait trop. En juin 2016, l'époux comparait à nouveau devant le Tribunal correctionnel pour avoir menacé Sara à l'aide d'un couteau. À l'audience, la victime avouera que ce qui l'a poussé à se rendre au commissariat, c'est l'absence totale de réaction de ses enfants face à la scène de violence. Ceux-ci avaient continué à regarder la télévision en dépit des insultes, menaces et bousculades commises par leur père. En l'espèce, il est évident que quand bien même la consommation d'alcool pourrait expliquer – dans une certaine mesure – une extériorisation de la violence de l'auteur, la victime minimise clairement la dangerosité de son époux vis-à-vis d'elle-même⁴⁶⁸.

En conséquence, pendant cette phase de projection, l'auteur ne se contentera pas de se rendre indispensable à la victime. Il va également la persuader qu'elle l'est pour lui. Selon la psychologue de l'Association d'aide aux victimes, ce que l'agresseur demande tacitement à la victime – préalablement ou concomitamment au début des violences – c'est de l'aider à se reconstruire. Elle devient la clé de son salut, car seule elle peut le sauver.

111. Le cycle de la violence. – Une fois l'emprise instaurée par l'auteur, l'apparition des violences conjugales suivra un certain cycle, appelé le « cycle de la violence »⁴⁶⁹. Ce cycle se compose de quatre grandes phases qui vont se succéder, se répéter, puis s'accélérer – le sentiment d'impunité de l'auteur grandissant.

La première étape est celle de la construction par le conjoint violent, d'un *climat de tensions*. Au cours de cette phase, l'auteur aura des accès de colère ou au contraire passera par des périodes de longs silences. Il deviendra menaçant et intimidant vis-à-vis de la victime. Le

⁴⁶⁸ Aussi, ne réagit-elle que lorsque la santé physique ou morale de ses enfants est mise en péril par les comportements de l'époux. Mais tant que cette violence est dirigée contre elle seule, elle l'« encaisse ».

⁴⁶⁹ M.-F. Casalis, M. Chapalain et F. Guyot, « Une femme sur dix victime de violences conjugales en France », *AJ. Fam.* 2002, p. 248 sq.

conjoint dominé déstabilisé et inquiet va tenter d'améliorer cette situation de tensions, en modérant ses propres paroles et en modifiant son comportement.

La seconde phase, celle du *recours à la violence*, est celle du passage à l'acte. Il peut alors commettre dans un même intervalle ou de manière dissociée, des violences de différentes natures (physique, sexuelle, sexuel, verbal) à l'encontre de la victime. La brutalité et la durée de ces violences vont différer, selon qu'il s'agisse des premiers épisodes de violence – par exemple la première claque – ou de répétitions. Dans ce deuxième cas, les violences seront plus insistantes, et se déchaîneront de manière extrêmement rapide. En effet, selon la psychologue de l'association d'aide aux victimes, les épisodes de violences dureront en moyenne entre dix et quinze minutes, et pourront se répéter ainsi durant un nombre d'heures plus ou moins long⁴⁷⁰. À ces moments, la victime a un sentiment d'injustice, de tristesse, d'humiliation, voire même parfois de rébellion.

Mais alors arrive la troisième phase, celle du *transfert de responsabilité*. Suite à l'épisode violent, l'auteur va minimiser son acte en le justifiant, soit par un mal-être personnel, soit en impliquant le comportement de la victime comme élément déclencheur de la violence. La victime va alors se remettre en question sur ses défauts ou ses torts, ou fera preuve d'indulgence et de compréhension vis-à-vis de son partenaire. Cela entraîne chez elle une certaine culpabilité.

Enfin, la phase de *rémission* ou encore appelée « lune de miel », est celle du repentir. L'auteur va remettre en place un mécanisme de séduction pour se faire pardonner de sa victime. Ce peut être en promettant de changer, de commencer une thérapie, ou en offrant des cadeaux, ou encore en attirant la pitié de la victime (promesse de se suicider). Ainsi, la victime garde bon espoir que la situation s'améliore et souhaite retrouver la relation fusionnelle et idyllique des débuts. Ce regain amoureux est cependant de plus en plus court, au fur et à mesure que la relation progresse.

Aussi, lors de son travail d'accompagnement avec les victimes de violences conjugales, le juriste en association, le thérapeute ou l'assistante sociale devra travailler avec la victime sur ces différents processus de violences. Il s'agit de provoquer chez l'intéressé une prise de

⁴⁷⁰ Selon Cécilia Llor, « Cela va extrêmement vite hein. Il faut bien comprendre que dans la réalité les sessions de violences vont durer entre dix et quinze minutes. Cela peut être un peu plus long mais généralement il inflige les coups pendant cinq minutes, il arrête pendant quinze minutes voire un quart d'heure, puis retourne à l'attaque pendant cinq minutes... Et cela peut se répéter ainsi pendant une heure, deux heures, ou pendant toute une soirée. Lorsqu'il sera enfin calmé, il lui dira "et maintenant tu vas dormir et tu arrêtes de te plaindre, parce que maintenant j'aimerais bien dormir" ... ».

conscience quant à son statut de victime, condition indispensable à sa future rémission. En déconstruisant au fur et à mesure avec elle la situation d'emprise dans laquelle elle a été placée par l'agresseur, la victime parvient à se resituer dans ce cycle de la violence⁴⁷¹.

112. Un continuum de la violence. – La violence conjugale n'est pas seulement progressive dans son processus de mise en place. Elle l'est également quant à son intensité. On parlera d'un « *continuum de la violence* »⁴⁷². En effet, la pratique du traitement des violences conjugales démontre une aggravation du comportement du conjoint au fur et à mesure de la relation. Alors que dans le même temps, les victimes développent paradoxalement une capacité de résistance à la douleur de plus en plus importante. Cela les conduit, nous l'avons vu, à minimiser la gravité du risque encouru⁴⁷³. De plus, il est rare que la commission de l'homicide au sein du couple n'ait pas été précédée de violences régulières moins graves, connues ou non des acteurs de justice pénale.

S'agissant, par ailleurs, du schéma de la gradation communément admis, les professionnels au contact des familles, relèvent généralement une gradation des simples violences psychologiques jusqu'à l'apparition de la première agression physique. Puis, la relation se poursuivant, cette escalade de la violence peut aller jusqu'au meurtre d'un des conjoints.

Cependant, cette affirmation doit être nuancée, chaque relation conjugale violente étant authentique. À vrai dire, il existe autant de continuums de violence, qu'il existe de profils d'agresseurs⁴⁷⁴. Il arrive encore que l'agresseur n'ait jamais de contact violent direct avec la victime et qu'il n'exerce sur elle que des pressions psychologiques (dénigrement, dévalorisations, disqualifications vis-à-vis des enfants, humiliations, harcèlement). Les violences morales n'évoluent donc jamais en violences physiques⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Entretien téléphonique avec Audrey Théophile, ancienne assistante sociale à l'Accueil de jour pour femmes victimes de violences (AJFVV), Guadeloupe, 23 mai 2016.

⁴⁷² G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport n°1799 au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, p. 48.

⁴⁷³ V. les témoignages d'Elodie et Sara, supra, n° 108 et s. ; « Le seuil de tolérance de la victime évolue de façon paradoxale vers une acceptation de plus en plus fataliste des violences », V. M.-F. Casalis, M. Chapalain et F. Guyot, « Une femme sur dix victime de violences conjugales en France », *AJ. Fam.* 2002, p. 248.

⁴⁷⁴ Contrairement aux autres cas rencontrés, l'époux de Sara a commencé par lui infliger des violences physiques (claques, coups et bousculades) puis a poursuivi par des violences psychologiques. « *Il sait que les coups ça laisse des marques ...* » précise-t-elle ; V. *infra* (les profils des auteurs de violences conjugales), n° 122 et s.

⁴⁷⁵ En atteste le témoignage de Laura : « Parfois, c'est trois jours, une semaine puis rien pendant trois mois. Mais ses crises sont de plus en plus rapprochées donc je n'ai plus le temps de me refaire ». Elle raconte une de ces crises se déroulant devant les enfants du couple. « Il a déchiqueté tous mes vêtements, il m'a badigeonné de

Cécilia LLOR précise également qu'un même agresseur pourra employer un processus de violence, tant dans la diversité des agressions que dans leur gravité, totalement différent entre son ancien conjoint, concubin ou partenaire et le nouveau⁴⁷⁶.

c) *Une violence non « genrée »*

113. Une propension masculine à la violence conjugale. – « *La criminalité serait l'apanage de l'homme* »⁴⁷⁷. Plusieurs études dans le domaine des neurosciences ont, en effet, démontré une propension marquée de l'homme à la violence⁴⁷⁸. Par exemple, ayant étudié les profils de prisonniers à Edimbourg en 1965, Patricia Jacobs pense avoir fait la découverte du « *chromosome du crime* »⁴⁷⁹. En effet, elle met en évidence l'existence d'une forte proportion de sujets au caryotype XYY. La présence de ce chromosome Y supplémentaire sera alors interprétée comme déterminant d'une prédisposition au crime chez les hommes. Cette thèse d'un déterminisme du passage à l'acte a connu un fort succès dans le monde scientifique et juridique⁴⁸⁰. Ainsi, la criminalité féminine est perçue, aujourd'hui encore, comme résiduelle.

S'agissant plus précisément des violences conjugales, les différentes enquêtes menées en France et ailleurs attestent que les femmes sont les principales victimes de violences conjugales. Ainsi, en 2000, l'enquête nationale sur les violences faites aux femmes en France (ENVEFF) établissait qu'une femme âgée de vingt ans à cinquante-neuf ans sur dix est victime de violences de la part de son conjoint ou concubin⁴⁸¹. Toutefois, il convient de noter que cette étude s'est concentrée d'emblée sur un échantillon spécifiquement féminin. Elle se contente, ainsi, simplement de révéler que trois quarts des auteurs de violences sont des

produit vaisselle, de produits d'entretien. Je suis allé à la douche, il m'a coupé l'eau chaude et il a fallu que je me douche avec de l'eau glacée [...] », Témoignage spontané, Basse-Terre, 25 mai 2015.

⁴⁷⁶ C. Llor, psychologue de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis, Montpellier, le 16 octobre 2016.

⁴⁷⁷ C. Ménabé, *La criminalité féminine*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 10.

⁴⁷⁸ M.-C. Sordino (dir.), *L'anticipation de la répression : innovation ou régression ?*, Colloque, UMR 5815 « Dynamiques du Droit », Université de Montpellier, 17 juin 2016, publication octobre 2016.

⁴⁷⁹ C. Clavien et C. El-Baz (dir.), *Morale et évolution biologique entre déterminisme et liberté*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2007, p. 278.

⁴⁸⁰ M.-C. Sordino (dir.), *L'anticipation de la répression : innovation ou régression ?*, *op. cit.*

⁴⁸¹ Maryse Jaspard et l'équipe ENVEFF, « Nommer et compter les violences envers les femmes : une première enquête nationale en France », *Populations et Sociétés*, n° 364, janvier 2001, p. 3 [En ligne : https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/18735/pop_et_soc_francais_364.fr.pdf].

hommes⁴⁸². Mais elle ne recense pas la proportion d'hommes victimes de violences par conjointe ou concubine. La démarche est, en effet, totalement différente. Ce faisant, elle érige par conséquent la femme en victime toute désignée de violences, que se soit au sein de son couple ou dans l'espace public (au travail et au sein de la société).

L'enquête successive « Événements de vie et santé » (EVS) réalisée, sur l'année 2005-2006, par la Direction de la recherche, des études et de l'évaluation scientifique (DRESS) et par l'INSEE⁴⁸³ présente également quelques lacunes. Cette enquête a pour objectif d'apporter une meilleure connaissance des implications, en particulier sanitaires, des différents phénomènes de violences recensés. Certes, contrairement à l'enquête ENVEFF, elle tend à une étude statistique portant sur l'ensemble de la population, hommes comme femmes. Néanmoins, là encore, elle demeure très vague s'agissant de l'évaluation exacte de la proportion d'hommes et de femmes, de dix-huit à soixante-quinze ans, victimes de violences au sein de leur couple. Pour illustration, quelques exemples de questions posées, aux enquêtés de sexe masculin et féminin, dans le cadre de cette enquête, peuvent être relevés⁴⁸⁴. Ainsi, s'agissant des violences verbales, était demandé aux sujets : « *Avez-vous été insulté(e), a-t-on proféré à votre encontre des cris, des menaces verbales, des injures ?* ». À propos des violences psychologiques, la question était la suivante : « *Est-il arrivé que **quelqu'un** émette à votre propos des critiques injustes, répétées [...] ?* ». Et ces formulations interrogatives étaient également particulièrement larges s'agissant des violences sexuelles et physiques. De plus, l'étude ne comprend pas de catégorie explicite « conjoint » ou « ex-conjoint », mais englobe ces protagonistes tantôt comme faisant partie de « la famille » ou « des proches » de la victime, tantôt comme « travaillant » avec elle ou en tant que « personnes connues »⁴⁸⁵.

Il fallut attendre l'enquête Cadre de vie et sécurité (CVS) menée par l'Organisme national de la délinquance et l'INSEE, dès 2007, pour que soit donnée une idée – même approximative⁴⁸⁶ – de la violence commise contre les femmes et les hommes. Elle montre, en effet, que de 2008 à 2014 et par tranche de deux ans, 121 000 hommes se sont déclarés victimes de violences

⁴⁸² Maryse Jaspard et l'équipe ENVEFF, *op. cit.*

⁴⁸³ F. Beck, C. Cavalin et F. Maillochon, *Violences et santé en France : état des lieux*, Paris, La Documentation Française, 2010, p. 20-21.

⁴⁸⁴ F. Beck, C. Cavalin et F. Maillochon, *Violences et santé en France : état des lieux, op. cit.*, p. 75.

⁴⁸⁵ F. Beck, C. Cavalin et F. Maillochon, *ibidem*, p. 81.

⁴⁸⁶ Ces résultats sont approximatifs en raison de l'existence d'un chiffre noir de la criminalité particulièrement marqué quant aux infractions intrafamiliales. Également, l'enquête ne cible que les violences conjugales sexuelles et physiques, à l'exception des violences verbales et psychologiques.

physiques ou sexuelles par conjointe ou concubine, alors que 271 000 femmes étaient placées dans la même situation⁴⁸⁷. Il est, par conséquent, possible d'avancer que les femmes sont plus souvent l'objet de violences conjugales que les hommes. Cependant, il ne faudrait pas conclure de ces chiffres que les violences conjugales sont une criminalité sexuée.

114. Les violences conjugales non constitutives d'une délinquance « genrée ». – Constater que les violences conjugales sont majoritairement commises à l'encontre des femmes ne signifie pas que seules les femmes en soient victimes.

Ainsi, Sophie Torrent, diplômée du Département du travail social et des politiques sociales de l'Université de Fribourg, en Suisse, est le premier chercheur à consacrer un ouvrage à l'homme violenté dans son couple⁴⁸⁸. Contrairement aux enquêtes de victimation menées sur le territoire français, elle a opté pour une approche qualitative et semi-directive de l'entretien. Aussi, à partir d'un échantillon de douze hommes victimes de violences conjugales, contactés principalement *via* des associations d'aide aux victimes⁴⁸⁹, elle parvient à dégager les principales caractéristiques de la violence conjugale faite aux hommes.

Le premier constat de cette étude est que la réalité de l'homme victime de violences est clairement occultée dans le paysage médiatique, politique et législatif. Ainsi, les campagnes de sensibilisation contre les violences au sein des couples, prétendant pourtant rompre ce tabou et lutter contre sa banalisation, s'évertuent à ne considérer que de la femme victime. Dès lors, si la révolution féministe, qui continue de marquer nos sociétés occidentales, a permis de faire la lumière sur les injustices faites quotidiennement aux femmes, elle a rejeté *a contrario* dans l'ombre celles perpétrées à l'encontre des hommes – faisant naître ainsi, un « *tabou au cœur du tabou* »⁴⁹⁰.

Le deuxième constat réside dans une renonciation des chercheurs à approfondir la problématique de « l'homme battu », par peur de se voir reprocher une mauvaise interprétation et définition de la notion de violence. Ainsi, il existe une idée selon la quelle

⁴⁸⁷ C. Rizk, « Éléments de profil des hommes et des femmes de 18 à 75 ans ayant déclaré avoir été victimes de violences physiques et sexuelles sur deux ans par conjoint cohabitant. Enquêtes “ Cadre de vie et sécurité ” Insee-ONDRP de 2008 à 2014 », *Repères*, n° 31, mars 2016, p. 11, (en ligne) disponible sur le site de l'Institut national des hautes études de la sécurité de la Justice (Inhesj) : http://www.inhesj.fr/sites/default/files/reperes_31.pdf.

⁴⁸⁸ S. Torrent, *L'Homme Battu. Un tabou au cœur du Tabou*, Québec, Opinion santé, 2001.

⁴⁸⁹ Pour une explicitation de la méthodologie de recherche, V. S. Torrent, *op. cit.*, p. 151.

⁴⁹⁰ S. Torrent, *ibidem*.

« les femmes n'agresseraient que pour se défendre »⁴⁹¹. La violence de la femme, à l'intérieur de son couple, est donc conçue uniquement comme une violence par réaction. Le résultat de cette inertie scientifique réside dans la méconnaissance criante de la réalité et de l'ampleur des violences conjugales commises à l'encontre des hommes.

Le troisième constat est relatif à l'inconcevabilité sociale de la victimation au masculin. En effet, outre le caractère privé de la violence conjugale rendant son appréhension complexe, il faut encore souligner l'existence de préconçus dans l'imaginaire public quant à l'image de l'homme. Il semble impensable encore aujourd'hui qu'un homme puisse être la proie des abus physiques, sexuels ou psychiques d'une femme⁴⁹². Ainsi, les hommes victimes de violences conjugales – également peu sollicités à s'exprimer – demeurent très discrets sur leur situation ou leur vécu.

Enfin, la mise en avant d'une violence conjugale commise à l'encontre des femmes par des hommes donne à penser que cette criminalité est typiquement hétérosexuelle. Pourtant, cette réalité n'épargne pas les couples homosexuels et lesbiens. Selon la campagne de sensibilisation et d'information réalisée en 2014 par la Fédération LGBT sur ce thème, 11% des homosexuels se sont déclarés victimes de violences conjugales au cours de l'année 2013⁴⁹³. D'un point de vue institutionnel, l'existence de ce phénomène est méconnue ou volontairement ignorée des pouvoirs publics. Sa reconnaissance remettrait en question la vision purement féminisée de la violence conjugale, et par la même occasion son traitement juridique.

D'un point de vue plus subjectif, la dénonciation de la violence conjugale homosexuelle présente une particularité supplémentaire. En effet, elle se déroule dans le huis clos de la cellule conjugale. Mais, au-delà, par peur du jugement, nombre d'homosexuels tardent à opérer leur « coming-out », dissimulant ainsi leur orientation sexuelle et leurs relations sentimentales à leurs proches et aux yeux des instances sociales.

115. Vers un traitement de la violence conjugale, comme un phénomène criminel objectif ?. – La violence conjugale n'est pas une criminalité de genre, mais est pourtant traitée comme telle par les pouvoirs publics. Se faisant, ils tentent – tant bien que mal – de

⁴⁹¹ S. Torrent, *ibidem.*, p. 20.

⁴⁹² Sophie Torrent raconte notamment les railleries et interrogations amusées ou moqueuses que son projet de recherche a pu susciter.

⁴⁹³ Fédération LGBT, *Brisons le tabou*, Campagne Violences Conjugales LGBT, 28 avril 2014, [En ligne : <http://yagg.com/2014/05/03/agir-une-association-pour-lutter-contre-les-violences-physiques-et-morales-chez-les-couples-lgbt/>].

rétablir une parité homme-femme, mais à sens unique. Citons par exemple, l'adoption 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*. Ce texte marque, tout d'abord, par son paradoxe. D'un côté, il arbore un intitulé ouvertement partisan et discriminant. Mais, d'un autre, il dissimule son objectif de protection premier, en employant des termes ou expressions impersonnels, tels que « la personne victime »⁴⁹⁴ ou « la personne en danger »⁴⁹⁵, ou encore « contre le conjoint, concubin ou partenaire »⁴⁹⁶.

Citons encore la création d'un Observatoire national des violences faites aux femmes, aux termes de l'article 29 de la loi de 2010⁴⁹⁷. Cet Observatoire a pour mission de partager la connaissance du phénomène de violence faite aux femmes et d'évaluer les réponses qui y sont apportées. À ce titre, il est chargé de « rassembler, analyser et de diffuser les informations et données relatives à ce sujet »⁴⁹⁸. Au-delà ce qui interpelle c'est toujours ce choix affirmé des autorités de ne traiter de la violence que sous son aspect féminin. De plus, cette sensibilisation quant aux violences spécifiquement faites aux femmes est largement véhiculée par le biais de formations en milieu professionnel (article 21) et en milieu scolaire (article 23). Ces formations ont pour objet de promouvoir une égalité entre les hommes et les femmes, la lutte contre les préjugés sexistes et la lutte contre les violences faites aux femmes. Également, auprès des professionnels en contact avec des femmes victimes de violences, elles permettront de les aider à la détection des signaux de violence, à la prévention de celles-ci et à l'appréhension de leurs mécanismes⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ Art. 515-9 du C. civ. relatif à l'ordonnance de protection. « 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, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection ».

⁴⁹⁵ Art. 515-10 du C. civ.

⁴⁹⁶ Art. 142-12-1 nouv. C. pr. pén. « L'assignation à résidence exécutée sous le régime du placement sous surveillance électronique mobile peut être ordonnée lorsque la personne est mise en examen pour des violences ou des menaces, punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement, commises :
« 1° Soit contre son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ; [...] ».

⁴⁹⁷ Le texte prévoit la remise d'un rapport par le Gouvernement au Parlement avant le 31 décembre 2010, en vue de la création de cet observatoire. Cependant, en pratique, nous remarquons qu'il a fallu attendre le 3 janvier 2013 pour que soit créée une Mission interministérielle de protection des femmes contre les violences et de lutte contre la traite des êtres humains (MIPROF), qui s'est – elle-même – vue confier cette fonction d'observatoire de la violence faite aux femmes.

⁴⁹⁸ Mission interministérielle pour la protection des femmes contre les violences et la lutte contre la traite des êtres humains (MIPROF), « Violences sexuelles et violences conjugales : combien de victimes ? », *La lettre de l'Observatoire national des violences faites aux femmes*, n°1, Novembre 2013, p. 1.

⁴⁹⁹ G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport n°1799 au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, p. 143 sq.

On le voit, ces propositions lacunaires tendent clairement à la création d'une expertise sur les violences faites en priorité aux femmes. L'unique résultat de telles propositions d'intervention à moyen et long terme, sera d'induire une perte considérable de temps dans la résolution des conflits. En effet, encore aujourd'hui, les associations, les acteurs de justice et les politiques déplorent l'ampleur de cette criminalité, en dépit des progrès opérés dans le traitement de la question depuis les années 2000. C'est dire que l'éradication de ce fléau suppose de suivre un plan d'action particulièrement lent. Dès lors, n'insister que sur la partie émergée, ou majoritairement observable, de la violence conjugale ne saurait garantir une action en profondeur contre ce problème. Au contraire, une telle démarche semble aller dans le sens d'une politique législative de l'urgence, exercée au rythme des faits divers⁵⁰⁰. Une telle action d'apparat viserait – semble-t-il – essentiellement à l'obtention de statistiques plus engageantes quant au recul de ce phénomène criminel par trop visible.

Pourtant, une meilleure connaissance de la violence conjugale faite aux hommes serait bénéfique à la compréhension et au traitement du phénomène criminel d'une part. Et Catherine Ménabé de dire que « *la violence conjugale est le fait des deux sexes, les victimes des deux sexes doivent donc être à égalité face au système judiciaire et bénéficier de la même protection de la société* »⁵⁰¹. Mais également, d'autre part, elle aiderait à mieux lutter contre les violences conjugales faites aux femmes précisément. En effet, cela permettrait d'obtenir une vue d'ensemble de cette criminalité, de comprendre la relation homme/femme, les enjeux, déséquilibres et pouvoirs en présence dans la relation conjugale. Il convient de bien comprendre que la violence conjugale ne se réduit pas à l'ascendant d'un homme sur une femme, mais à un mécanisme d'emprise instauré entre deux individus engagés dans une relation amoureuse. Par conséquent, cette emprise peut être exercée aussi bien par un homme à l'égard d'une femme, que par une femme à l'égard d'un homme, ou entre deux personnes du même sexe.

C'est donc à partir du seul critère d'emprise, qu'il conviendrait de penser la réponse pénale. L'institut national d'études démographiques (Ined) s'est, dès lors, proposé de mener une enquête nommée « VIRAGE », sur un échantillon de 35 000 enquêtés (17 500 femmes et 17 500 hommes), âgés de 20 à 69 ans. Cette enquête doit permettre d'approfondir l'état actuel

⁵⁰⁰ V. sur l'opportunité législative, *infra*, n° 339 et s.

⁵⁰¹ C. Ménabé, « Les hommes victimes de violences conjugales », Actes du Colloque, SOS « Hommes battus », Paris, 19 novembre 2012, (en ligne) : https://fr.scribd.com/doc/114156442?secret_password=dauwu6chvuoi9d6e4v1.

des savoirs sur les violences faites aux femmes, mais aussi aux hommes. Elle tendra à préciser ainsi les spécificités de la victimation masculine par rapport à la victimation féminine déjà bien connue⁵⁰².

d) Les principaux facteurs objectifs de violences

116. Généralités. – Plusieurs facteurs risques reconnus sont susceptibles de précipiter la commission des violences au sein du couple. Par exemple, il peut s’agir d’évènements clés de la vie conjugale, tels que la première grossesse⁵⁰³, le chômage du conjoint violent ou encore la séparation du couple⁵⁰⁴. En l’espèce, l’attention sera portée sur l’impact de l’âge des partenaires sur le passage à l’acte, les éventuelles altérations du comportement et les enjeux de la relation amoureuse.

117. Le jeune âge des partenaires. – Les différentes études menées sur le sujet montrent que le jeune âge des partenaires est propice aux situations de violences. En effet, selon l’enquête « Cadre de vie et sécurité », l’âge de la victime et de son conjoint ont une incidence sur les taux de violence relevés. Ainsi, lorsque la victime ou son conjoint, ou les deux, ont entre dix-huit et vingt-quatre ans, la proportion des violences est plus importante, soit de 35,3 %. *A contrario*, lorsque la victime est âgée de soixante-cinq à soixante quinze ans, on s’aperçoit que ce taux diminue considérablement. Ainsi, seules huit femmes de cette tranche d’âge sur mille ont déclaré avoir été victimes de violences physiques ou sexuelles, par conjoint cohabitant, de 2008 à 2014. Cette forte part de victimes chez la jeune population peut s’expliquer assez aisément par un manque de maturité. D’ailleurs, pour la plupart des victimes interrogées, on constate que la première relation violente coïncide aussi avec un premier amour ou un amour de jeunesse. Souvent, les victimes confondront passion fusionnelle et violence chronique.

⁵⁰² Cette étude étant en cours d’analyse, ses résultats seront publiés en 2016-2017, V. Mission interministérielle pour la protection des femmes contre les violences et la lutte contre la traite des êtres humains, « Violences sexuelles et violences conjugales : combien de victimes ? », *La lettre de l’Observatoire national des violences faites aux femmes*, n°1, Novembre 2013, p. 8.

⁵⁰³ V. *infra*, n° 137 et s.

⁵⁰⁴ G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport n°1799 au nom de la mission d’évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, p. 174.

Par ailleurs, l'écart d'âge existant entre la victime et son conjoint compte également. Il a dès lors été relevé que, le taux des violences intraconjugales était plus élevé lorsque le conjoint de la victime était plus âgé qu'elle. Ainsi, alors que la part de femmes victimes de violences physiques ou sexuelles (en couple avec des partenaires du même âge) est de 17,8%, lorsqu'elles ont entre vingt-cinq et trente-quatre ans, celle-ci passe à 27,5%, lorsque leur conjoint est âgé de trente-cinq à quarante-quatre ans. Ces chiffres sont éloquentes et se vérifient dans le cas de Julie, par exemple, dont l'agresseur était âgé de dix ans de plus qu'elle⁵⁰⁵. Cette attirance des victimes par des partenaires plus âgés est souvent inconsciente. Elles y associent généralement une certaine maturité ou un certain charisme de l'être aimé. Cela peut ainsi les conduire à lui céder plus facilement des rôles d'autorité ou de protection, au sein du foyer. En revanche, de telles observations ne sont pas immuables et doivent être nuancées. Face à la fragilité des relations conjugales et à la multiplication des nouvelles rencontres, il n'est pas rare qu'une femme plus âgée – jusqu'alors en ménage stable – soit victime d'un premier passage à l'acte après soixante ans. Le cas de Sandrine en atteste⁵⁰⁶.

Sandrine est une femme âgée de soixante ans au moment des faits. Elle est divorcée. Elle n'avait jamais subi de violences dans son couple auparavant. Elle fait la connaissance d'un homme de nationalité sénégalaise sur Internet. L'intéressé vient en France. Sandrine et lui réalisent toutes les démarches nécessaires afin qu'il obtienne son titre de séjour. Elle dit avoir retrouvé une seconde jeunesse à cette époque et que son amant était particulièrement attentionné. Pourtant, dès l'obtention dudit titre, ce dernier a commencé à lui infliger des violences physiques.

118. Les altérations du comportement. – Deux cas d'altération du comportement sont à distinguer. Le premier concerne les maladies dues à un dysfonctionnement génétique de la neurogenèse⁵⁰⁷. Il s'agit, par exemple, de l'autisme ou du syndrome de Gilles de la Tourette. Ces altérations se déclarent dès l'enfance du sujet atteint. L'autiste est sensible aux bouleversements ; son quotidien doit être ritualisé. Tout changement perturbateur moindre peut être, pour lui, source de stress. Le malade atteint du syndrome de Gilles de la Tourette est impulsif et peut avoir des difficultés à se contrôler, il a des colères explosives accompagnées

⁵⁰⁵ V., *supra*, n° 95.

⁵⁰⁶ Entretien victime, Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Montpellier, 2 juin 2016.

⁵⁰⁷ Pour un approfondissement, V. F. Math et D. Desor, *Comprendre la violence des enfants. L'apport des neurosciences*, Paris, Dunod, 2015, p. 145 sq.

d'éclats d'injures à l'égard d'autrui. Dans ces deux cas, en cas de crises, ces sujets peuvent adopter des comportements agressifs, anxieux, dépressifs voire violents – vis-à-vis de leur propre personnes (mutilations) ou de leurs proches (parents, amis ou plus tard de leurs partenaires). Ces altérations cérébrales se distinguent d'un côté de la démence. Cette dernière influe en effet sur plusieurs dimensions cognitives, qu'il s'agisse du jugement de la capacité de jugement, de mémoire, de langage, voire de certaines capacités motrices parfois. Dans ce cas de figure, le discernement est donc totalement aboli. Mais, elles se distinguent d'un autre côté des troubles déficitaires de l'attention (TDAH), qui ne sont pas considérés comme des maladies, mais comme un état neurologique⁵⁰⁸. Dès lors, au regard de la responsabilité de l'auteur de violences conjugales, atteint d'une altération génétique de la neurogenèse, se pose la question de la simple altération de son discernement ou de l'abolition totale de celui-ci ? L'article 122-1 alinéa 1 du code pénal prévoit qu'est irresponsable pénalement, la personne qui est atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique, ayant aboli son discernement et le contrôle de ses actes, au moment de l'acte. Cependant, en vertu de l'alinéa 2 du même texte, lorsque ce trouble n'aura causé qu'une altération du discernement de l'intéressé, sa responsabilité pénale restera engagée. Souvent, le juge peut rencontrer certaines difficultés d'interprétation quant aux effets réels de certains troubles, sur le discernement⁵⁰⁹.

Dans le cas de l'autisme et du syndrome de Gilles de la Tourette, compte tenu des conséquences de ces maladies sur le fonctionnement cérébral de l'individu⁵¹⁰, il conviendrait de retenir qu'il n'est pas pénalement responsable pour les violences physiques ou verbales qu'il commettrait lors d'une crise. En effet, au moment des faits, il ne dispose pas de toutes ses facultés de contrôle ou de jugement. Cependant, dans le cas où les violences surviendraient en dehors de ces crises, il semble que les juges pénaux retiennent une altération du discernement ayant simplement pour effet d'atténuer la peine prononcée⁵¹¹.

Le deuxième cas est celui de la consommation d'alcool ou de substances illicites. Dans cette hypothèse, bien que la prise de ces produits puissent entraîner une abolition du discernement,

⁵⁰⁸ F. Math et D. Desor, *op. cit.*, p. 150.

⁵⁰⁹ Il incombe au juge d'apprécier l'étendue du trouble du malade. Pour ce faire, il fera souvent appel à l'expertise judiciaire. Toutefois, l'expert ne juge pas d'un état d'abolition ou d'altération présent, mais passé. Cela complique sa tâche et soumet inévitablement son diagnostic à un risque d'erreur. Pourtant, dans la plupart des cas, le juge s'en remettra à l'avis des psychiatres et médecins.

⁵¹⁰ Il arrive que suite à une crise de colère, le sujet atteint du syndrome de Gilles de la Tourette n'ait plus le souvenir de ses actes, V. F. Math et D. Desor, *op. cit.*

⁵¹¹ Ainsi, les juges correctionnels ont retenu contre le concubin d'Elodie, atteint du syndrome de Gilles de la Tourette, une peine de dix-huit mois d'emprisonnement avec mandat de dépôt, V. pour le témoignage de la victime, *supra*, n° 110.

dans le cas notamment où l'auteur les a consommé en vue de commettre les infractions, sa responsabilité demeure engagée. Dans le cadre des violences conjugales, l'alcool est souvent le déclencheur du passage à l'acte et participe pleinement, pour le conjoint violent, d'un véritable rituel de violence.

119. La valorisation de stéréotypes misogynes. – Bien que les violences conjugales ne soient pas le fait des hommes uniquement, il ne peut être ignoré, comme cela a été démontré plus haut, que les femmes sont plus souvent exposées à cette criminalité que les hommes⁵¹².

Nos sociétés contemporaines, en effet, cultivent une image faussée de la masculinité, qui passent malheureusement par le dénigrement de tout ce qui est en lien avec la féminité. Celle-ci est, en effet, synonyme de vulnérabilité, de douceur ou de faiblesse. La survalorisation de la virilité – dans l'éducation des petits garçons – les conditionne dès le plus jeune âge au refoulement de leurs sentiments, à la non extériorisation de leurs souffrances⁵¹³.

Ainsi, face aux aléas de la vie, les femmes auront davantage tendance à retourner la violence contre elles-mêmes, soit en développant des troubles alimentaires graves ou par scarifications, soit en se suicidant. *À contrario*, on constate que les hommes ont davantage tendance à adopter des comportements violents, synonyme de puissance⁵¹⁴. Bien que la violence conjugale ne puisse se réduire à une criminalité « genrée », il ne peut être nié que ces préconçus sexistes – véhiculés dans la société, mais également au cœur des foyers – contribuent à conforter l'homme dans une stature de supériorité vis-à-vis des femmes. Naturellement, la chosification de celles-ci facilite la violation de leurs droits intrinsèques à leur intégrité physique et psychologique.

120. La relation amoureuse, les prémices à la violence. – Souvent, les questionnements récurrents relativement aux violences conjugales portent sur les raisons qui poussent une victime à demeurer, pendant autant d'années, aux côtés de son tortionnaire. Ce comportement est souvent vu par l'opinion publique comme une preuve de faiblesse et d'inconscience de la

⁵¹² V. *supra*, n° 113 *in fine*.

⁵¹³ Depuis la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, l'alinéa 2 de l'article 122-1 prévoit que « *si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans* ».

⁵¹⁴ J. Siebel Newsom, « The Mask you live in », Documentaire, Etats-Unis, 2015. Ce documentaire particulièrement intéressant va au cœur des stéréotypes liés à la masculinité dans la société américaine, en se basant sur des interviews d'universitaires et d'experts. Il se propose ainsi de poser les prémices d'une éducation plus saine et équilibrée des générations futures d'hommes. Les observations de ce reportage sont transposables à la société française.

victime. Dès lors, ces violences sont banalisées voire mythifiées ou stigmatisées. Une des raisons de cette incompréhension générale est que les couples gangrenés par cette dernière sont perçus comme marginaux, atypiques et à risques. Ainsi, nombreux sont ceux qui s'estiment préservés de ce fléau, tant cette violence semble éloignée de leurs réalités socio-culturelles et de leurs modèles éducatifs. Cette violence est donc considérée comme n'atteignant qu'une certaine catégories de citoyens.

On remarque d'ailleurs à travers les différents discours tenus sur le sujet, que les membres des autorités normatives ou exécutives mêmes, qui entendent apporter des solutions à ces violences, parviennent encore mal à percer à jour le mystère de ce phénomène. Or, le plus grand écueil serait de considérer la relation amoureuse empreinte de violences comme diamétralement opposée à une relation amoureuse classique. En effet, dans les deux cas, ces relations se fondent initialement sur des sentiments amoureux. C'est bien parce qu'elle est amoureuse que la victime a du mal à tracer la limite entre témoignages d'amour ou simples traits de caractères et véritables prémices de la violence. Cela peut ainsi la conduire à assimiler la jalousie de son compagnon à de la passion. C'est encore parce qu'elle en est amoureuse, qu'elle pense pouvoir l'aider et provoquer chez lui un changement.

De plus, même au sein d'une relation saine, certaines caractéristiques observées précédemment s'agissant des violences conjugales, peuvent se dégager. Elles s'exprimeront simplement de manière plus convenue, plus tacite ou à faible intensité. Il peut arriver, en effet, qu'un conjoint exerce sur l'autre, un certain ascendant, de par sa personnalité et son charisme, son milieu socioprofessionnel, ou de sa position salariale.

Il ne faudrait pas perdre de vue, en outre, que l'élément essentiel de ces relations violentes, comme toutes relations amoureuses saines, demeure la séduction. Une fois ce postulat préalable intégré, l'on comprend que toute personne charmée par une autre puisse potentiellement être confrontée à une relation amoureuse dysfonctionnelle.

Par ailleurs, c'est précisément parce qu'elles se déroulent dans l'espace très particulier du couple, que ces violences présentent cette complexité. Nous pensons ici, à l'hypothèse de violences conjugales réciproques, notamment s'agissant de « *violences situationnelles ou interactives* »⁵¹⁵ ou de couples dits pathologiques ou chroniques. Dans ces situations conjugales toxiques, c'est la relation conjugale elle-même qui constitue le terreau accélérateur

⁵¹⁵ E. Badinter, « La vérité sur les violences conjugales », *L'express*, 20 juin 2005.

et amplificateur de violence. Ainsi, attaques violentes et violences défensives ou réactionnelles s'alternent, se répondent et se déclenchent mutuellement. Deux circonstances peuvent conduire à ce résultat. Il peut s'agir soit d'un membre du couple qui va se défendre face aux coups ou aux dires de l'autre conjoint, soit d'une emprise réciproque où chacun des partenaires tentent d'exercer un contrôle sur l'autre et d'imposer son autorité.

3) Les profils criminologiques des protagonistes

121. Deux grands profils criminologiques doivent être abordés ici. Le premier est celui du conjoint violent (a), le deuxième celui du conjoint victime (b). Mais, il arrive également comme nous le verrons, qu'un même membre du couple soit à la fois auteur et victime de ces violences⁵¹⁶. À l'intérieur de ces deux profils, il convient de distinguer les particularités féminines et masculines.

a) Le profil du conjoint violent

122. Des procédés différents entre hommes et femme. – Le *modus operandi* du conjoint auteur de violences diffère en fonction qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme.

123. Le profil de l'homme violent. – Selon la psychologue clinicienne Mireille Labats, la violence exercée par les hommes est spécifiquement d'ordre physique⁵¹⁷. C'est ce que confirme l'Observatoire national des violences faites aux femmes⁵¹⁸. En effet, sur une année, ont été comptabilisées 147 000 violences physiques, par conjoint ou ex-conjoint, à l'encontre de femmes, contre 29 000 violences sexuelles. L'activité annuelle de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales confirme ces chiffres. Ainsi en 2015, 31% des nouveaux entretiens victimes concernaient des violences physiques, alors que seuls 6% étaient relatifs à des violences sexuelles⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Nous pensons notamment à la femme victime depuis plusieurs années des violences de son époux qui en arrive à commettre un meurtre, mais également, à l'homme battu qui infligerait des violences à sa compagne pour tenter de la canaliser, V. *supra*, n° 132 et 149.

⁵¹⁷ M. Lasbats, « Les violences conjugales : aspects psychologiques », *AJ. pén.* 2011.182, spéc. p. 184.

⁵¹⁸ Mission interministérielle pour la protection des femmes contre les violences et la lutte contre la traite des êtres humains, « Violences sexuelles et violences conjugales », *La lettre de l'Observatoire national des violences faites aux femmes*, n°1, novembre 2013, p. 2.

⁵¹⁹ C. Llor, psychologue de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis, Montpellier, 9 octobre 2015.

De manière générale, deux structures psychopathologiques sont observées, chez les auteurs de violences conjugales masculins⁵²⁰. Premièrement, les auteurs à la structure névrotique. Ce sont souvent des hommes exposés, dès l'enfance, à la violence directe de leurs pères ou beaux-pères ou ayant évolué dans un climat familial violent (violences conjugales des parents). Aussi, ont-ils intériorisé ce schéma d'interactions comme normal et légitime. Toute communication ou apprentissage passe par la sanction, la correction⁵²¹. Il peut encore s'agir d'individus en proie à des carences affectives, dès la petite enfance⁵²² (en raison de liens mère-enfant troublés⁵²³) ou à des carences éducatives (une mauvaise assimilation des lois, de l'ordre et de l'autorité). Chez ces individus, la relation amoureuse est véritablement un facteur à risque, car ils ont des difficultés à « *gérer, apprivoiser tous les ingrédients pour vivre heureux ou simplement agréablement en couple* »⁵²⁴. Aussi, sont-ils plus sensibles aux dérapages à caractère violent, liés à des tensions inhérentes à la vie de couple. L'expérience de l'intimité représente donc pour eux un défi. Pourtant, on remarque que ces auteurs sont de véritables « boulimiques des relations » (moins de deux ans entre chaque relation sentimentale)⁵²⁵.

Une étude par imagerie par résonance magnétique fonctionnelle (IRMf)⁵²⁶ – diligentée par l'Université de Grenade, en Espagne – a démontré que les auteurs de violence intime contre conjoint présentaient des particularités cérébrales, par rapport aux autres criminels. En effet,

⁵²¹ C. Llor, psychologue de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis, Montpellier., le 9 octobre 2015.

⁵²² M. Lasbats, *op. cit.*, spéc. p. 186.

⁵²³ Donald Wood Winnicott, pédiatre et psychanalyste, différencie dans la relation de la mère à l'*infans*, le « holding » du « handling ». Le holding renvoie aux soins et à la sécurité affective que la mère apporte à son enfant, et aboutissant à terme à valoriser chez lui un sentiment d'exister et une conscience du « self ». Le handling désigne la manière dont la mère va manipuler et contenir son enfant, celle-ci ayant des répercussions sur sa construction mentale, V. J.-P. Lehmann, « Holding et Handling », in *La clinique analytique de Winnicott*, Toulouse, ERES, 2007, p. 170-206 ; Mireille Labats précisait que l'auteur des violences domestiques aura lui-même souffert d'une défaillance du handling et du holding.

⁵²⁴ R. Coutanceau, « Violences conjugales et société », in *Violence et famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 83.

⁵²⁵ J. Saint-Clément, directeur de la Caisse d'allocation familiales de Guadeloupe, Propos recueillis le 28 mai 2015, Guadeloupe ; A. Fraud, juriste de l'association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis le 9 octobre 2015, Montpellier.

⁵²⁶ N. Bueso-Izquierdo, J. Verdejo-Roman, O. Contreras-Rodriguez, M. Carmona-Perera, M. Pérez-Garcia, N. Hidalgo-Ruzzante, « Are batterers different from other criminals?. An fMRI study », *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, n°11, passim, [En ligne : https://www.researchgate.net/publication/294919618_Are_batterers_different_from_other_criminals_An_fMRI_study]. Cette étude par neuro-imagerie est basée sur la comparaison de vingt-et-un conjoints masculins violents par rapport à vingt autres criminels. L'objectif était alors de comprendre le fonctionnement du cerveau des agresseurs conjugaux, lorsque ceux-ci sont exposés à des images de violence du partenaire intime (VPI) ou des images de violences autres. Les résultats de cette étude montrent une activité neurovasculaire plus élevée – chez ces agresseurs que chez les autres délinquants – dans le cortex cingulaire antérieur, postérieur et dans le cortex préfrontal médian.

cette étude met en évidence une obsession de ces hommes pour leur conjointe ou concubine, ainsi qu'une difficulté à la régulation des émotions. Ces sujets éprouvent des bouffées de rage et d'angoisse et souffrent souvent d'une peur pathologique de l'abandon. D'ailleurs, dans la plupart des cas, on constate que ces hommes ont des « *personnalités socialement normées* »⁵²⁷. Ils présentent, en effet, une bonne adaptabilité au travail et ont une vie sociale normale en dehors du foyer. Ainsi, pour illustration, l'époux de Sara ne commençait à s'alcooliser qu'une fois avoir quitté son lieu de travail⁵²⁸. Par ailleurs, on remarque chez ces agents une tendance à rationaliser leur comportement violent comme une réponse apportée à un comportement précis de la victime. Il peut s'agir de « *simples regards, gestes, mouvements, attitudes ou de paroles qui sont chargés – du moins aux yeux du conjoint violent – d'une valeur de détonateur* »⁵²⁹. Dès lors, ils vivent la victime comme leur propre agresseur, probablement en écho à leur vécu personnel. Ainsi, par mimétisme de sa propre histoire, l'auteur va venir remettre de la justice, là où lui-même a subi une injustice. Selon Cécilia LLor, « *il faut bien comprendre qu'il y a un aspect libérateur et thérapeutique du passage à l'acte. C'est ce qui va permettre de libérer la tension interne de l'auteur, qui est intrinsèquement violent* »⁵³⁰.

Deuxièmement, l'agresseur peut présenter une personnalité perverse. Ici, le déclenchement de la violence ne sera pas nécessairement lié à un vécu familial de maltraitances⁵³¹. Le passage à l'acte est dicté par la recherche de la jouissance et du sadisme. En effet, ce qui caractérise le pervers c'est sa malignité, à savoir « *le besoin de faire le mal par plaisir* »⁵³². Cette personnalité perverse ne se développera pas uniquement vis-à-vis du partenaire d'ailleurs, mais dans toutes les sphères de la vie sociale de l'individu. Motivé par une quête de pouvoir, le pervers narcissique peut occuper des postes à responsabilités. Il sera particulièrement intelligent, astucieux et manipulateur dans ses différentes relations. Mais ce qui marque surtout la personnalité de l'auteur pervers, c'est son égoïsme. Cet égoïsme se concrétise par

⁵²⁷ M. Lasbats, *op. cit.*, p. 186.

⁵²⁸ V. *supra*, n° 110.

⁵²⁹ R. Perrone et M. Nannini, *Violences et abus sexuels dans la famille. Une vision systématique de conduites sociales violentes*, 5^e éd., Paris, ESF, 2012, p. 50.

⁵³⁰ C. Llor, psychologue de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis le 9 octobre 2015, Montpellier. Selon elle, l'auteur vient rejouer ce qui a été de son propre traumatisme pour évacuer le mal. Il est alors dans la « *névrose traumatique* ».

⁵³¹ C. Llor, *op. cit.*

⁵³² P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome 3, *Criminologie*, 3^e éd., Librairie Dalloz, 1975, n° 379, p. 677.

un amour de soi, une tendance à la haine ou la vengeance et le mépris de l'autre (de la valeur de sa vie ou de son bien-être)⁵³³.

Cependant, c'est une autre classification des profils criminologiques des auteurs de violences, qui retiendra plus spécifiquement notre attention. En effet, pour sa part, Roland Coutanceau, psychiatre, expert national et président de la Ligue française de santé mentale propose de sortir des sentiers battus et des typologies psychopathologiques définies. Ainsi, dépassant le profil du pervers narcissique régulièrement galvaudé ou exagéré, il constate que les profils d'agresseurs oscillent souvent entre immaturité et égocentrisme. Aussi, différencie-t-il trois personnalités criminelles⁵³⁴, qui viennent en confirmation de nos observations empiriques. Les « *profils immaturo-névrotiques* », d'une part, qui sont essentiellement immatures. Les « *profils immaturo-égocentriques* » chez lesquels, égocentrisme et immaturité sont équitablement mêlés. Enfin, les « *profils immaturo-pervers* » qui renvoient à des auteurs à prévalence très égocentrique, avec une immaturité secondaire masquée par une « *boursoufflure égocentrique* ». Cette classification présente l'avantage de sa précision. Elle est, en effet, plus personnalisée que la précédente. Elle permet ainsi de faire la lumière sur certains de nos questionnements, s'agissant du rapport à la loi des différents auteurs de violences conjugales et de leur état d'esprit post passage à l'acte.

124. Le rapport à la loi pénale, le choix de la victime et la capacité au repentir. – Les questions du choix de la victime, du rapport à la loi et de la faculté de l'auteur au repentir, seront abordées successivement pour chacun des trois profils criminologiques évoqués précédemment.

S'agissant premièrement de l'*immaturo-névrotique*⁵³⁵, il semble qu'il n'opère pas un choix spécifique du conjoint ou concubin victime. La relation amoureuse s'instaure dans le contexte de la séduction, sans calcul particulier. En général, il s'agit d'amours de jeunesse au cours desquels les névroses de l'intéressé vont s'exprimer. Le sujet – de nature anxieuse et peu confiante – reconnaît dans la plupart des cas ses névroses et ses difficultés à les surmonter. Il est capable de reconnaître également sa responsabilité dans les faits de violence. Il arrive même qu'il puisse exprimer certains regrets voire de l'empathie à l'égard des dommages

⁵³³ P. Bouzat et J. Pinatel, *op. cit.*

⁵³⁴ R. Coutanceau, « Violences conjugales et société », *op. cit.*, p. 84.

⁵³⁵ R. Coutanceau, « Évaluation et prise en charge du conjoint violent », in *Violence et famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 127 sq.

causés à sa victime. Ayant accepté ses propres traumatismes et son propre statut de victime, ce sujet pourra aisément faire l'objet d'une prise en charge thérapeutique⁵³⁶.

S'agissant deuxièmement de l'immaturo-égocentrique⁵³⁷, il ne choisit pas nécessairement sa victime, mais perçoit rapidement les failles et carences de cette dernière. Ayant pour particularité d'être centré sur lui-même, il ne reconnaîtra que partiellement sa responsabilité, avec une forte tendance à rejeter la faute sur sa victime : c'est le comportement de celle-ci qui justifie sa réaction violente. Il n'exprime pas de véritables remords quant à son comportement et bien qu'il conçoive les répercussions physiques et morales des violences sur sa compagne, il ramène l'attention sur sa propre personne. Enfin, il n'accède que partiellement au bien-fondé de la loi pénale⁵³⁸.

S'agissant troisièmement de l'immaturo-pervers, on note chez l'agent une indifférence affective marquée, voire parfois de la défiance. Il nie totalement sa culpabilité dans la survenance de la violence et peut aller jusqu'à dénigrer la parole de la victime, l'accusant ainsi de mythomanie ou d'hystérie⁵³⁹. Ces sujets ne montrent aucun remords et font preuve d'une incapacité au repentir. Ils n'accèdent pas aux lois humaines – sociales ou morales – puisqu'ils s'estiment supérieures à elles⁵⁴⁰.

⁵³⁶ Audience en comparution immédiate, Tribunal de Grande instance de Montpellier, 25 avril 2016. Le concubin de Catherine, âgé de trente-et-un ans, réside depuis la rupture du couple à Paris, alors que son ex-concubine vit à Lunel avec leur petite fille. Inquiet pour son enfant, dont il n'a pas de nouvelles, il rend visite à la mère par surprise. C'est à ce moment qu'éclate la scène de violence (bousculades violentes, diverses dégradations matérielles). À l'audience de comparution immédiate, le prévenu est en pleurs et s'excuse auprès de son ex-femme et de sa fille. Il est décrit par l'avocat de la défense comme un primo-délinquant ayant eu de mauvaises fréquentations entre ses dix-sept et vingt-deux ans.

⁵³⁷ R. Coutanceau, « Évaluation et prise en charge du conjoint violent », *op. cit.*

⁵³⁸ Audience en comparution immédiate, Tribunal de Grande instance de Montpellier, 2 juin 2016. Le concubin d'Elodie est atteint du Syndrome de Gilles de la Tourette. Il justifie sa violence par cette maladie et déclare avoir besoin d'une assistance médicale régulière. Pourtant, il se soustrait volontairement à l'obligation judiciaire de soin prononcée à son égard. De plus, à l'audience de comparution immédiate, il ne reconnaît que partiellement les faits qui lui sont reprochés et minimise sa responsabilité : « *je ne l'ai pas frappé fort* ». Il accuse sa concubine de vouloir l'« *enfoncer* » pour le renvoyer en prison.

⁵³⁹ R. Coutanceau, « Évaluation et prise en charge du conjoint violent », *ibidem.*

⁵⁴⁰ C'est clairement le cas du conjoint de Nadia. Les scènes de violence sont ritualisées. Cinq jours sur sept, au sortir du travail, l'auteur fait le tour de la maison, un mouchoir blanc à la main. Si le mouchoir en ressort sale, il débute un compte à rebours : « *je te défonce dans deux heures ... dans une heure ... dans dix minutes* ». Il ferme les rideaux, ferme la porte à clé, puis commence à tester les réflexes de sa compagne, tel un boxeur. Si la victime se protège, il lui inflige des claques et des coups de poings, jusqu'à ce qu'elle saigne. Une fois terminé, il va se laver et ordonne à la victime de ranger et de préparer ses excuses..., Propos de victime de violences conjugales recueillis par O. Delacroix, V. O. Delacroix, « *Les femmes en très grand danger* », Dans les yeux d'Olivier, *France 2*, 23 septembre 2015.

125. La femme violente. – La criminalité au féminin est encore très mal connue des psychologues, psychiatres, scientifiques et criminologues. On s'accorde, dans tous les cas, à dire que cette criminalité demeure infime comparée à celle des hommes.

Pendant, longtemps, la criminalité féminine a été réduite à des acceptations empreintes de misogynie. Ainsi, selon les théories déterministes du XIX^{ème} siècle, le plus grand crime de la femme était finalement d'avoir une sexualité active, celle-ci étant perçue comme source de toutes les dérives sociétales. Cesare Lombroso décrivait la femme criminelle comme désocialisée, à défaut de famille et donc de stabilité. En effet, selon lui, la maternité exclue toute cruauté chez la femme. Contrairement à la femme normale, nécessairement frigde, monogame et mère, la femme délinquante se caractériserait alors par une sexualité exagérée⁵⁴¹. La prostitution était donc vue par l'auteur comme le crime inné chez cette dernière. Cette thèse était répandue et partagée par d'autres chercheurs, tels que Gabriel Tarde⁵⁴² ou Henri Joly⁵⁴³. Par la suite, l'image de la femme évoluant dans l'opinion publique, diverses études ont contribué à repenser le statut de la délinquante dans la société, ses modalités de passage à l'acte et la fréquence de sa criminalité⁵⁴⁴. En France, la femme délinquante a fait l'objet d'une étude différentielle globale – la première du genre – réalisée par Robert Cario, en 1985⁵⁴⁵. Il est ressorti de cette analyse que les femmes délinquantes – tout comme les hommes – présentaient des carences psychologiques et que la propension de la femme au passage à l'acte dépendra essentiellement de sa socialisation⁵⁴⁶. Toutefois, la question du profil psychologique de la femme violente – dans son couple – reste à déterminer. Existe-t-il une différence notable avec la femme criminelle classique ? Cette criminalité féminine de l'intime présente-t-elle de véritables particularités par rapport à celle des hommes ?

Chrystèle Bellard, doctorante en droit pénal et sciences criminelles, a commencé une étude fort intéressante sur le portrait de femmes criminelles⁵⁴⁷. Ces femmes sont des majeures

⁵⁴¹ C. Lombroso et G. Ferrero, *La femme criminelle et la prostituée*, trad. L. Meille, Paris, Felix Alcan, 1896, p. 85-164 sq. De plus, selon les auteurs, la criminalité féminine serait moins développée que la criminalité de l'homme, en raison du manque d'ingéniosité de la femme, de son infériorité physique et intellectuelle par rapport à l'homme.

⁵⁴² G. Tarde, *La criminologie comparée*, Paris, Felix Alcan, 1886, passim.

⁵⁴³ H. Joly, *La France criminelle*, Paris, Léopold Cerf, 1889, p. 399.

⁵⁴⁴ Pour un aperçu chronologiques des différentes thèses relatives à la criminalité féminine, V. C. Bellard, *Les crimes au féminin*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 18 sq.

⁵⁴⁵ R. Cario, *La criminalité des femmes. Approche différentielle*, Thèse de doctorat, Pau, 1985, passim.

⁵⁴⁶ R. Cario, *op. cit.*, p. 345.

⁵⁴⁷ C. Bellard, *Les crimes au féminin*, Paris, L'Harmattan, 2010, passim.

françaises ou non, condamnées par une Cour d'assises (métropolitaines ou d'Outre-Mer), à des peines de réclusions criminelles. Ainsi, à partir de 145 dossiers pénaux⁵⁴⁸ et de 1137 articles de presses, l'auteur a su rendre compte de la personnalité de ces femmes et de leur ancrage familial et social. Bien que cette enquête ne porte pas directement sur les violences conjugales exercées par conjointe ou concubine, elle permet sans aucun doute d'en fournir une certaine représentation, car il appert que la proximité affective entre la femme et sa victime constitue un élément caractéristique de la criminalité féminine⁵⁴⁹. En effet, dans la majorité des cas (les trois quarts), la femme se montre agressive envers les membres de son foyer (conjoint ou enfants). Par ailleurs, Gysèle Bellard dépeint le portrait d'une femme criminelle, somme toute, conventionnelle. Dès le départ du nid familial, elle se met en couple jeune et s'installe rapidement avec son conjoint ou concubin. Elle est âgée de vingt-six à quarante cinq ans et est presque toujours mère (quatre femmes sur cinq)⁵⁵⁰. Elle n'a en moyenne que deux enfants, ce qui rejoint la moyenne nationale de 2,0 enfants par femme⁵⁵¹. Socialement, elle n'est pas désaffiliée, elle a une activité professionnelle, mais peut connaître une certaine précarité. Il peut s'agir de « *la voisine de pallier, la collègue de travail, la parente d'élève ...* »⁵⁵². Ce visage de la femme criminelle détonne avec l'image fantasmée que l'on se fait de la criminalité féminine.

Cependant, cette normalité dissimule une personnalité carencée et certaines fragilités, selon les résultats de cette étude. D'une part, la majorité des femmes criminelles proviendraient de familles dissociées et auraient connu une période de rupture avec celles-ci – soit en raison d'un placement en structure par les services sociaux, soit en raison d'un accueil par un membre de la famille élargie (une femme sur dix). D'autre part, la délinquante souffre d'un manque de confiance en soi et est souvent dépendante sur un plan affectif. Ceci peut d'ailleurs expliquer qu'elle quitte le joug parental très jeune, pour se placer sous la protection du conjoint. En outre, l'auteur fait le constat d'un passé de violence dans l'enfance de la femme. En effet, une criminelle sur cinq aurait été victime de violences physiques et sexuelles, majoritairement de la part d'un ascendant ou d'un beau-parent (beau-père essentiellement)⁵⁵³. Souvent, ces actes de violence antérieurs n'auront été ni poursuivis, ni condamnés, et la

⁵⁴⁸ Les dossiers pénaux consultés sont ceux de la Direction interrégionales des services pénitentiaires de Lille, et des établissements de Bapaume et de Joux-la-Ville.

⁵⁴⁹ C. Bellard, *op. cit.* p. 71.

⁵⁵⁰ Ce constat contredit clairement la position des thèses déterministes.

⁵⁵¹ V. *supra*, sur l'histoire de la famille, n° 16.

⁵⁵² C. Bellard, *ibidem.*, p. 77.

⁵⁵³ C. Bellard, *ibidem.*, p. 77.

femme victime se sera heurtée à la passivité ou l'incrédulité de sa mère. Enfin, s'agissant du profil criminologique de la délinquante – tout comme l'homme agresseur – sa personnalité est caractérisée par une grande immaturité (une détenue sur trois). On retrouve également chez ces sujets, une propension égocentrique et narcissique (une femme sur six). Elles sont, à part égale, manipulatrices avec une tendance à la mythomanie. Dans une moindre proportion, certaines montrent une certaine froideur et une indifférence face aux actes commis (15% des cas).

126. Quid d'une spécificité du processus criminel chez la conjointe violente. – Certains chercheurs notent que la criminalité de la femme vis-à-vis de son conjoint présente une spécificité. Elle serait, en effet, davantage centrée sur des agressions verbales et des pressions psychologiques (chantage, harcèlement conjugal et menaces)⁵⁵⁴. Ainsi, Mireille Labats, professionnelle au contact du couple, précise que « *les femmes usent d'autres types de "violence" plus subtile, moins voyante, mais parfois tout autant destructrice* »⁵⁵⁵. Ici, on le voit, la présence de guillemets encadrant le terme de violence, est révélatrice d'un certain scepticisme quant à la capacité même de la femme à infliger des violences à son conjoint.

Pourtant, aujourd'hui aucune étude ou enquête ne permet d'affirmer – avec fiabilité – que les procédés de violences employés par les femmes seraient différents de ceux des hommes, ni d'ailleurs que la femme aurait davantage recours à une violence d'ordre psychologique⁵⁵⁶. La seule certitude acquise actuellement c'est que la femme est capable de commettre à l'encontre de son conjoint ou concubin, tant des violences morales que des violences physiques, toute proportion mise à part. Ainsi, s'agissant du processus des violences, les chercheurs constatent – à l'instar de la violence masculine – une gradation des violences infligées par la conjointe. En effet, elles s'intensifieront également au fil de la relation et évolueront de comportements verbaux et psychologiques vers des comportements agressifs, directs et corporels⁵⁵⁷. De même, s'agissant de l'intensité des violences exercées, elle est similaire chez la femme et chez l'homme. Ainsi, les violences psychologiques en provenance de la femme consisteront, par exemple, à des chantages au suicide ou des menaces de ne plus voir les enfants communs,

⁵⁵⁴ C. Ménabé, *La criminalité féminine*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 59, n°38.

G. Lopez, « La violence dans le couple : aspects psychologiques », *AJ. fam.* 2003. 416 ; M. Lasbats, « Les violences conjugales : aspects psychologiques », *AJ. pen.* 2001.182.

⁵⁵⁵ M. Lasbats, *ibidem.*, p. 182.

⁵⁵⁶ C. Ménabé, *op. cit.*, p. 62, n° 41.

⁵⁵⁷ S. Torrent, *L'Homme Battu. Un tabou au cœur du Tabou*, Québec, Opinion santé, 2001, p. 35.

afin d'entraîner chez le conjoint une culpabilité ou obtenir de lui un comportement déterminé⁵⁵⁸. S'agissant des violences physiques, elles seront fréquemment administrées à l'aide d'objets divers (couteau, rouleau à pâte, tabouret, couverts) projetés en direction de la victime⁵⁵⁹. Mais, il peut également s'agir de véritables coups⁵⁶⁰. À ce propos, l'association « SOS Hommes battus » estimait qu'en 2010-2012, 87% des hommes avaient essuyé des jets d'objets, 51% avaient reçu des coups avec arme par destination (bouteille), 16% avaient subi des morsures. Elle relevait encore l'administration de coups de poing (7%), de coups de couteau (2%) et de jets de liquides bouillants (1%). Il arrive même qu'elles exigent des enfants qu'ils prennent part aux scènes de violence contre le père⁵⁶¹. Nous sommes donc bien loin de l'image faussement répandue de la « femme empoisonneuse »⁵⁶². Il semblerait bien au contraire que la femme criminelle use – par ordre de préférence – d'arme blanche, d'arme à feu, de strangulations, puis seulement en dernière position de poison⁵⁶³.

En outre, la femme peut être l'auteur de violences sexuelles à l'égard de son conjoint. Le viol nécessitant pour sa caractérisation une pénétration⁵⁶⁴, ces violences ne pourront être qualifiées que d'agressions sexuelles commises par violence, contrainte, menace ou surprise⁵⁶⁵. Ainsi, prennent-elles souvent la forme d'« actes d'amour-réparations » et de relations sexuelles imposées par menaces contre l'homme ou les enfants du couple (« *Si tu ne me fais pas l'amour, je te tue ...* »)⁵⁶⁶.

En revanche, le passage à l'acte chez la femme – auteur de violences conjugales – diffère de celui de l'homme violent. En effet, de par leur socialisation, les femmes ont davantage tendance à retourner la violence contre leur propre personne (mutilations, suicides, troubles alimentaires). Toutefois, dans les cas où elles agressent physiquement le conjoint, elles ne recherchent pas nécessairement à rétablir leur pouvoir. Les coups surviennent de manière

⁵⁵⁸ Ces violences représenteraient 54% des violences exercées par la femme, V. Hommes battus, *Les hommes victimes de violences conjugales et leur compagne violente 2010-2012*, Colloque, Paris, 19 novembre 2012, (en ligne) : https://fr.scribd.com/doc/114156475?secret_password=20h3645e6svtxsvu79ue..

⁵⁵⁹ S. Torrent, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁶⁰ S. Torrent, *ibidem.*, p. 38. Des coups de tête, par exemple.

⁵⁶¹ SOS Hommes battus, *Les hommes victimes de violences conjugales et leur compagne violente 2010-2012*, *op. cit.*

⁵⁶² C. Ménabé, *ibidem.*, p. 120-125.

⁵⁶³ C. Bellard, *ibidem.*, p. 42.

⁵⁶⁴ V. pour une critique, *supra*, n°96.

⁵⁶⁵ V. *supra*, n° 95.

⁵⁶⁶ S. Torrent, *ibidem.*

inopinée et les sessions de violences sont inattendues. Il s'agit alors davantage d'« *une décharge d'adrénaline* »⁵⁶⁷ durant laquelle la femme perd momentanément tout contrôle.

b) Le profil du conjoint victime

127. La femme victime, une absence de profil type. – De prime abord, il n'existe pas de profil type de femmes victimes de violences conjugales. D'un point de vue psychothérapeutique, toutes les femmes peuvent en être victimes. Naturellement, la femme qui aura été élevée – dès son enfance – dans un environnement familial conflictuel, aura peut-être un terrain plus propice à la revictimisation. Cela s'explique, notamment, par le fait que la femme aura déjà été le thérapeute d'un de ses parents ou des deux, ou qu'elle aura été en position de sauver quelque chose de la famille. Mais ce peut être également une exposition précoce de la femme à la violence de personnes de son entourage direct ou plus lointain. Ainsi, elle se méfiera moins d'un homme au profil violent⁵⁶⁸.

Mais à l'opposé, la femme peut également avoir grandi dans un environnement familial sain et extrêmement favorisant, au sein duquel prédominaient amour et affection. Pourtant, elle peut basculer dans l'extrême opposé, précisément parce qu'elle est foncièrement bonne. Elles croient en une faculté de l'être humain à l'amélioration et au changement et pensent pouvoir résoudre les aspérités douloureuses du passé de leur conjoint.

128. Une absence de milieu socioprofessionnel, propice aux violences. – Aucune strate de la société n'est épargnée par le phénomène. Grâce aux différents dossiers consultés et aux témoignages de victimes rencontrées, nous avons pu relever que la femme victime pouvait être autant coiffeuse, qu'agent d'entretien, aide soignante, enseignante, directrice de SPA, histologue⁵⁶⁹ ou encore épouse d'un ancien directeur des renseignements généraux ou d'un maître de conférences. Ce constat empirique est encore confirmé par l'étude de Marylène Lieber sur les violences faites aux femmes. L'auteur précisait en effet que « *les violences conjugales traversent tous les milieux sociaux et [...] leurs fréquences n'ont pas de relation*

⁵⁶⁷ S. Torrent, *ibidem*, p. 36 ; C. Bellard, *ibidem*, p. 70.

⁵⁶⁸ Selon Julie, « *depuis toute petite, je vois les hommes de mon entourage perdre leur sang froid sous l'effet de l'alcool, dans les bars, chez les amis de la famille. Pour moi, c'était normal. C'était des hommes violents dans leurs paroles ou même dans leurs actes et gestes, sans forcément battre leurs femmes. La première fois qu'il m'a battue, je me suis dis "il est comme les autres". Mais comme je sais gérer ça ...* », V. O. Delacroix, *ibidem*.

⁵⁶⁹ L'histologie est l'étude de la formation des tissus des êtres humains.

directe avec le niveau de vie de formation ou la catégorie professionnelle et sociale de la femme ou de son conjoint »⁵⁷⁰.

Toutefois, le statut social de la victime peut avoir des conséquences quant à la dénonciation des faits de violences. En effet, certaines femmes à la tête de professions à fortes responsabilités (cadres, dirigeantes, entrepreneurs, politiques ...) peuvent être amenées à taire le calvaire quotidien qu'elles vivent au domicile, par peur du regard et du jugement d'autrui. Cela est encore vrai pour les femmes publiquement connues⁵⁷¹.

De même, la profession même du conjoint violent peut paralyser toute tentative de départ de la femme. Tel est le cas, notamment, de la femme dont l'époux est directeur des renseignements généraux ou agent de police. Les compétences d'enquêteurs et le réseau étendu de ces hommes amenuisent, en effet, considérablement les chances de fuite de la victime.

129. Le constat d'une faille affective. – Il est vrai que la victime ne souffre pas de pathologie particulière ou ne provient pas d'un groupe social déterminé, comme nous venons de le préciser. En revanche, cela pose la question de savoir les raisons qui poussent certaines femmes à se rebeller dès le premier passage à l'acte violent, quand d'autres persisteront dans la relation ? Aussi, remarquons-nous que la victime de violence présente presque toujours une faille ou une vulnérabilité affective, intrinsèque ou seulement momentanée. Cette carence peut-être due, par exemple, à une éducation parentale – qui sans être violente – est particulièrement sévère et autoritaire.

C'est probablement cette déficience affective qui conduira la victime à repousser sans cesse les limites du tolérable, dès le début de la relation. Selon Cécilia Llor, « *la femme qui mettra fin à la relation violente dès le premier comportement violent – bien qu'elle comprenne la souffrance originelle de l'agresseur au demeurant – voit dans le passage à l'acte une chose qu'elle ne peut accepter, car, identitairement, elle ne s'estime pas chargée d'une mission de sauveur* »⁵⁷². Il est donc possible d'affirmer que la victime de violences conjugales a une faille narcissique.

⁵⁷⁰ M. Lieber, *Genre, violences et espaces publics. La vulnérabilité des femmes en question*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2008, p. 116.

⁵⁷¹ Nous pensons notamment, ici, à des femmes comme Lio, chanteuse française ou à Marie Trintignant, morte des violences de son conjoint.

⁵⁷² C. Llor, psychologue de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, entretien téléphonique, 23 mai 2016.

130. Le constat d'une faille narcissique. – La victime de violences conjugales est narcissique. Elle seule connaît l'histoire de son agresseur, elle seule connaît sa souffrance⁵⁷³. Selon la psychologue de l'association d'aide aux victimes d'infractions, « il faut bien comprendre que dans ce profil, très bien décrit par le paradoxe de Docteur Jekyll et Mister Hyde, si elles ne partent pas c'est parce qu'elles se disent “ je sais qui il est, je le connais ”. Mais, ici elles parlent du compagnon bienveillant, qui dit qu'il ne recommencera plus jamais et s'excuse »⁵⁷⁴. La victime se sent, dès lors, investie d'un privilège et d'une mission ; ce qui flatte son ego. Elle désire profondément sauver l'auteur de lui-même. Ainsi, lorsqu'elles se rendent au commissariat pour déposer plainte, ce qu'elles recherchent ce n'est pas la punition du conjoint. En réalité, ce qu'elles attendent du système judiciaire, c'est de l'aide pour son partenaire et elle-même. Elle souhaite qu'il reçoive des soins.

Toutefois, elles prennent rapidement conscience que la machine judiciaire se met en route et que le conjoint encourt une peine d'emprisonnement. C'est pour cette raison qu'elles retirent leur plainte, pensant ainsi interrompre le processus répressif. Finalement, ces victimes en déposant plainte opèrent un aveu d'impuissance passagère dans leur capacité à gérer la violence de leur partenaire. En effet, elles vivent l'acte de dépôt de plainte comme une délégation, aux instances, de leur mission réparatrice vis-à-vis de l'agresseur.

Aussi, à la question « Qu'attendez-vous du procès en comparution immédiate ? », les victimes répondent ainsi : « *Je veux que la justice le fasse soigner. Je sais qu'il peut être bien, je veux l'aider* » (Sara), ou « *Je ne veux pas l'enfoncer. Je veux juste que ça s'arrête en fait ... Que ça s'arrête, qu'il prenne conscience qu'il va trop loin* » (Catherine), ou encore « *Il me fait devenir folle, je veux voir un psy. Je suis venue aujourd'hui, car je veux que ça cesse* » (Laura).

131. Présence d'une immaturité chez la victime. – Ce trait de caractère chez la victime de violence conjugale ne doit pas être généralisé. Mais, il est vrai que dans une majorité de

⁵⁷³ Selon le témoignage de Catherine : « *Mais il est stable ! Franchement c'est un bon papa. Avec sa fille il est génial. Il a déjà été beaucoup sanctionné dans sa vie ... C'est pour ça. Je sais ce qu'il a vécu c'est difficile. Et là le priver de sa fille, le remettre en prison, ce n'est pas la bonne solution. Il le supportera, mais ça va le blesser encore plus. Non c'est pas la solution* », Entretien-victime, Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Montpellier, 25 avril 2016.

⁵⁷⁴ C. Llor, psychologue de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis le 16 octobre 2016, Montpellier.

cas, l' « immaturité du moi » paralyse le sens critique de la personne en l'empêchant de réagir de façon rapide et adaptée afin de se protéger de la violence⁵⁷⁵.

Le cas d'Elodie est éloquent en l'occurrence. En effet, la victime a du mal à concevoir tout avenir au-delà de son couple. De plus, en dépit de violences chroniques, elle exprime un fort désir de procréation – d'ailleurs partagé par son concubin. Elle avoue son obsession sur le fait de devenir mère, depuis ses seize ans (elle en a vingt-trois actuellement). Peu concernée par l'aide juridique apportée par la juriste de l'association, la victime est obnubilée par ce désir d'enfant : « *S'il rentre en prison ... j'espère que je ne suis pas enceinte parce que là ça me ferait vraiment chier de faire ma grossesse, alors qu'il est en taule* ». Pire encore, à la simple idée de l'incarcération de l'auteur, la victime fond en larmes en disant : « *Mais moi après je vais être trop vieille pour avoir un bébé...* ».

132. L'homme victime. – Le profil psychothérapeutique de l'homme victime de violences intraconjugales demeure encore très mal connu, faute d'études complètes sur la question. Toutefois, en se basant sur les résultats de l'enquête de « Cadre de vie et sécurité » de l'ONDRP⁵⁷⁶, il est possible de tracer un portrait social du sujet. Ainsi, l'homme victime de violences est jeune et a entre vingt-cinq et quarante-quatre ans. Il vit en couple, mais dans la plupart des cas il n'est pas marié. Il est également plus souvent victime de sa partenaire actuelle, que d'une ex-partenaire. L'homme victime est souvent père ; cela coïncide d'ailleurs avec le profil de la femme violente détaillé plus haut, qui est mère jeune⁵⁷⁷. On peut alors supposer que la présence d'enfants communs permet à la femme de mieux exercer une contrainte physique et affective sur la victime. Mais, là encore aucune généralité ne doit être établie. Enfin, il semble que l'homme battu soit en majorité diplômé de l'enseignement supérieur (10,8% des hommes violentés). Mais au-delà de ces éléments, ce qui caractérise la violence conjugale à l'encontre de l'homme, c'est l'atteinte aux compétences et rôles masculins. Le témoignage de Denis en atteste⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ J. Smith, « Facteurs de vulnérabilité à l'emprise », in *Violence et Famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 233.

⁵⁷⁶ C. Rizk, « Le profil des personnes de 18 à 75 ans s'étant déclarées victimes de violences physiques ou sexuelles par conjoint ou ex-conjoint sur 2 ans, lors des enquêtes "Cadre de vie et sécurité" », *Repères*, n°18, octobre 2012, p. 3-18 (en ligne), disponible sur le site de l'Institut national des hautes études de la sécurité de la Justice (Inhesj) : <http://www.inhesj.fr/sites/default/files/book/115-62c987/index.html#/1/zoomed> ; L. Marchand, « Hommes battus : des chiffres pour comprendre une réalité méconnue », *Le Monde*, 10 avril 2015.

⁵⁷⁷ V. *supra*, n° 125.

⁵⁷⁸ Denis a vingt-sept ans au moment des faits, et est doctorant. Il a vécu en concubinage pendant deux ans, avec une femme de trois ans son aînée. Elle, travaillait déjà en tant que chiropracteur. Elle le rabaisait constamment, le traitant de « raté » et estimant qu'à son âge, il devrait exercer une profession sérieuse et avoir construit une

Par ailleurs, il est possible de se questionner sur le pourcentage d'hommes battus qui passent aux yeux des autorités policières et judiciaires pour les auteurs des violences conjugales. En effet, si dans l'imaginaire collectif, la femme qui porterait des coups à son agresseur ne le ferait qu'à titre défensif⁵⁷⁹, la réciproque est moins vraie s'agissant des hommes. Ces derniers restent perçus, par l'opinion publique, comme les bourreaux à l'initiative de la violence.

B. Les violences envers les autres membres de la famille

133. Au sein de la famille dysfonctionnelle violente, d'autres membres vulnérables peuvent être victimes. Il s'agit des enfants d'une part (1) et des grands-parents, d'autre part (2).

1) Les violences à l'encontre de l'enfant

134. L'exclusion de la notion de « maltraitances ». – Le terme « maltraitance » est fréquemment employé pour faire référence aux agressions commises à l'encontre des mineurs. Mais cette notion demeure particulièrement complexe à définir. Ainsi, la notion étant particulièrement large et vague, sa conceptualisation a du mal à emporter le consensus chez tous les praticiens. En effet, *« ce phénomène fait bien davantage l'objet de définitions plurielles, à géométrie variable, élaborées à partir de l'observation de réalités concrètes »*⁵⁸⁰. S'agissant particulièrement de la maltraitance à l'égard des mineurs, premièrement, les professionnels ne cessent d'étendre la liste des comportements adultes, moralement répréhensibles à l'encontre de l'enfant. Ainsi, elle peut emprunter les formes les plus diverses : *« enfant martyr, battu, en danger de mort ou placé dans une situation de danger, négligence grave par omission, famille à risque, bébé secoué, cas extrême, torture et enfermement, esclave, [...], abandon, infanticide, prostitution et pornographie infantine, éducation rigide, perversion des relations entre enfants et adultes, abus de pouvoir, agression sexuelle, traumatisme, chosification chronique de l'enfant, victimisation, sévices, châtements*

famille. Elle le privait littéralement de tout geste d'affection, contrairement à leur chien qu'elle couvrait d'attentions excessives. De retour du travail, elle se montrait pressante et agressive en permanence vis-à-vis de lui. Un jour alors qu'il tentait de lui parler, elle lui a administré un coup de genou à l'entrejambe. Elle dénigrerait ses compétences et capacités dans l'intimité, alors qu'en public (notamment en présence des amis de Denis) elle se montrait attentionnée. En perte de confiance progressive, Denis absorbera des antidépresseurs tout au long de la relation ; Témoignage spontané de victime, Paris, 18 juillet 2016.

⁵⁷⁹ Nous avons vu que cela n'est pas toujours vrai puisqu'il arrive qu'elle soit l'instigatrice des violences, V. *supra*, n°125.

⁵⁸⁰ L. Leturmy, « La maltraitance en droit pénal », *RDSS* 2006. 981.

corporels, etc. »⁵⁸¹. De même, régulièrement, sont découverts de nouveaux syndromes tendant à la maltraitance infantile, tels que le syndrome de Münchhausen « par procuration »⁵⁸². Au surplus, certains praticiens détectent aujourd'hui, un fait de maltraitance dans des gestes plus anodins et subjectifs tels qu' « *un regard, une mauvaise écoute ou un manque de respect* » de la part de l'adulte⁵⁸³.

Deuxièmement, la maltraitance n'est pas en soi un concept juridique. En effet, il importe de préciser que le Code pénal français ne fait aucune mention de la notion. Tout au plus, aborde-t-il la question des « mauvais traitements ». Néanmoins, ces derniers ne sont pas réprimés directement : ils ne sont visés qu'au titre de l'obligation de dénonciation des infractions commises à l'égard du mineur. Ainsi, l'article 434-3 du code pénal prévoit que toute personne ayant connaissance de « *privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés au mineur* », doit en informer les autorités judiciaires ou l'Administration – au risque de se voir condamner pénalement⁵⁸⁴. Pourtant, étrangement, le volet « mauvais traitements » figurant dans l'index du Code pénal, renvoie aux articles 227-15 à 227-17 relatifs à la mise en péril du mineur par défaillance familiale. Est-ce à dire que le législateur pénal n'a pas entendu englober dans la notion les violences physiques et morales imposées à l'enfant ? Faute d'une incrimination explicite de maltraitements, il est impossible de répondre avec certitude à cette question. Il en va également, de même, concernant la détermination exacte des personnes auteurs (père, mère, ascendants, frère, sœur, oncles et tantes, cousins et cousines) ou victimes des dites maltraitements. Demeure, de plus, en suspens la question de l'âge de l'auteur des maltraitements : doit-il nécessairement être majeur ou la constatation d'un écart d'âge important entre l'auteur et la victime suffit-elle. On le voit, la maltraitance recouvre tant de formes et d'interrogations, que le droit pénal peine à la saisir complètement. Aussi, le pénaliste doit-il se contenter de qualifications pénales préexistantes et nécessairement incomplètes afin d'approcher au plus près de la réalité. Pour toutes ces raisons, la rigueur

⁵⁸¹ Y.-H., Haesevoets, « Considérations socio-anthropologiques et transculturelles sur les maltraitements », in *Violence et Famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 4.

⁵⁸² Ce syndrome consiste pour la mère de l'enfant, généralement âgé de six à huit ans (voire plus), à simuler ou à provoquer chez ce dernier des maladies, en vue d'attirer l'attention et l'admiration – du corps soignant et de son entourage – sur elle-même. Ces femmes sont perçues généralement comme des mères modèles et attentionnées et bénéficient souvent d'une formation d'infirmière ou paramédicale. Pour plus de précisions, V. S. Bornstein, « Syndrome de Münchhausen "par procuration" », in *Violence et Famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 352-356 ; J. Gregory, *Ma mère, mon bourreau*, trad. E. Rofas, Paris, L' Archipel, 2006.

⁵⁸³ L. Leturmy, *op. cit.*

⁵⁸⁴ La peine encourue est de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

juridique semble devoir conduire à éviter le recours au terme de « maltraitance » dans cette étude.

Les atteintes à l'intérêt supérieur du mineur ne consistent pas uniquement dans des actes de violence. Parfois, elles peuvent également tenir aux conditions de vie dans lesquelles l'enfant est placé par ses aînés. Ainsi, il semble préférable de faire le choix d'une dissociation entre la famille abusive et la famille défaillante. Alors que dans la première, les intégrités physique, sexuelle et morale de l'enfant sont mises en péril, dans la seconde, ce sont les carences et négligences familiales qui mettent en danger le mineur. En l'occurrence s'agissant des violences intrafamiliales, seule la famille abusive sera envisagée ici. Les caractéristiques de la famille défaillante seront abordées ultérieurement s'agissant des contrariétés au « bien-vivre ensemble »⁵⁸⁵.

135. La famille abusive. – La famille est abusive lorsqu'elle nuit – tout d'abord – à l'intégrité physique et psychique du mineur. À ce titre, comme cela a été développé auparavant, seront incriminées tant les coups portés directement à la victime, que les voies de fait et autres humiliations de nature à causer, chez elle, une vive impression⁵⁸⁶. Précisons, de plus, que l'article 222-14 du code pénal punit sévèrement les violences habituelles sur mineur de quinze ans, en fonction de la gravité de leur résultat⁵⁸⁷. En outre, la peine prévue pour l'infraction d'enlèvement et de séquestration – visée précédemment – est aggravée lorsqu'elle a pour victime un mineur de quinze ans, en vertu de l'article 224-5 du code pénal.

Par ailleurs, la nouvelle qualification pénale de mariage forcé, posée par l'article 222-14-4 du code pénal, incrimine « *le fait dans un but de contraindre une personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger, d'user à son égard de manœuvres dolosives afin de la déterminer à quitter le territoire de la République* ». En présence d'une formulation particulièrement large, il faut considérer que l'ascendant de la victime puisse être auteur de cette infraction⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ V. *infra*, n° 155 et s.

⁵⁸⁶ V. *supra*, n° 90 et s.

⁵⁸⁷ Art. 222-14 C. pén. Le texte pose une peine de trente ans de réclusion criminelle lorsque les violences contre le mineur auront entraîné sa mort (1°). Ce quantum passe à vingt ans de réclusion lorsque les violences auront causé la mutilation ou l'infirmité permanente de la victime (2°). Enfin, la peine sera de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende en cas d'incapacité totale de travail supérieure ou égale à huit jours (3°) et de cinq ans d'emprisonnement de 75 000 euros d'amende en cas d'une incapacité inférieure à huit jours (4°).

⁵⁸⁸ Pour un développement des éléments constitutifs du mariage forcé en deuxième partie, V. *infra*, n° 352.

136. Le droit de correction des parents. – En revanche, il est certaines violences physiques qui échappent encore à la répression. Ainsi, notre droit pénal se refuse encore à pénaliser les châtiments corporels légers relevant du droit de correction des parents. Néanmoins, le 2 juillet 2016, a été voté à l'Assemblée nationale, un amendement au projet de loi «Égalité et citoyenneté ». Cet amendement, relatif à l'interdiction civile de toute violence corporelle sur l'enfant, propose de compléter la définition de l'autorité parentale de l'article 371-1 alinéa 2 du Code civil. Ainsi si le projet de loi est définitivement adopté, cette disposition précisera dorénavant que les titulaires de l'autorité parentale doivent s'abstenir « *de tout traitement cruel, dégradant ou humiliant, y compris tout recours aux violences corporelles* »⁵⁸⁹. En revanche, les auteurs de cet amendement n'ont pas souhaité prévoir de sanctions pénales s'agissant de cette nouvelle prohibition d'ordre civil, à visée purement symbolique.

137. La protection de l'intégrité sexuelle de l'enfant. – Deux infractions principales semblent devoir être approfondies, s'agissant de la protection de l'intégrité sexuelle du mineur : l'inceste, d'une part et la mutilation sexuelle, d'autre part.

138. L'inceste. – L'inceste intègre définitivement le code pénal depuis la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant⁵⁹⁰. La technique d'incrimination de l'inceste faisant l'objet de développements détaillés plus loin⁵⁹¹, nous nous contenterons à ce stade de présenter cette qualification. L'inceste se présente comme une surqualification des infractions sexuelles de droit commun. Ainsi, au regard des nouveaux articles 222-31-1 et 222-27-2-1 du code pénal, sont qualifiés d'incestueux, tous les actes à connotation sexuelle pratiqués sur un mineur, par un ascendant, un frère ou une sœur, un oncle ou une tante, un neveu ou une nièce ; ou par le conjoint, concubin ou partenaire d'un de ces membres. Dans ce dernier cas, la preuve d'une autorité de droit ou de fait sur le mineur devra être rapportée. D'un côté, le nouvel article 222-31-1 précité vise les viols et agressions sexuelles commis dans de telles circonstances. D'un autre côté, l'article 222-27-2-1 pose le même principe s'agissant, cette fois-ci, des atteintes sexuelles. Les premières infractions de viol et

⁵⁸⁹ M.-A. Chapdelaine, F.-M. Lambert et E. Gueugneau, *Amendement n°1257 au projet de loi n° 3851 «Égalité et citoyenneté* », Assemblée Nationale, 23 juin 2016.

⁵⁹⁰ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, *JO* du 15 mars 2016.

⁵⁹¹ V. *infra*, n° 325 et s.

d'agression sexuelles ayant été étudiées précédemment⁵⁹², nous nous intéresserons surtout aux atteintes sexuelles ici.

Les atteintes sexuelles sur mineur sont incriminées au articles 227-25 et suivants du code pénal. Elles se distinguent des agressions sexuelles en ce qu'elles nécessitent pour leur constitution qu'il y ait consentement du mineur⁵⁹³. Elles consistent donc, matériellement, dans la commission d'actes de nature sexuelle commis sans violence, contrainte, menace ou surprise. Ces actes de nature sexuelle, en l'absence de précision textuelle, doivent comprendre autant les actes par pénétration que ceux sans pénétration.

Toutefois, la question de l'appréciation du consentement de l'enfant à de tels actes pose problème, s'agissant d'un jeune mineur et d'autant plus lorsque ces agissements ont été commis par une personne ayant un autorité de droit ou de fait sur lui. Dans une telle hypothèse, en effet, conclure à une absence totale de contrainte ou de surprise semble critiquable et insensé. En effet, eu égard aux liens particuliers existant entre l'auteur et la victime, qu'il s'agisse de l'autorité exercée sur l'enfant ou de l'affection partagée entre les protagonistes, l'aliénation du discernement de la victime ne peut être qu'évidente.

En l'état actuel du droit positif, la jurisprudence admet de manière constante que la vulnérabilité de la victime résultant de son jeune âge ou de sa situation de dépendance vis-à-vis de l'auteur, n'était pas en soi de nature à établir un défaut de consentement de la victime. Elle constitue uniquement des circonstances qui – outre le fait d'aggraver la répression – « peuvent » être prises en considération par les juges en vue de déterminer l'absence ou non de consentement de la victime⁵⁹⁴. Ainsi, sauf à démontrer que la victime mineure n'avait pas réellement conscience de la nature des actes auxquels elle a cédé⁵⁹⁵, les circonstances de l'âge et de la qualité de l'auteur ne lient pas les juges répressifs.

Cet état de fait n'a pas été davantage impacté par la création du nouvel article 222-22-1 du code pénal, relatif à l'appréciation de la contrainte. En effet, cet article inséré dans le Code

⁵⁹² V. *supra*, n° 93 et s.

⁵⁹³ V. Malabat, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2015, p. 178, n°342.

⁵⁹⁴ V. Cass. crim., 8 janvier 2013, pourvoi n° 12-86.715, Inédit (le simple fait que des pénétrations aient été commises sur des mineures de quinze ans ne suffit pas à relever l'existence de violence ou de menace, pas plus que de surprise ou de contrainte) ; sur la circonstance de la soumission de la victime mineure au moment des faits à l'autorité de l'auteur, V. Cass. crim., 21 février 2007, pourvoi n°06.88-735, Bull. crim. n°55.

⁵⁹⁵ V. s'agissant du consentement surpris, Cass. crim., 7 décembre 2005, pourvoi n°05-81.316, *RPDP*. 2006, n°1. 152, obs. V. Malabat (la Chambre criminelle a entériné l'arrêt d'appel concluant à l'existence d'un état de contrainte ou de surprise, « résultant du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés »).

pénal par la loi du 8 février 2010, prévoit 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* ». Loin d'introduire une présomption irréfragable d'absence de consentement du seul fait du jeune âge de la victime et de sa dépendance à l'auteur, cette précision textuelle ne fait que confirmer la liberté d'appréciation des juges. Et pour cause, dans la rédaction de l'article 222-22-1 précité, le législateur a fait le choix de la potentialité, plutôt que de l'affirmation.

Cependant, ce faisant, le législateur n'a pas mené à son terme, son projet de protection de l'intégrité physique du mineur, à travers l'inscription de l'inceste au Code pénal. Il nous semble, en effet, qu'il n'a pas tiré toutes les conséquences de l'atypisme du phénomène criminel qu'il entend nommer de manière expresse. Pourtant, c'est bien ce caractère spécial de la qualification d'inceste qui a motivé sa pénalisation. Autrement, cette dernière ne présentait, on en conviendra, aucun intérêt en droit positif⁵⁹⁶. Ainsi, s'il admet que la criminalité sexuelle imposée dans le contexte familial est autrement plus spécifique et plus grave que celle perpétrée en dehors, c'est qu'il convient également que l'inceste impose une réponse particulière. Or, s'agissant précisément de cette forme d'agissements sexuels, il aurait été préférable de conclure à une absence irréfragable et générale de consentement du mineur, peu importe l'hypothèse de commission considérée. Concrètement, cela aurait conduit, à ne pas appliquer la surqualification incestueuse aux atteintes sexuelles sur mineurs. En effet, il semble raisonnablement impossible de considérer que le jeune mineur ait donné un consentement lucide⁵⁹⁷ à des actes de nature sexuelle, initiés par un membre de son entourage familial direct ! *A minima*, il faudrait conclure, dans pareil cas, à la caractérisation d'une contrainte morale ou d'une surprise.

Par ailleurs, le Code pénal distingue deux infractions d'atteintes sexuelles ; celle commise contre l'enfant âgé de moins de quinze ans révolus (article 227-25 et suivants) et celle commise contre l'enfant âgé de plus de quinze ans (222-27 et suivants).

⁵⁹⁶ L'arsenal pénal français permettait déjà de réprimer le fait incestueux grâce à la circonstance aggravante tenant à la qualité d'ascendant de l'auteur, V. *infra*, n° 334.

⁵⁹⁷ Le consentement surpris ne fait pas référence à l'expression de surprise qu'aurait la victime au moment de l'acte. Contrairement au consentement forcé, il suppose qu'elle ait accepté l'acte, mais en être consciente de ses implications et gravité. En somme le consentement donné n'est pas lucide, V. Malabat, *op. cit.*, p. 172, n°313.

L'atteinte sexuelle imposée au premier mineur, ne peut être que le fait d'une personne majeure ; de sorte que les rapports entretenus par deux mineurs consentants ne pourraient pas tomber sous le coup de la loi pénale⁵⁹⁸.

L'atteinte sexuelle sur les mineurs de quinze à dix-huit ne peut, quant à elle, être commise que par l'ascendant ou une personne ayant une autorité de fait ou de droit sur la victime, ou par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. Toutefois, hormis les cas où l'auteur serait l'ascendant de l'enfant, le juge devra relever *in concreto* en quoi le délinquant sexuel exerçait une autorité effective sur la personne du mineur. Le simple constat d'un lien de parenté entre les protagonistes ne suffit pas. De plus, en l'absence de précision, il est possible de se demander si l'auteur ayant autorité de fait sur la victime de plus de quinze ans, doit nécessairement être adulte. En effet, il serait, tout à fait concevable qu'un cousin de la victime – encore mineur, mais proche de sa majorité – puisse exercer une telle autorité.

Intentionnellement, enfin, la caractérisation de l'atteinte suppose la conscience chez l'auteur de l'acte commis. Ainsi, si en principe l'erreur sur l'âge de la victime constitue une cause exonératoire au profit de l'auteur⁵⁹⁹, dans le cadre familial, elle plus difficile à démontrer. L'atteinte sexuelle commise par ascendant ou personne ayant autorité de droit ou de fait⁶⁰⁰, contre le mineur de quinze ans est punie de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende (article 227-26, 1°). Celle commise contre le mineur de plus de quinze ans l'est de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (article 227-27, 1°).

139. Les mutilations sexuelles. – Les mutilations sexuelles sont incriminées par le nouvel article 227-24-1 du code pénal créé par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France (esclavage, travail forcé)⁶⁰¹. L'article prévoit que le fait de faire à un mineur, « *des offres ou des promesse ou de lui*

⁵⁹⁸ V. Anc. art. 331 C. pén. Ce texte réprimait les atteintes à la pudeur commises par un adulte ou un mineur. Il tendait alors surtout à prohiber les échanges homosexuels qui auraient été proposés par un mineur à un autre. Le nouveau Code pénal est venu abroger cette disposition, V. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, p. 671, n° 598.

⁵⁹⁹ Cass. crim., 7 février 1957, Bull. crim. n° 126. « Si, dans certains cas, le prévenu peut exciper de ce qu'il a été trompé sur l'âge de la personne avec qui il a eu des relations immorales, cette défense ne saurait être admissible qu'autant qu'il justifierait d'une erreur dont il ne serait pas responsable ».

⁶⁰⁰ Notons, dès lors, que le Code pénal incriminait déjà l'inceste avant l'intégration explicite de la surqualification.

⁶⁰¹ Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France (esclavage, travail forcé), *JO* du 6 août 2013, texte n°4, p. 13338.

proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de toute nature », afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée. Cette incrimination – rédigée de manière particulièrement dense – nécessite quelques éclaircissements.

Tout d'abord, remarquons que le Code pénal a toujours pris en compte les mutilations et infirmité permanentes. Elles rentrent dans les éléments constitutifs de plusieurs infractions telles que les violences volontaires (article 222-9 du code pénal) ou la mise en danger délibérée d'autrui (article 223-1 du code pénal). Elles constituent encore la circonstance aggravante des tortures et actes de barbarie (articles 222-1 et 222-5 du code pénal) ou du viol (article 222-24 du code pénal). D'ailleurs, s'agissant plus précisément des mutilations sexuelles, celles-ci étaient déjà réprimées au titre des violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (article 222-9 du code pénal)⁶⁰². La jurisprudence pénale retenait ainsi que « *l'ablation du clitoris résultant de violences volontairement exercées, constituent une mutilation* »⁶⁰³. Ainsi, une simple précision du contenu de la notion de mutilation aurait permis d'englober les mutilations de nature sexuelles, sans qu'il soit besoin de créer une nouvelle infraction.

Aujourd'hui encore, la question de la définition pénale de ces mutilations reste entière. Aussi, pendant longtemps une partie de la doctrine a estimé que la qualification de mutilation ou d'infirmité permanente nécessitait une certaine irréversibilité de l'acte, de sorte que l'opération qui n'emportait pas « *la mise hors de service de l'organe sexuel ou son ablation* » n'était pas perçue comme une mutilation⁶⁰⁴. L'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) définit, elle, les mutilations sexuelles féminines comme « *toutes les interventions aboutissant*

⁶⁰² Il n'aurait pas été possible ici, cependant, de retenir la qualification d'actes de torture ou de barbarie (article 222-1) puisqu'elle suppose, intentionnellement, que l'auteur ait eu « *la volonté de faire souffrir a victime, de lui causer des souffrances aiguës, de nier en elle la dignité de la personne humaine* », J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, Paris, 6^{ème} éd., Editions CUJAS, 2014, n° 55, p. 67. Or, dans le cas de la mutilation sexuelle, l'auteur agit ainsi souvent en raison d'un simple conformisme culturel.

⁶⁰³ Cass. crim., 20 août 1983, pourvoi n° 83-92. 616, Bull. crim. n° 229 (ablation du clitoris et de la vulve réalisée par la une mère sur sa fille de moins de quinze ans) ; 9 mai 1990, *Dr. pén.* 1990, comm. 291, obs. M. Véron.

⁶⁰⁴ A. Vitu, *Droit pénal spécial*, 1^{ère} éd., Edition CUJAS, coll. Traité de droit criminel, 1982, n° 1750, p. 1409. La Chambre criminelle de la Cour de cassation retient d'ailleurs encore cette condition, s'agissant par exemple de la ligature des trompes par un médecin sans le consentement de la femme. Les juges avaient en effet considéré que la stérilité était « *réversible* », Cass. crim., 19 janvier 2005, pourvoi n° 03-87. 210, Inédit ; *Dr. pén.* 2005, comm. 55, obs. M. Véron.

à une ablation partielle ou totale des organes génitaux externes de la femme ou toute autre lésion des organes génitaux féminins pratiqués à des fins thérapeutiques »⁶⁰⁵. Mais une telle définition semble pouvoir s'appliquer à toute mutilation sexuelle, féminine ou masculine – d'autant plus que le nouveau texte d'incrimination ne fait pas de distinction.

De même, se pose la question de savoir quelles opérations entrent dans le champ de l'incrimination ? La circoncision doit-elle ici être assimilée à l'excision ? À la lecture de la définition de l'OMS et de l'imprécision de l'article 227-24-1 du code pénal, il semblerait que doivent être pénalisés au titre des mutilations sexuelles, tant les excisions⁶⁰⁶, que les infibulations⁶⁰⁷ ou les circoncisions⁶⁰⁸, à partir du moment où elles sont pratiquées à des fins autres que médicales. Ainsi, il est possible d'anticiper la délicate mission qui s'impose au juge pénal ; celle de tracer une frontière du « bon » et du « répréhensible » entre deux pratiques, deux religions, deux cultures.

Toutefois, il faut reconnaître que la loi du 5 août 2013 apporte à la répression des mutilations sexuelles une portée préventive, dont elle n'était pas dotée jusqu'alors. En effet, contrairement à l'article 222-9 du code pénal, qui se contente de réprimer le résultat de la mutilation, le nouvel article 227-24-1 se place en amont ; c'est-à-dire, au moment de l'incitation par dons ou promesses⁶⁰⁹. Mais ce qui est réprimé ici, c'est en réalité le simple mandat criminel et non l'acte de mutilation lui-même.

De plus, il ne sera pas aisé de rapporter la preuve de ces actes pratiqués dans le plus grand secret et de manière communautaire. De plus, le texte ne réprime que les mutilations pratiquées sur le sol national ; alors qu'elles sont également commises lors de retours dans le pays d'origine de la victime, dans le cadre des vacances scolaires par exemple. Elles peuvent d'ailleurs l'être avec l'accord ou la complicité des parents, ou à leur insu.

⁶⁰⁵ Organisation Mondiale de la Santé, « Mutilations sexuelles féminines », Aide-mémoire n°241, février 2016 [En ligne : <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/fr/>].

⁶⁰⁶ L'excision est « l'ablation du clitoris, et parfois des petites lèvres, pratiquée chez certains peuples ». V. Grand Larousse Encyclopédique en 10 volumes, Librairie Larousse, 1960, « Excision ».

⁶⁰⁷ L'infibulation est « l'opération qui consiste à faire passer un anneau à travers le prépuce chez l'homme ou à travers les petites lèvres chez la femme ou à coudre partiellement celles-ci ». V. Grand Larousse Encyclopédique en 10 volumes, Librairie Larousse, 1960, « Infibulation ».

⁶⁰⁸ La circoncision est « l'excision totale ou partielle du prépuce ». Cette pratique est constitutive d'un rite religieux incontournable dans le judaïsme ou dans l'islam. V. Grand Larousse Encyclopédique en 10 volumes, Librairie Larousse, 1960, « Circoncision ».

⁶⁰⁹ Cela permet également donc de réprimer la complicité d'un tel comportement, ce qui n'était pas possible auparavant faute d'une infraction principale punissable.

Enfin, la caractérisation de l'élément intentionnel est également sujette à questionnements. Ici les auteurs de l'infraction n'ont pas une volonté affirmée d'attenter à l'intégrité physique du mineur. Ils agissent par conditionnement culturel, les mères des victimes ayant elles-mêmes subies ces ablations, enfants. Ces mutilations prennent dès lors, la forme de rituels – certes douloureux, mais jugés normaux. De même, les parents qui exposeraient leurs enfants à ces pratiques pourraient prétendre ne pas avoir eu la connaissance ou la conscience que l'acte réalisé était contraire à la loi pénale française.

2) Les violences à l'encontre de l'ascendant

140. L'aîné victime de violences, un phénomène criminel tabou. – La victimisation des aînés demeure « *la forme de violence intrafamiliale la moins connue, [sinon] la plus dissimulée* »⁶¹⁰. Ainsi, le Code pénal ne prend en considération cette criminalité que pour une part limitée. En effet, il prévoit que les peines des infractions de meurtre (article 221-4, 2°), de violences volontaires (articles 222-8, 3° ; 222-10, 3° ; 222-12, 3° ; 222-13, 3°), de tortures et actes de barbarie (article 222-3, 3°) seront aggravées lorsqu'elles auront été commises sur « *un ascendant légitime ou naturel ou sur les père et mère adoptifs* ». Il en va de même des infractions d'empoisonnement (articles 221-5 alinéa 3 et 221-4 par renvoi) et d'administration de substances nuisibles (article 222-15⁶¹¹).

Toutefois, aucune disposition pénale ne prévoit le cas où un viol ou une agression sexuelle serait commis à l'encontre d'un ascendant⁶¹². En somme, seule la circonstance tenant à la particulière vulnérabilité de la victime permettrait la répression de tels faits, en vertu des articles 222-24, 3° et 222-29, 2° du code pénal relatifs respectivement au viol et à l'agression sexuelle. Cependant, cette circonstance aggravante, formulée en des termes très neutres, ne matérialise pas le lien familial particulier existant entre l'ascendant victime et son bourreau.

Finalement, on en conclut que la gravité réelle des faits se voit considérablement minimisée, eu égard au cadre familial dans lequel s'inscrit l'acte incriminé. D'ailleurs, cela est d'autant plus vrai que les incriminations de droit commun précitées (meurtre, violences, tortures et

⁶¹⁰ R. Cario, « Victimization des aîné(e)s et aide aux victimes », *RSC* 2002. 81, spéc. p. 82.

⁶¹¹ Cet article renvoie aux circonstances aggravantes prévues pour les violences volontaires.

⁶¹² Les atteintes aux biens de l'ascendant (vol, extorsion, escroquerie) ne sont pas concernées ici puisqu'elles tombent sous le coup des immunités familiales, V, *infra*, n°317 et s.

actes de barbarie, empoisonnement et administrations de substances nuisibles) intègrent elles aussi, en plus de la circonstance relative au lien de parenté, celle relative à la vulnérabilité de la victime. Or, cette carence de répression participe de la ghettoïsation de la victimisation des aînés. Faut-il y voir un simple oubli du législateur ? Il est vrai, en effet, qu'on ne répond pas aux questions que l'on ne se pose pas. Aussi, faudra-t-il attendre, comme souvent, une amplification de cette criminalité à l'encontre des personnes âgées – ou plus exactement leur décès – pour que naissent les initiatives législatives quant à la création d'incriminations.

§2 - La famille homicide

141. De la gradation de la violence à l'homicide accompli. – Au sein de la famille, l'homicide représente, dans la plupart des cas, l'ultime pallier du continuum de violence. Il est, en effet, rare que la mort d'un des membres de la famille n'ait pas été précédée de violences parfois chroniques ou de dysfonctionnements familiaux persistants. Précisons d'ailleurs, que la commission d'homicides n'intervient pas uniquement à l'intérieur de la cellule resserrée composée du couple et des enfants. Elle peut impacter d'autres membres de la famille élargie ou des tiers⁶¹³.

142. Quelques chiffres. – En France, en 2014 – et selon l'enquête de la Délégation aux Victimes (DAV), sur les morts violentes au sein de couple⁶¹⁴ – cent dix-huit femmes ont été tuées par leur compagnon « officiel ». Sur ce nombre total d'affaires, 36 % des femmes étaient victimes de violences des antérieures. Seize femmes de plus ont été tuées par un compagnon « non officiel ». Cela porte donc que le nombre de féminicides à cent trente-quatre, pour l'année visée. De plus, sont comptabilisés la même année, trente-et-un hommes victimes de meurtre par compagnons officiels ou non (dont deux par un partenaire homosexuel). Sur vingt-trois hommes tués par compagne officielle, cinq au moins étaient des

⁶¹³ Etude de dossier pénal, Cabinet de Me Hubert Jabot, avocat au Barreau de la Guadeloupe, juin 2011. Michel vivait maritalement avec sa compagne au moment des faits. . Ils ont eu ensemble quatre enfants. Pourtant, sa belle-mère n'a jamais accepté la relation qu'il entretenait avec sa fille et dénigrait régulièrement l'intéressé – dans l'intimité ou en public. Le soir, en rentrant du travail, il constate le départ de sa compagne et de leurs enfants du domicile. Suite à de nouvelles agressions verbales et humiliations proférées par la femme, il décide de se saisir son arme de chasse chargée. Il entre par effraction au domicile de sa belle-mère, et la tue alors que la victime se trouvait dans son lit.

⁶¹⁴ Délégation aux victimes (DAV), Etude nationale sur les morts violentes au sein du couple, 2014, p. 1 [En ligne : http://www.stop-violences-femmes.gouv.fr/IMG/pdf/Morts_violentes_au_sein_du_couple_2014_-_principaux_enseignements.pdf].

conjoints ou concubins violents. En outre, trente-cinq enfants ont été tués dans le cadre de violences conjugales (dont sept enfants tués en même temps que leur mère, par le père), notamment en cas de séparation. On estime, de plus, qu'au moins vingt-cinq enfants ont assisté à la scène de crime ou étaient présents au domicile.

Toujours dans le cadre des violences conjugales, il convient de parler des suicides. Il semble que la part de femmes victimes qui tentent de se suicider représente 11,4 %⁶¹⁵. De plus, 60 % des auteurs (tout sexe confondu) se sont suicidés après passage à l'acte⁶¹⁶.

143. Les choix d'étude. – Il nous faut dans un premier temps, exposer les différentes formes que prennent les atteintes à la vie au sein de la famille (A). Dans un deuxième temps, sera envisagé le cas particulier de la légitime défense différée, consistant pour le conjoint homicide – la femme majoritairement – à attenter à la vie de son agresseur (B).

A. L'homicide intrafamilial

144. Les qualifications pénales possibles. – Qu'il s'agisse d'un crime passionnel ou d'un infanticide, pénalement ces faits seront qualifiés de meurtre. Au sens de l'article 221-1 du code pénal, le meurtre est le fait de donner volontairement la mort à autrui. Il sera puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il aura été commis à l'encontre d'un membre de la famille – le conjoint, concubin ou partenaire, un enfant ou un ascendant biologique ou adoptif (article 221-4, 1^o, 2^o et 9^o du code pénal). Matériellement, il consiste dans « *un acte positif de destruction de la vie humaine* »⁶¹⁷. Intentionnellement, il nécessite que l'auteur ait eu la volonté de tuer et la preuve de cet *animus necandi* doit être relevée.

Toutefois, les modalités homicides peuvent varier. Il peut s'agir d'un assassinat, dans le cas où le meurtre aurait été commis avec préméditation ou par guet-apens (article 221-3 du code pénal). Un tel comportement emporte une peine de réclusion criminelle à perpétuité. Par ailleurs, lorsque c'est spécifiquement par une administration de substances mortifères⁶¹⁸ que l'auteur entend attenter à la vie d'autrui, il s'agira d'un empoisonnement. Il est puni, lui aussi, de la réclusion criminelle dans le cas où il serait commis à l'encontre d'un membre de la

⁶¹⁵ Délégation aux victimes (DAV), *op. cit.*

⁶¹⁶ Délégation aux victimes (DAV), *ibidem.*

⁶¹⁷ Cass. crim. 9 juin 1977, Bull. crim. n°211, RSC. 1978. 97, obs. G. Levasseur.

⁶¹⁸ N'est pas envisagé ici le cas d'une administration de substances nuisibles, tendant contrairement à l'empoisonnement, non pas à tuer la victime mais à porter atteinte à sa santé physique ou mentale, V. art. 222-15 C. pén.

famille (article 221-5, 3°). Infraction formelle, l'empoisonnement nécessite pour sa caractérisation que soit constaté l'emploi d'un poison, peu importe que cet acte ait été suivi de l'effet escompté. Intentionnellement, l'auteur doit avoir eu la volonté d'administrer le produit, dans le but précis de tuer la victime.

Toutefois, il arrive que la survenance de la mort ne soit pas recherchée par l'auteur. Dans ce cas, le décès de la victime n'est que la résultante d'un comportement violent antérieur. Le Code pénal capte ce fait sous la qualification spécifique de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner. L'article 222-7 du code prévoit que de telles violences seront punies de quinze ans de réclusion criminelle. Matériellement, cette infraction se caractérise – comme toute violence – par un acte positif et volontaire de violence. Ainsi, si l'auteur n'a pas souhaité donner la mort, il a en revanche eu la volonté de porter les coups.

Les différentes qualifications pénales présentées, il convient d'étudier les formes que peut prendre l'homicide en présence d'un lien de parenté entre l'auteur et la victime. En l'espèce nous ne prétendons pas à l'exhaustivité. Seules deux formes d'homicides – révélatrices des dysfonctionnements familiaux⁶¹⁹ – seront envisagées, le crime passionnel (1) et l'infanticide (2).

1) Le crime passionnel

145. Un crime romanesque à démythifier. – Roland Coutanceau posait une question centrale à propos du crime passionnel : s'agit-il d'un « *crime d'amour* » ou d'un « *crime d'amour-propre* »⁶²⁰? En effet, longtemps ce crime a été présenté comme une douce folie, un crime romantique. À ce titre, il jouit souvent d'une certaine mansuétude, et même d'une certaine légitimation dans l'imaginaire commun. D'ailleurs, on n'oubliera pas que le meurtre de la femme adultère par son époux était pleinement normalisé, sous l'Ancien droit⁶²¹. Aussi,

⁶¹⁹ Ainsi, par exemple, il aurait été possible d'aborder la question du meurtre dit « utilitaire ». Ici, le meurtre peut être indépendant de toute préexistence de violences intrafamiliales. En effet, dans cette hypothèse, l'auteur recherche simplement à se débarrasser du conjoint, pour des raisons pratiques – souvent d'ordre patrimonial. Ce meurtre fera, parfois, intervenir un coauteur ou un complice ; le nouvel amant du conjoint meurtrier par exemple.

⁶²⁰ R. Coutanceau, « Crimes passionnels. Crime d'amour ou crime d'amour-propre », in *Violence et famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 357-364.

⁶²¹ C. Piquet, Le crime passionnel est-il un crime à part ?, *Le Figaro*, 27 août 2015.

les juges se montrent-ils très indulgents vis-à-vis de cette forme de crime, allant parfois même jusqu'à prononcer des peines allégées à leur rencontre⁶²².

Aujourd'hui, bien que le nouveau Code pénal ne définisse pas le crime passionnel comme une réalité juridique et ne le traite pas comme un crime à part entière, dans les prétoires les avocats de la défense n'hésitent pas à jouer la carte du sentiment amoureux pour attendrir l'auditoire. Toutefois, l'aspect romanesque du crime passionnel cache des réalités criminologiques autrement plus inquiétantes. Ainsi, Léon Rabinowisz estimait que la première condition nécessaire à la commission d'un tel crime était la « *passion sexuelle* » et non pas amoureuse. Or, il définissait celle-ci comme « *un simple égoïsme des sens mêlé au sentiment de possession, à la vanité, à l'amour-propre, c'est un jeu attisé constamment par la jalousie [...]* »⁶²³. Plusieurs années plus tard, les psychiatres ont pris du recul sur les modalités et raisons du passage à l'acte du crime passionnel. Roland Coutanceau, notamment, distingue trois profils généralement impliqués dans la commission de celui-ci⁶²⁴. Il distingue ainsi, premièrement, l'*immaturo-abandonnique* ; ce sujet présente une immaturité affective couplée à un vécu abandonnique, avec des traits phobiques et obsessionnels. Outre la perte de l'abandon ces individus sont affectivement dépendants du partenaire. Deuxièmement, l'*immaturo-égocentrique* être sujet anxieux « *très centré sur sa réalité psychique et peu ouvert à l'autre* »⁶²⁵. Cet individu va faire preuve d'une assurance apparente qui masquera sa peur de la perte. Enfin, le sujet présentant une *personnalité à tonalité paranoïaque*. Ce sont des individus rigides et sensitifs, surinvestissant dans la relation à l'autre, sans pouvoir concevoir la perte. Ainsi, le crime passionnel est avant tout le fait d'un individu présentant une crainte pathologique de la perte. Ils ne tuent pas par amour de l'autre, mais par convenance personnelle.

146. Un passage à l'acte spontané ou prémédité ?. – Longtemps, le crime passionnel a été perçu par les auteurs comme une perte de contrôle momentanée et brusque. Ainsi, les auteurs concevaient le passage à l'acte comme « *immédiat et privé de toute réflexion* », dû à

⁶²² M. Danti-Juan, « Force majeure », *Rép. pén.* 2015, n° 50.

⁶²³ L. Rabinowisz, *Le crime passionnel*, Rapport présenté à la Séance de la Société générale des prisons et de législation criminelle, 13 mai 1931, p. 226. Léon Rabinowisz est l'auteur de l'ouvrage *Le crime passionnel*, Paris, Librairie des Sciences politiques et sociales, 1931.

⁶²⁴ R. Coutanceau, *op. cit.*, p. 358.

⁶²⁵ R. Coutanceau, *ibidem*, p. 358.

« une insuffisance de contrôle du Sur-moi »⁶²⁶. Cela est notamment le cas de l'époux qui rentrerait à son domicile et surprendrait son conjoint avec son amant. Pourtant, on s'aperçoit que le crime passionnel peut aussi être le fait d'un auteur déterminé, ayant décidé en âme et conscience d'éliminer le conjoint « démissionnaire ». Ainsi, le contexte déterminant de l'accomplissement de l'acte passionnel est celui de la séparation, ou plutôt du refus de la séparation⁶²⁷. En effet, lorsque l'auteur est contraint d'admettre la réalité de celle-ci, il conçoit la mort de l'autre comme une alternative à l'abandon. « *Même si [l'autre] n'est plus là physiquement, leur couple n'a jamais été détruit* »⁶²⁸.

Comme l'indiquent les statistiques précédentes, l'auteur passionnel retourne souvent son arme contre lui⁶²⁹. Il est intéressant de questionner le rôle du suicide dans la commission de l'homicide à l'encontre de l'autre. En effet, il semble que le projet du suicide succédant au crime ait un effet libérateur pour l'auteur. Il n'a plus rien à perdre et peut se permettre de tuer le conjoint ou ex-conjoint – voire parfois leurs enfants. Il existe donc là une certaine forme de toute-puissance, à savoir celle de décider de la vie et de la mort de ceux qu'il considère comme sa propriété. Par ailleurs, il faut noter que le crime passionnel peut être dirigé également contre le nouveau compagnon de la femme ou de l'homme, c'est-à-dire le rival de l'auteur. La seule présence de celui-ci est vécue par lui comme un affront, une humiliation. Mais, la cible du crime peut également être un simple collatéral, par exemple un proche ou un parent de l'être aimé⁶³⁰. Dans ces deux cas (rival ou collatéral), le tiers représente pour l'auteur, un obstacle direct – réel ou seulement imaginaire – à la relation dont l'auteur refuse la fin.

147. L'indifférence de principe de la contrainte morale interne. – Outre la question du bien-fondé du motif du crime passionnel, celui-ci devrait en principe être indifférent en droit pénal. En effet, selon une jurisprudence constante, seul un fait extérieur à la personne de l'auteur pourrait l'exonérer de sa responsabilité⁶³¹, à l'exception d'une maladie ou d'un trouble psychique ou neuropsychique⁶³². De sorte que, la contrainte morale qui serait personnelle au délinquant ne saurait emporter une exonération ou une atténuation de

⁶²⁶ G. Stefani, G. Levasseur et R. Jambu-Merlin, *Criminologie et science pénitentiaire*, 2^{ème} éd., Précis Dalloz, 1970, p. 225, n° 219.

⁶²⁷ Délégation aux victimes (DAV), *Etude nationale sur les morts violentes au sein du couple*, 2015, p. 8

⁶²⁸ C. Bellard, *Les crimes au féminin*, Paris, L'Harmattan, p. 84.

⁶²⁹ V. *supra*, n°142.

⁶³⁰ V. le cas de Michel, *supra*, n°141.

⁶³¹ Cass. crim., 11 avril 1908 ; *DP*. 1908. 1. 261, rapp. Mercier.

⁶³² Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 5^e éd., Paris, PUF, 2015, n° 460, p. 547.

responsabilité de l'auteur, sur le fondement de l'article 122-2 du code pénal. Cela implique que la personne qui ne saurait pas résister à des pulsions internes doit être considérée comme pénalement responsable de son acte⁶³³.

2) Le meurtre de l'enfant

148. L'infanticide. – Dans l'Antiquité, l'infanticide ne faisait pas l'objet d'une répréhension sociale. Bien au contraire, il était perçu comme un moyen de régularisation des naissances et une méthode à visée eugénique. Le chef de famille était libre de décider de la vie ou de la mort des nouveau-nés ; et l'infanticide n'était réprimé que dans le cas où il était pratiqué par la mère seule (sans consentement du père)⁶³⁴. Il fallut attendre l'avènement du christianisme au IV^{ème} siècle, véhiculant l'idée de respect de la vie humaine, pour que soit réprouvée – du moins, moralement – cette pratique⁶³⁵. Par la suite, l'infanticide a été inséré expressément dans le Code pénal de 1810, en tant qu'infraction *sui generis*. En effet, l'ancien article 300 dudit code définissait l'infanticide comme « *le meurtre d'un nouveau-né* », alors que l'ancien article 302 prévoyait que toute personne coupable d'un tel crime serait punie de mort⁶³⁶. L'infanticide était donc assimilé à l'assassinat, au parricide et à l'empoisonnement, selon ce texte. De plus, si aucun lien familial ou de parenté n'était exigé entre l'auteur et l'*infans* sur le papier, la mère était désignée comme auteur principal de cette délinquance⁶³⁷. Toutefois, l'indulgence des prétoires pour la mère meurtrière et l'avancée des connaissances sur les troubles psychologiques qui pouvaient entourer le moment de la grossesse et de l'accouchement, ont poussé le législateur à intégrer dans le Code pénal, une nouvelle excuse atténuante de responsabilité vis-à-vis de la femme⁶³⁸.

Le nouveau Code pénal de 1994 a opté lui pour une suppression du terme « infanticide » des textes. Il se contente d'incriminer le meurtre aggravé par la qualité de la victime – mineure de moins de quinze ans révolus – en vertu de l'article 221-4, 1^o du code pénal. S'agissant du

⁶³³ Garraud disait d'ailleurs à ce propos que « le droit pénal est précisément édicté pour ceux qui ne savent pas résister à leur passion criminelle », V. R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3^{ème} éd., tome I, Sirey, 1913, p. 315.

⁶³⁴ C. Ménabé, *La criminalité féminine*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 99 sq.

⁶³⁵ C. Ménabé, *op. cit.* L'infanticide était alors une pratique toujours répandue, en raison notamment de la pression sociale qui condamnait, bien plus sévèrement que l'infanticide, les naissances illégitimes ou naturelles.

⁶³⁶ V. anc. art. 302 C. pén. de 1810.

⁶³⁷ C. Ménabé, *Ibidem*.

⁶³⁸ La loi du 21 novembre 1901 portant modification des articles 300 et 302 du Code pénal de 1810 est venue préciser que la mère, auteur ou complice de l'infanticide de son enfant nouveau-né serait punie des travaux forcés à perpétuité en cas d'assassinat, ou des travaux forcés à temps en cas de meurtre. Mais cette excuse ne pouvait aucunement s'appliquer à ses complices ou co-auteurs. V. anc. art. 302 al. 2 C. pén. de 1810.

meurtre du mineur de plus de quinze ans qui serait victime de ses parents, il faudrait donc retenir ici la circonstance aggravante relative à l'état de vulnérabilité de la victime en raison de son âge (article 221-4, 3°). De plus, ces textes font le choix de l'objectivité puisque ni la mère, ni le père de l'enfant ne sont spécialement visés en tant qu'auteur de l'infraction.

B. La légitime défense différée

149. Le meurtre à visée défensive. – Il arrive qu'après plusieurs années de violences conjugales quotidiennes, le conjoint dominé attente à la vie du conjoint dominant. Comme en attestent les chiffres exposés plus haut, la majorité des hommes tués par leur épouse ou concubine étaient auteurs de violences antérieures. Les récentes affaires judiciaires d'Alexandra LANGE⁶³⁹ et Jacqueline SAUVAGE fortement médiatisées, en sont une illustration. Dès lors, dans cette configuration particulière, se pose la question de savoir si la femme meurtrière doit être regardée comme auteur d'un crime, ou comme victime d'une situation de violence l'ayant conduite au passage à l'acte.

150. Le syndrome de la femme battue. – Le « syndrome de la femme battue » ou « théorie de l'impuissance acquise » est aujourd'hui largement reconnu dans plusieurs États, comme l'Angleterre, le Canada ou les Etats-Unis, comme pouvant expliquer le passage à l'acte de la victime de violences⁶⁴⁰. Ainsi, à condition d'être constaté par une expertise médicale, il permettrait de reconnaître l'irresponsabilité de la victime ou d'en réduire la portée.

Souffrant de ce syndrome, la femme exposée (parfois depuis son enfance) à une situation de violences persistantes et répétées, « *[cesserait] de reconnaître les possibilités réelles qu'elle pourrait avoir de transformer sa condition* »⁶⁴¹, et d'y trouver des issues. La victime s'attelle à prévenir quotidiennement les nouvelles récurrences de la part de son conjoint, souvent en adaptant ou modifiant son comportement en vue d'apaiser l'agresseur. Or, placée dans cette situation de stress permanent, la femme développerait avec le temps un état de dépendance

⁶³⁹ Alexandra Lange a tué son époux d'un coup de couteau en 2009, alors qu'il était entrain de l'étrangler. Elle a été acquittée par la Cour d'assises, au titre de la légitime défense en mars 2012. V. J. Pradel et A. Margaux, « L'intégrale : l'affaire Alexandre Lange », L'Heure du Crime, Emission radio, RTL, 27 août 2015.

⁶⁴⁰ C. Parent, « La criminologie féministe et la question de la violence des femmes », in *Penser la violence des femmes*, Paris, La Découverte, coll. Science humaines, 2012, p. 276.

⁶⁴¹ P. Mercader, A. Houel et S. Helga, « L'asymétrie des comportements amoureux : violences et passions dans le crime dit passionnel », *Sociétés contemporaines*, n° 55, 2004, p. 94.

qui altère sa capacité de jugement et sa perception de la réalité. Ainsi, sa conception de l'immédiateté du danger serait brouillée. Quant au passage à l'acte, de plus, « [son] état psychologique [serait à] comparer à celui des victimes de la torture ou de la guerre, et [sa] symptomatologie assimilée à un désordre post-traumatique »⁶⁴².

Ces éléments permettent tout à la fois d'expliquer les raisons pour lesquelles la femme battue demeure prisonnière de la relation abusive, mais également le recours au meurtre du conjoint. Toutefois, l'évocation de ce symptôme comme moyen de défense semble s'inscrire, une fois de plus, dans une logique de survictimisation de la femme meurtrière – comme si cette dernière ne pouvait être que monstre ou vulnérable. En effet, celle-ci doit nécessairement être déresponsabilisée et soupçonnée de souffrir de carences psychologiques, pour inspirer empathie et compréhension des juges et du public⁶⁴³.

151. De l'impuissance coupable au passage à l'acte. – En s'attardant quelques instants sur les conditions de vie du conjoint battu – et en dehors d'un quelconque syndrome dont il souffrirait – une accumulation de trois séries de raisons semble pouvoir expliquer son passage à l'acte. Or, ces raisons ne relèveraient pas nécessairement d'une absence de discernement, mais d'un choix : le meurtre du conjoint violent devient alors la meilleure issue pour mettre fin au cycle de la violence.

Ainsi, premièrement, la victime de violences conjugales est placée dans une situation d'isolement extrême vis-à-vis de sa propre famille, de ses proches, voire même de ses propres enfants – soit qu'ils aient pris le parti du parent violent, soit qu'ils se soient lassés de vouloir secourir le parent victime.

Deuxièmement, en fonction du profil de son agresseur, le conjoint violenté pendant de longues années a conscience que sa fuite du domicile ne mettra pas fin aux violences. Bien au contraire, il sera traqué sans relâche par son bourreau. Commencera alors pour lui et ses enfants, une vie de clandestinité et de cavale permanente⁶⁴⁴.

⁶⁴² P. Mercader, A. Houel et S. Helga, *op. cit.*, p. 95.

⁶⁴³ Pour une vision intéressante, V. C. Parent, « La criminologie féministe et la question de la violence des femmes », *op. cit.*, 2012, p. 275 sq. L'auteur estime, en effet, que la tendance est à la psychologisation des comportements criminels des femmes ayant commis un acte de violence. Bien qu'elles aient commis un crime, on estime que celui-ci n'était pas planifié, ni même réellement souhaité par la femme.

⁶⁴⁴ Deux témoignages en attestent. Le premier, celui de Julie : « *J'avais plus peur qu'il me tue si je m'en allais que le contraire. J'étais terrorisée par lui...* ». Le deuxième, celui d'Aurélie, qui a fui le domicile conjugal avec son enfant une première fois, mais a été retrouvée par son conjoint. Actuellement en cavale depuis trois ans et hébergée dans un foyer, elle vit dans une peur permanente ; V. O. Delacroix, *op. cit.*

Troisièmement, la victime qui aura rassemblé ses dernières forces afin de déposer plainte et qui se sera heurtée à une écoute maladroite, puis à une prise en charge inadaptée⁶⁴⁵ des acteurs de justice ou des professionnels de santé, se sentira d'autant plus isolée. Dès lors, deux issues s'offrent à elle : se suicider ou se faire justice elle-même.

152. L'irrecevabilité de la légitime défense différée en droit pénal. – À l'occasion de l'adoption de la proposition de loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, et suite aux récentes affaires judiciaires de violences domestiques, la probabilité d'une création d'un état de légitime défense différée spécifique aux femmes battues fut évoquée à l'initiative de parlementaires⁶⁴⁶. Cette proposition est inspirée du droit canadien – tendant pour la Cour Suprême à faire découler de l'état d'emprise dans lequel est placée la femme, une « *absence de choix* » quant au passage à l'acte⁶⁴⁷. Mais en l'état du droit pénal français, cette proposition semble légalement critiquable.

En effet, en vertu de l'article 122-5 du code pénal, la légitime défense suppose l'existence d'une agression injustifiée et d'une riposte proportionnée et concomitante à l'atteinte. Alors que la première condition est évidemment remplie, la seconde elle pose problème. En effet, dans le cas où l'acte criminel de l'épouse surviendrait dans le même temps que l'agression, elle aurait une visée purement offensive et la légitime défense serait acquise. Néanmoins, dans le cas où l'épouse commettrait le meurtre postérieurement aux violences – et *a fortiori* lorsque son conjoint est inconscient⁶⁴⁸ ou par surprise⁶⁴⁹ – la riposte pourrait s'apparenter davantage à un acte de vengeance. Dans de telles circonstances, elle ne peut rigoureusement être considérée comme proportionnée et concomitante. Dès lors, retenir une irresponsabilité du conjoint meurtrier pour « légitime défense différée » semble pénalement incorrect. En effet, la valeur protégée la plus sacrée en droit pénal demeure la vie humaine. Or, il ne faudrait pas que l'élaboration légale d'un état de légitime défense différée conduise à

⁶⁴⁵ V. *infra*, n° 209, not. sur le recueil des plaintes et main-courantes par les service enquêteurs.

⁶⁴⁶ G. Dupont, « Débat sur le droit des femmes battues à se défendre », *Le Monde*, 7 mars 2016.

⁶⁴⁷ La Cour suprême canadienne a reconnu pour la première fois le syndrome de la femme battue en 1990, à l'occasion de l'affaire Angélique Lyn Lavalée. La jeune femme de vingt-deux ans au moment des faits a tué d'un coup de feu à l'arrière de la tête, son concubin qui avait l'habitude de lui infliger des violences physiques. Cette décision marque une inflexion de la jurisprudence criminelle canadienne qui jusqu'à lors condamnait systématiquement ces femmes meurtrières, sans prendre en considération la dynamique de la relation du couple. La Cour de cassation acquitta l'intéressée, en présence d'une « *crainte raisonnable de la mort* », de la gravité des violences antérieures subies et du « *manque de solutions de rechange à l'auto-assistance* », V. Cour suprême, 5 mars 1990, *R. c/ Lavalée*; RCS. 852 (en ligne) : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/599/index.do> ; Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) du 26 mai 2016 sur les violences contre les femmes et les féminicides, *JO* du 7 juin 2016, n° 42-47.

⁶⁴⁸ Au cours de la nuit, pendant son sommeil par exemple.

⁶⁴⁹ Il s'agit du cas où le conjoint ou le concubin violent est de dos, par exemple.

« normaliser » un droit de tuer, en droit pénal. Une telle solution doit-elle, de ce fait, être strictement encadrée.

Précisons, encore, que l'état de nécessité, cause objective d'irresponsabilité pénale prévue par l'article 122-7 du code pénal, ne permettrait pas davantage de prendre en considération cette problématique. En effet, comme pour la légitime défense, l'état de nécessité suppose que le danger encouru soit actuel et imminent mettant en péril la vie ou la santé de l'intéressé(e) ou d'autrui. Ceci n'est pas le cas s'agissant de la femme qui met fin à la vie de son conjoint postérieurement à l'attaque. Dès lors, par là même, l'intérêt protégé sauvegardé par la commission de l'infraction, perd de sa prévalence par rapport à l'intérêt protégé sacrifié. De sorte que l'atteinte à la vie du conjoint – même violent – ne saurait se justifier.

153. Une véritable problématique judiciaire, l'affaire Jacqueline SAUVAGE. – Si la solution de la création d'un état de légitime défense ne semble pas la plus indiquée, cela ne signifie pas qu'il ne faille pas apporter une réponse pénale à la situation de la femme battue se faisant justice elle-même. En effet, aujourd'hui – et sauf quelques rares exceptions – la situation de détresse persistante du conjoint dominé et l'altération de son discernement peuvent, tout au plus, être évoquées à l'appui d'une réduction significative de la peine. Ce fut le cas tout récemment s'agissant de Jacqueline SAUVAGE. Cette épouse et mère de soixante-huit ans, a été condamnée à dix ans de réclusion criminelle pour le meurtre de son époux, tué de trois balles dans le dos le 10 septembre 2012⁶⁵⁰. Ce dernier lui infligeait des violences physiques et psychologiques depuis quarante-sept années et abusait sexuellement de ses trois filles. Suite à une mobilisation massive de l'opinion publique, de parlementaires et autres personnalités publiques à l'annonce de la sentence de Jacqueline Sauvage, une grâce partielle lui a été accordée par le Président de la République le 31 janvier 2016, en vertu de l'article 17 de la Constitution⁶⁵¹. Ainsi, bien qu'elle n'ait eu pour objet et pour effet d'annuler la condamnation de l'intéressée pour meurtre aggravé, cette grâce de deux ans et de quatre mois couvrait l'ensemble de la période de sûreté qu'il lui restait à accomplir, et lui permettait de

⁶⁵⁰ Selon les faits rapportés par la presse, la femme aurait subi un énième épisode de violences de la part de son époux, antérieurement au passage à l'acte. Ayant absorbé des somnifères, elle aurait fermé la porte de la chambre à clé afin de faire une sieste. L'époux, alcoolisé, aurait gravi les escaliers menant à la chambre, puis frappé à la porte en réclamant sa soupe. L'intéressée aurait ouvert la porte avant de se faire battre par son mari. Elle aurait saisi l'arme appuyée au mur, aurait descendu l'escalier et tiré trois coups de feu en direction de l'homme donnant dos à la maison, V. C. Piquet, « Jacqueline Sauvage : une affaire à multiples rebondissements », *Le Figaro*, 21 août 2016.

⁶⁵¹ L. Limmois, « Grâce présidentielle et amnistie : deux notions à ne pas confondre », *RTL*, 3 février 2016.

former aussitôt une demande de libération conditionnelle⁶⁵². Tous – citoyens, parquetiers et parlementaires – se réjouissaient alors de cette issue favorable, pour la condamnée et sa famille et y voyaient finalement une solution empreinte de justesse et de justice⁶⁵³.

Pourtant, le 12 août 2016, le tribunal d'application des peines de Melun refuse d'avaliser la libération conditionnelle de Jacqueline Sauvage. Pour toute motivation, cette juridiction argue que « *l'importante médiatisation de [l'affaire] rend difficile une authentique démarche de réflexion de Madame Sauvage, qui est encouragée à se cantonner dans un positionnement exclusif de victime, sans remettre en question son fonctionnement psychique personnel et sans s'interroger sur sa part de responsabilité dans le fonctionnement pathologique de son couple* ». Cette décision préconise que la condamnée suive une thérapie en prison afin de « *remettre de l'interdit dans le passage à l'acte [...] le sens de la peine lui échappant* »⁶⁵⁴. Cette jurisprudence semble, cependant, critiquable à plus d'un titre ; premièrement, parce qu'on a du mal à en saisir le véritable objectif. Est-il uniquement tourné vers un souci de justice ou poursuit-il essentiellement un dessein politique ? En effet, il serait légitime d'y percevoir une certaine défiance d'une partie de la magistrature vis-à-vis de l'autorité du chef de la Nation, et par extension, de la fonction présidentielle. Deuxièmement, elle conduit à une survictimisation de la condamnée, véritable victime en l'espèce. Ainsi, après avoir subi plus de quarante ans de violences de la main de son époux, après avoir assistée impuissante aux souffrances de ses enfants⁶⁵⁵, il semblerait que la condamnée doive encore faire l'expérience d'une peine qui se veut affligeante. En effet, les juges l'exhortent, ni plus, ni moins, à ressentir du remord vis-à-vis de son défunt bourreau. Pire encore, s'érigent, semble-t-il en conseillers conjugaux *a posteriori*, ils tendent dans une certaine mesure à minorer la responsabilité du conjoint violent, accablant finalement l'intéressée quant à la déchéance et la violence de son couple. Une telle position semble particulièrement indélicate, car elle sous-tendrait en filigrane que, la victime de violences conjugales est responsable de sa propre situation dommageable. Or cela démontre précisément une absence de compréhension

⁶⁵² Jacqueline Sauvage avait, en effet, déjà purgé plus de trois ans de sa peine de dix ans de réclusion criminelle, en détention provisoire principalement, V. J. Pascual et N. Scheffer, « Graciée, Jacqueline Sauvage reste en prison », *Le Monde*, 13 août 2016.

⁶⁵³ J. Pascual et N. Scheffer, *op. cit.*

⁶⁵⁴ J. Pascual et N. Scheffer, *ibidem*.

⁶⁵⁵ Jacqueline SAUVAGE avait quatre enfants, trois filles et un fils. Les sœurs rapportent que ce dernier, battu lui aussi par le père, devenait à son tour violent envers sa propre compagne. Informé tardivement des agressions sexuelles que le père faisait subir à ses sœurs, il met fin à ses jours par pendaison, la veille du meurtre de son père, V. L. Quillet, « Jacqueline Sauvage : ses filles racontent l'enfer familial », *Le Figaro*, 31 janvier 2016.

flagrante de l'autorité judiciaire quant au mécanisme même d'emprise, caractéristique des violences intrafamiliales⁶⁵⁶. Et quand bien même, le comportement de cette victime serait moralement regrettable à certains égards⁶⁵⁷, en l'occurrence la question est uniquement de savoir si la femme battue – pendant plusieurs années par son compagnon – peut, dans une situation de détresse extrême, se défendre elle-même.

Cette affaire met donc véritablement en exergue une problématique sociale et judiciaire non négligeable. Elle rappelle que les moyens de lutte contre les violences conjugales doivent encore être améliorés sur le plan du traitement et de la détection de ces dysfonctionnements⁶⁵⁸. Comment demander à la femme meurtrière, alors même qu'elle est consciente que son acte constituait sa dernière chance de sauver sa vie et celle de ses proches, de le regretter ? Faut-il calomnier une seconde fois la victime de violences domestiques ? Ou, au contraire, est-ce à la société et à ses instances de prendre toute la mesure de leur responsabilité⁶⁵⁹?

154. Des propositions de remèdes alternatives à la légitime défense différée. – Certains députés ont proposé de modifier la condition de la proportionnalité de l'article 122-5 du code pénal. Ainsi, pour apprécier de la proportionnalité de la riposte à l'attaque, le juge ne prendrait plus seulement en cause le passage à l'acte criminel de la femme battue, de manière isolée. Mais il devra considérer toutes les violences antérieures répétées, les menaces proférées si elles sont d'une particulière gravité et le danger de mort encouru par la victime⁶⁶⁰. Cette solution semble intéressante, en ce qu'elle ne suppose pas d'intégrer au Code pénal, un nouvel état de légitime défense. Cependant, il est nécessaire de définir sur quelle base

⁶⁵⁶ V. *supra*, n°107 et s.

⁶⁵⁷ On l'a vu, la victime peut parfois souffrir de certaines carences affectives, la poussant à s'engager dans une relation conjugale dysfonctionnante, V. *supra*, n°127 et s.

⁶⁵⁸ V. *infra*, n° 226.

⁶⁵⁹ Les filles SAUVAGE témoignent à l'occasion d'une interview pour la presse. Selon elles, la sœur cadette – abusée sexuellement par son père également – aurait fugué du domicile familial à son adolescence, pour se rendre à la gendarmerie. Souhaitant déposer une plainte, elle aurait confié à l'agent le lourd calvaire familial. Mais paniquée par l'arrivée de son père (accompagné de sa mère) à la gendarmerie, elle aurait demandé à retirer sa plainte. Elle aurait été giflée par le gendarme la qualifiant de délinquante et refusant de croire en son récit. Après cet épisode, le mutisme des trois sœurs se serait encore un peu plus intensifié. Malheureusement, à une époque où la sensibilisation de l'opinion publique et des professionnels, aux spécificités de la violence familiale était quasi inexistante, aucune procédure n'avait été mise en place, en vue de s'informer de la situation réelle de la famille de la mineure. Eu égard à la réaction du gendarme, il est possible de penser que Jacqueline SAUVAGE également ait été confortée dans son propre mutisme, V. L. Quillet, *op. cit.*

⁶⁶⁰ P. Crozon, *Les violences faites aux femmes*, Rapport d'information n°3514 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, Assemblée nationale, 17 février 2016, p. 20 sq, spéc. p. 24.

s'appréciera le danger de mort. En effet, ce danger devra-t-il être apprécié *in abstracto* ; c'est-à-dire en observant l'effroi que ces agressions et menaces provoqueraient chez toute personne prudente et raisonnée ? Ou faudra-t-il au contraire l'apprécier *in concreto*, c'est-à-dire en fonction du ressenti personnel de la victime considérée et placée dans des circonstances particulières.

Il a encore été proposé d'adopter en droit pénal français – pour définir une présomption de légitime défense – les conditions cumulatives de la légitime défense prévues par l'article 34 du code criminel canadien⁶⁶¹. Ce code prévoit en effet que bénéficie de cette cause d'irresponsabilité la personne qui « *croit, pour des motifs raisonnables, que la force est employée contre elle ou une autre personne, ou qu'on menace de l'employer [...]* », qui « *commet l'infraction dans le but de se défendre ou de se protéger [...]* » et qui « *agit de façon raisonnable dans les circonstances* ». Le caractère raisonnable de l'acte doit s'apprécier selon la situation personnelle de la victime : la nature de la menace ou de la force ; la taille, l'âge, le sexe et les capacités physiques des parties en cause ; la nature, la durée et l'historique des rapports entre les parties – notamment tout emploi de la force ou de menace avant l'incident⁶⁶². Une telle solution paraît intéressante en ce qu'elle permettrait de prendre en considération le sort de la femme auteur d'un meurtre à visée défensive. Néanmoins, elle nécessiterait de refondre entièrement l'article 122-5 du code pénal ou de créer une nouvelle disposition relative à une légitime défense assimilée.

Pourtant, sans aller aussi loin, il ne faudrait pas oublier que les textes pénaux contiennent déjà des outils qui permettraient de prendre en considération la situation de la femme meurtrière de son conjoint violent. En effet, en l'espèce, il est clairement demandé au droit pénal de tenir compte de l'état psychologique de l'auteur au moment de l'incident et du mobile de son acte. Cela revient à apprécier la situation d'emprise de l'auteur, son propre ressenti quant à l'actualité du danger, ainsi que la relation antérieure de violences. Et bien que par principe, ces éléments soient indifférents en droit pénal, ils déterminent notamment les décisions relatives à l'individualisation de la peine.

Or, c'est également l'accumulation de ces éléments qui conforte la meurtrière dans l'idée que la commission de l'infraction est le seul moyen de s'en sortir ou de protéger sa famille. On

⁶⁶¹ Il s'agit d'une proposition de Catherine Le Margueresse, juriste et ancienne présidente de l'Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail (AVFT), V. P. Crozon, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁶² Ces éléments sont expressément prévues par la loi criminelle canadienne, V. art. 34 du Code criminel canadien, P. Crozon, *ibidem*, p. 26.

retrouve finalement exprimée ici l'idée de contrainte, cause subjective d'irresponsabilité prévue par l'article 122-2 du code pénal. Ce texte précise que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister* ». Cependant, cette contrainte ou force majeure – à défaut d'être physique – serait morale. Ainsi, il s'agirait d'une contrainte morale externe, en raison des menaces, pressions, violences exercées par le conjoint sur la victime, de manière répétée. Mais il s'agirait également d'une contrainte morale interne. En effet, au moment de l'acte, dans la psychologie de la femme, le meurtre de l'époux apparaît comme l'unique solution pour survivre ou pour protéger ses enfants.

Ainsi, par opposition à la jurisprudence classique relative à la contrainte morale interne⁶⁶³, lorsque l'on se trouverait en présence d'un passif conjugal violent, on pourrait envisager que la femme puisse invoquer à son profit cette cause. Notons, d'ailleurs, que la jurisprudence a déjà eu l'occasion de prononcer des acquittements sur le fondement de la contrainte morale interne, s'agissant de non-représentation d'enfants. En effet, la Cour d'appel a eu l'occasion d'exonérer de toute responsabilité, des grands-parents ayant commis une infraction de non-représentation d'enfant, de peur que le père de leur petit-fils, d'origine algérienne, ne l'enlève à l'occasion de son droit de visite et d'hébergement⁶⁶⁴. C'est dire que les juges pénaux sont à même d'apprécier souverainement les circonstances particulières de violences et de détresse qui peuvent entourer un meurtre d'autodéfense, à condition qu'on leur en donne les moyens.

Aussi, faut-il insister sur le fait que toutes ces propositions de réformes ne sont que des remèdes à court, ou moyen terme⁶⁶⁵. La seule manière de garantir à ces femmes obligées de tuer leur époux pour survivre, un meilleur sort, est de poursuivre les progrès réalisés en amont en terme de formation et de sensibilisation des magistrats à la problématique des violences conjugales, à l'accueil et à l'accompagnement des victimes. Toutefois, il est possible de se

⁶⁶³ De manière constante, la jurisprudence refuse de conclure à la non-imputabilité de l'acte lorsque la contrainte éprouvée par l'auteur lui est personnelle, V. Cass. crim., 11 avril 1908 ; *DP.* 1908. 1. 261, rapp. Mercier.

⁶⁶⁴ Dijon, 19 décembre 1984, *RSC.* 1985. 812, obs. G. Levasseur ; Y. Mayaud, *Droit pénal général, op. cit.*, n°461, p. 549.

⁶⁶⁵ Pour illustration, la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes posait également – suite à l'affaire SAUVAGE – la question d'une incrimination expresse du « féminicide » en droit pénal, V. P. Crozon, *ibidem*, p. 6-16. Or, une telle infraction présenterait des difficultés probatoires évidentes. En effet, la caractérisation de l'élément intentionnel dépendrait de la faculté de la partie civile à démontrer que le meurtre a été commis, précisément, parce que la victime était une femme. De plus, cette entreprise serait particulièrement surfaite et purement symbolique. En effet, l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994 a permis d'objectiver la loi pénale, avec notamment la suppression d'infractions telles que le parricide ou l'infanticide. Or, suivant des fins politiques et féministes, l'incrimination du féminicide apparaît fortement connotée et ne présenterait aucune utilité juridique pratique.

demander si la commission d'un tel meurtre par un homme battu à l'encontre de son épouse, conduirait à une même prise de conscience aujourd'hui.

Section II. Les contrariétés au « bien vivre ensemble »

155. Signification. – À travers la dysfonctionnalité familiale liée au « bien vivre ensemble », sont visées les conditions de vie matérielles ou morales défavorables, imposées par un des membres de la famille aux autres. Sans prétendre à l'exhaustivité ici, nous envisagerons en priorité, les défaillances familiales vis-à-vis du mineur. Mais d'autres infractions, telles que la non-représentation d'enfant portant directement atteinte aux intérêts du parent ayant le droit de le réclamer (article 227-5 du code pénal), sont révélatrices de dysfonctionnements familiaux – souvent antérieurs à l'acte incriminé. Ces infractions seront abordées plus loin dans cette étude⁶⁶⁶.

Le droit pénal français distingue deux types de défaillances familiales à l'encontre du mineur : celles relevant du délaissement ou de l'abandon du mineur (§1) et celles relatives à la mise en péril du mineur (§2). Dans ces différents cas de figure, ce qui est pénalisé c'est l'abstention de l'auteur.

§1 - La défaillance familiale par abandon du mineur

156. Généralités. – Le délit d'abandon de famille prévu par l'article 227-3 du code pénal étant largement approfondi dans les développements subséquents⁶⁶⁷, nous nous contenterons d'envisager ici l'incrimination de délaissement de mineur.

157. L'incrimination du délaissement de mineur de quinze ans, source d'une inégalité de protection. – L'article 227-1 du code pénal punit de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, « *le délaissement d'un mineur de quinze ans en un lieu quelconque* », à moins que les circonstances du délaissement aient permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci. Cette infraction présente de nombreux points de similarité avec celle

⁶⁶⁶ V. *infra*, n° 303 et s.

⁶⁶⁷ V. *infra*, n°299.

de l'article 223-3 du code pénal incriminant le délaissement de personne vulnérable⁶⁶⁸. On aurait d'ailleurs pu concevoir que la minorité de quinze ans ne constitue qu'une simple circonstance aggravante de cette dernière. Cependant, le délit de délaissement de l'article 227-1 contient certaines particularités, créant une disparité de protection entre les mineurs victimes. Ainsi, s'agissant de son élément matériel, le délaissement incriminé à l'article 227-1 protège de manière précise que les mineurs de moins de quinze ans. Il faudrait en déduire par conséquent, que l'article 223-3 du code pénal ne s'applique qu'au mineur de plus de quinze ans et au majeur vulnérable. Autrement, nous serions en présence d'une redondance d'incrimination stérile⁶⁶⁹. Dans ces deux cas de figure (le mineur de moins de quinze ans d'une part, celui de plus de quinze ans d'autre part), le législateur entend clairement garantir une protection à la victime, précisément en raison de sa fragilité. Cependant, la preuve de cet état de vulnérabilité ne sera pas rapportée de la même façon, en fonction qu'il s'agisse du mineur de moins de quinze ans ou du mineur de plus de quinze ans. En effet, pour la constitution du délaissement de l'article 223-3, la situation de vulnérabilité doit être expressément caractérisée puisque le texte précise que « la personne ne doit pas être en mesure de se protéger ». Ainsi, il existe à la charge des juges du fond une obligation de démontrer en quoi l'âge, l'état physique ou psychique de la victime (maladie, handicap, grossesse, toxicomanie⁶⁷⁰) la plaçait dans l'incapacité de se protéger⁶⁷¹.

A l'opposé, lorsqu'il s'agit du délaissement du mineur de moins de quinze ans (article 227-1), il existe une présomption de vulnérabilité relevée *ipso facto*, c'est-à-dire du seul fait du jeune âge⁶⁷². Par conséquent, le délaissement de ce mineur sera toujours considéré comme délictueux. Cela semble devoir se justifier par le fait que le mineur de quinze ne peut subvenir valablement à ses besoins alimentaires, financiers ou de santé, seul. Dès lors, il se voit irrémédiablement exposé à un danger compromettant gravement sa vie ou sa santé. Ceci semble moins patent pour l'adolescent de plus de quinze ans plus autonome et pour lequel il sera nécessaire de vérifier les circonstances particulières justifiant sa vulnérabilité.

⁶⁶⁸ V. *infra*, n° 308.

⁶⁶⁹ V. *contra*, G. Roujou de Boubée, J. Francillon, B. Bouloc et Y. Mayaud, *Code pénal commenté article par article. Livres I à IV*, Dalloz, 1996, p. 282 ; J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., Paris, Editions CUJAS, 2010, n°673, p.400.

⁶⁷⁰ G. Roujou de Boubée, J. Francillon, B. Bouloc et Y. Mayaud, *op. cit.*, p. 281 ; F. Alt-Maes, « Le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger », *J.-Cl. pén.* 2009, fasc. n°20, n° 16-18 (actualisation en 2012).

⁶⁷¹ A. Gouttenoire et M. C. Guérin, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Rép. pén.* 2015, n°14.

⁶⁷² F. Alt-Maes, « Le délaissement de mineur », *op. cit.*, n°8.

Concernant ensuite l'agent de l'infraction de délaissement de mineur de quinze ans, sa qualité vis-à-vis de l'enfant importe peu, en l'absence de précision textuelle. Dès lors, peut être auteur de l'incrimination tant le parent du mineur, qu'un tiers⁶⁷³. Néanmoins, cette incrimination ne se comprend que dans la mesure où il existe préalablement une prise en charge du mineur par l'auteur, qu'elle soit temporaire ou non, juridique ou seulement de fait⁶⁷⁴. De plus, le délaissement du mineur de quinze ans, tout comme le délaissement du mineur de plus de quinze ans, nécessite pour sa constitution, un fait matériel d'abandon⁶⁷⁵. Cet acte doit, selon une jurisprudence pérenne, être « *un acte positif, exprimant de la part de son auteur la volonté d'abandonner définitivement la victime* »⁶⁷⁶. Par conséquent, une omission ne peut jamais être constitutive d'un délaissement punissable. Dès lors, ne commet pas un abandon positif et définitif, le couple qui – suite à un malentendu relatif à l'exercice de la garde – ne se déplace pas afin de récupérer leurs trois enfants restés seuls sur le quai d'un port maritime⁶⁷⁷.

Pourtant, le défaut de sanction du délaissement par abstention peut aboutir à un vide juridique déplorable, en dépit de la gravité des faits commis. Ainsi, n'a pas été reconnue coupable de délaissement par la Cour de cassation, la personne qui s'est opposée à l'assistance d'une aide-ménagère au domicile de sa mère alors âgée de quatre-vingt-quatre ans et sortant d'une longue hospitalisation⁶⁷⁸. La même décision a été retenue s'agissant du prévenu qui a congédié l'équipe médicale soignant sa mère de quatre-neuf ans, laissant ainsi cette dernière macérer dans ses excréments, souffrant d'escarres et de déshydratation⁶⁷⁹. Ces deux cas d'espèce correspondraient – en réalité – à une privation de soins.

Mais, ce délit ne s'applique qu'aux mineurs de moins de quinze ans révolus, au détriment des mineurs de plus de quinze ans et des majeurs hors d'état de se protéger. Au demeurant, de tels faits pourraient tout au plus se rapprocher de l'infraction d'omission de porter secours à

⁶⁷³ On pourrait alors très bien imaginer la complicité par instigation de l'ascendant du mineur délaissé. C'est d'ailleurs ce que semblait envisager l'ancien art. 349 à travers l'expression « *exposer ou faire exposer, délaisser ou faire délaisser* ».

⁶⁷⁴ A. Gouttenoire et M. C. Guérin, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Rép. pén. Dalloz*, 2015, n°12 et 38.

⁶⁷⁵ Si auparavant, l'ancien article 349 du code pénal retenait alternativement « le délaissement » ou « l'exposition en un lieu solitaire », aujourd'hui le texte ne vise plus que l'acte unique de délaissement.

⁶⁷⁶ Cass. crim. 23 février 2000, pourvoi n° 99-82. 817, *D.* 2000. 106 ; *RSC* 2000. 609, obs. Y. Mayaud.

⁶⁷⁷ Cass. crim. 23 février 2000, préc. Dans ce cas d'espèce, la décision a étonnamment été rendue au visa de l'art. 223-3 de C. pén., alors qu'aucun des mineurs n'avaient plus quinze ans (11, 14 et 15 ans). Dans tous les cas, la solution des juges de la Haute juridiction aurait été la même au visa de l'article 227-1, en présence d'un acte d'abstention.

⁶⁷⁸ Cass. crim. 13 novembre 2007, pourvoi n° 07-83. 621, *RSC* 2008. 342, obs. Y. Mayaud.

⁶⁷⁹ Cass. crim. 9 octobre 2012, pourvoi n° 12-80. 412, *AJ pén.* 2013. 39, note J. Lasserre Capdeville.

personne en péril conformément à l'article 223-6 alinéa 2 du code pénal et punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Le péril peut résulter dans ce cas de tout événement, le texte ne distinguant pas selon la nature de celui-ci⁶⁸⁰. En somme, en exigeant que l'acte d'abandon soit positif, il semble que la jurisprudence accorde au mineur de quinze une protection bien plus efficace que celle accordée à ses aînés. Cette différence de traitement paraît d'autant plus incompréhensible que la loi n'opère aucune distinction sur la nature de l'abandon. Selon un auteur, « *la jurisprudence prend [ici] une grande liberté avec le code pénal* »⁶⁸¹. D'un point de vue sémantique de plus, le terme « délaissé » signifie « *mettre en abandon, laisser sans secours* »⁶⁸². Cette définition ne s'oppose donc aucunement à la prise en compte d'une abstention. En l'occurrence, deux options sont possibles. Soit, le juge se résout à interpréter l'acte de délaissement largement, en opérant un revirement de jurisprudence qui ne manquera pas d'être salué par la doctrine. Soit, le législateur se résout à créer une infraction de privation de soin plus générale, prenant en considération toute personne vulnérable et pas uniquement le mineur de quinze ans.

En outre, le délit de délaissement est une infraction intentionnelle en vertu de l'article 121-3 du code pénal. Il suppose la volonté de l'auteur d'abandonner définitivement la charge de l'enfant⁶⁸³. Comme nous l'avons vu précédemment, le caractère définitif de l'abandon est une condition prétorienne. Ainsi, les juges ajoutent un dol spécial pour la caractérisation de cette infraction, qui n'est pas initialement exigé par le texte.

S'agissant enfin du régime de l'infraction, elle devient un crime en fonction de son résultat dommageable. Ainsi, elle sera punie de vingt ans de réclusion criminelle lorsque l'abandon aura entraîné une mutilation ou une infirmité du mineur (article 227-2 du code pénal) et de trente ans de réclusion quand il aura été suivi du décès du mineur (article 227-3 du code pénal). En outre, l'article 227-1 du code pénal prévoit un fait justificatif, qui fera disparaître le caractère infractionnel du délaissement, lorsqu'il aura permis de garantir la santé et la sécurité de l'enfant. C'est le cas concrètement de l'abandon du mineur aux mains d'un foyer, d'une famille d'accueil ou toute autre personne prenant la charge de l'enfant, d'un hôpital, etc. ...

⁶⁸⁰ Cass. crim. 31 mai 1949, RSC 1949.746, obs. L. Hugueney. Il doit encore être être imminent et requérir une intervention immédiate, V. Cass. crim., 30 octobre 1990, *Dr. pén.* 1991, comm. 39, obs. M. Véron.

⁶⁸¹ Cass. crim. 9 octobre 2012, pourvoi n° 12-80.412, *AJ pén.* 2013. 39, note L. Capdeville, *in fine*.

⁶⁸² C. Blum, J. Pruvost, K. Alaoui, G. Bady, *Le Nouveau Littré. Édition augmentée du Petit Littré*, 2004, « Délaissé ».

⁶⁸³ J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Paris, Editions CUJAS, 2014, n° 670.

Dans cette hypothèse, en effet, il s'agit de confier le mineur à des personnes aptes à en prendre soin. Cela vise à ne pas accabler les individus, qui placés dans une situation de précarité, de détresse ou simplement par choix, décident de se déposséder de la charge de l'enfant au profit d'un autre (l'accouchement sous X par exemple).

§2 - La défaillance familiale entraînant une mise en péril du mineur

158. L'abandon moral et matériel d'enfant. – Dissocié de l'incrimination classique d'abandon de famille⁶⁸⁴, l'abandon moral ou matériel d'enfant – était autrefois appelé « abandon de foyer »⁶⁸⁵. Alors que l'ancien abandon de foyer portait sur les obligations matérielles et morales des parents, en référence à l'article 213 du code civil relatif à la mission de direction morale et matérielle de la famille née du mariage, le délit d'abandon moral de famille lui se recentre davantage sur l'autorité parentale, donc sur le lien de filiation⁶⁸⁶. Par conséquent, la terminologie exacte pour qualifier ce délit devrait être la soustraction du parent à ses obligations légales⁶⁸⁷. Il est désormais incriminé au titre des infractions de mise en péril des mineurs⁶⁸⁸.

Ce délit est défini par l'article 227-17 du code pénal comme « *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* ». Ce délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Ce délit suppose préalablement que soit établie l'existence de liens de filiation entre l'auteur et la victime nécessairement mineure. Seuls les père et mère peuvent se rendre coupables d'une telle infraction, à l'exclusion donc des autres ascendants, collatéraux ou tiers⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ Art. 227-3 situé dans la section II du Code pénal «*De l'abandon de famille* ».

⁶⁸⁵ Art. 357-1 ancien C. pén.

⁶⁸⁶ P. Pédron, « La soustraction d'un parent à ses obligations légales », *J.-Cl. Pén. Code*, fasc. 20, 2008, n° 98 - 99.

⁶⁸⁷ Santé, sécurité, moralité et éducation de l'enfant, V. P. Pédron, *op. cit.*, passim.

⁶⁸⁸ Il est dorénavant inséré à la Section V « De la mise en péril des mineurs ».

⁶⁸⁹ Notons que l'article 227-17-2 du code pénal prévoit que « les personnes morales responsables, dans les conditions de l'article 121-2 du code pénal, des infractions définies aux articles 227-15 à 227-17-1 » – donc l'abandon moral ou matériel inclus – encourrent l'amende prévue pour les personnes physiques quintuplée. En somme, l'article 227-17-2 a une portée ténue s'agissant de ce délit, sauf à considérer que la personne morale puisse être complice de l'abandon moral ou matériel de mineurs. Ce serait le cas par exemple d'une personne morale qui encouragerait les père et mère de l'enfant à se soustraire à leurs obligations légales, V. Cass. crim. 11

Matériellement, le délit nécessite un fait de soustraction aux obligations légales, devant entraîner un résultat précis : celui de compromettre soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité, soit l'éducation de l'enfant. Les juges doivent préciser dans leur décision, lesquels des effets dommageables précédents a eu la soustraction sur le mineur⁶⁹⁰. Par ailleurs, la soustraction peut se manifester de plusieurs manières différentes : un départ définitif du foyer par exemple⁶⁹¹. Mais, cette soustraction peut ne pas être uniquement physique. Ainsi, un parent peut quitter le domicile familial, mais continuer à entretenir des relations affectives avec son enfant et subvenir à ses besoins. A l'inverse, il se peut qu'un parent cohabite avec son enfant, mais manque à ses obligations élémentaires de soins et d'éducation envers lui⁶⁹². L'ancien article 357-1 du code pénal précisait les différentes modalités de commission de l'infraction, toujours opérantes aujourd'hui. Ainsi, la soustraction peut consister dans de « *mauvais traitements* », des « *exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire* »⁶⁹³, du « *défaut de soins ou un manque de direction nécessaire* ». D'une manière générale, un comportement parental malsain ou immoral peut constituer cette soustraction, comme par exemple le cautionnement par le parent de la commission d'une infraction par son enfant⁶⁹⁴. Enfin, il n'est pas exigé que l'atteinte portée à l'intérêt de l'enfant soit irréversible pour que soit constitué l'abandon⁶⁹⁵. Intentionnellement, l'auteur doit avoir eu conscience de manquer à ses obligations parentales et des conséquences de ce manquement sur la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant. Cependant, il n'est pas nécessaire qu'il ait recherché ces conséquences.

Au demeurant, le texte prévoit que le parent puisse s'exonérer de sa responsabilité pénale en fournissant un motif légitime justifiant sa soustraction. Bien sûr, il semble évident que l'auteur ne puisse arguer d'un motif légitime pour justifier des violences et maltraitances commises à l'encontre de l'enfant et excédant le droit de correction juridiquement toléré. Dès

juillet 1994, pourvoi n° 93-81. 881 (un mineur de moins de quinze ans envoyé en Inde par ses parents afin d'y recevoir un enseignement religieux dispensé dans une école dirigée par une secte).

⁶⁹⁰ Cass. crim. 6 mars 1956, Bull. crim. n° 218.

⁶⁹¹ Il s'agissait de la définition initiale de l'infraction d'abandon de foyer. Aujourd'hui, ce comportement ne constitue qu'une modalité de commission de l'infraction d'abandon moral ou matériel de mineur.

⁶⁹² Pour l'exemple d'un père vivant avec son enfant et compromettant sa moralité de par son comportement : V. *infra*, n°349, Montpellier, ch. corr. 3^{ème}, 29 avril 2008, n° 07/01622. Il en va de même de la mère qui ne dénonce pas les faits d'inceste commis par son époux sur sa fille : Lyon, 28 mars 1970, RSC 1997. 636, obs. Y. Mayaud.

⁶⁹³ Dans cette hypothèse, l'abandon moral se rapproche de l'infraction de provocation de mineur à une consommation habituelle et excessive d'alcool prévue par l'art. 227-19 du C. pén.

⁶⁹⁴ Montpellier, ch. corr. 3^{ème}, 29 avril 2008, précité. Un père cautionne et bénéficie du recel commis par son fils.

⁶⁹⁵ Cass. crim., 11 juillet 1994, n° 93-81. 881, JCP 1995. II. 22441, note F. Eudier.

lors, ce fait justificatif semble opérant surtout en cas de départ du foyer, à condition que ce motif soit grave. Constitue par exemple un tel motif, l'abandon de foyer en raison de violences conjugales subies par l'un des époux⁶⁹⁶.

Cette qualification d'abandon matériel de mineur est particulièrement proche de celle de non-respect d'instruction des mineurs (articles 227-17-1 et R. 624-7 du code pénal) que nous étudierons postérieurement⁶⁹⁷. Cela est encore vrai pour la qualification de privation de soins des articles 227-15 et 227-16 du code pénal.

159. La privation d'aliments ou de soins de mineurs. – L'incrimination de l'article 227-15, punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, est la seule qui vise précisément l'acte de privation de soin ou d'aliment dans le nouveau Code pénal. De même, la privation de soin ne s'applique qu'aux mineurs de quinze ans. Il doit, de plus, être établi un lien d'autorité entre l'auteur et la victime, qu'il soit légal ou non. En effet, l'auteur de la privation pourra, selon une expression plus large que celle de l'incrimination d'abandon moral, être « *l'ascendant ou toute autre personne exerçant [...] l'autorité parentale ou ayant autorité sur le mineur* ». Cela signifie que tout ascendant autre que les père et mère peut commettre l'infraction, mais également la personne n'ayant sur l'enfant qu'une autorité de fait. Ainsi, en l'absence de précision supplémentaire du texte, cette personne pourrait être le beau-parent de l'enfant à condition qu'il cohabite avec lui par exemple⁶⁹⁸. Cependant, ce texte exclut nettement les collatéraux, frère et sœur. Ainsi, dans la célèbre affaire de *la séquestrée de Poitiers*⁶⁹⁹, les juges du second degré avaient acquitté le frère de la victime séquestrée des faits de privation de soin, notamment parce que cette infraction supposait que le mineur

⁶⁹⁶ C'est le cas du mari qui quitte son foyer en raison du caractère violent de son épouse : T. corr. Clamecy, 10 juillet 1946, *D.* 1946. 412.

⁶⁹⁷ V. *infra*, n° 342 et s.

⁶⁹⁸ Pour une illustration, Cass. crim. 1^{er} février 1989, pourvoi n° 88. 83-984, Bull. crim. n°42, RSC 1989.739 obs. Levasseur : « La qualité de concubin de la mère de la victime ne confère pas, à elle seule, l'autorité de fait [...], sans indication d'aucune autre circonstance, telle la cohabitation de l'accusé avec la victime, de nature à établir l'autorité qu'il exerçait sur elle » ; V. aussi précédemment Cass. crim. 29 juin 1976, pourvoi n° 76-90.604, Bull. crim. n°233.

⁶⁹⁹ T. corr. Poitiers, 11 octobre 1901 et Poitiers, 20 novembre 1901 ; *D.* 1902. II. 81. Les faits sont les suivants : une jeune fille souffrant d'aliénation mentale a été séquestrée dans des conditions déplorables par sa mère et privée de soins, dans une chambre sans lumière pendant plusieurs années. Le frère de la victime s'étant résigné à cette situation, rendait régulièrement visite à sa sœur. À la mort de sa mère, ce dernier a accompli la mission qui lui avait été confiée par elle, de veiller sur sa sœur tout en la maintenant dans cet état de séquestration et de privation. Le frère était poursuivi et condamné en première instance pour complicité par aide ou assistance de violences. En appel cependant, les juges l'ont acquitté estimant qu'aucune disposition pénale ne permettait d'incriminer sa conduite : ni la complicité – le prévenu n'ayant pas eu la volonté ni la conscience de s'associer à une infraction principale punissable ; ni les violences ou voies de fait qui supposent un acte positif ; ni la privation de soin ou d'aliments.

victime ait été confié à la charge de l'auteur⁷⁰⁰. Aujourd'hui, ces faits seraient sanctionnés heureusement au titre de l'omission de porter secours à une personne en péril (article 223-6 susvisé), ne nécessitant aucun lien d'autorité entre les protagonistes.

Par ailleurs, se pose la question de la nature de l'infraction de privation de soin. Afin de la déterminer, il convient d'étudier l'élément matériel du délit. Celui-ci est caractérisé par le fait de priver le mineur de soins ou d'aliments, autrement dit de ne pas le nourrir⁷⁰¹, lui prodiguer les soins médicaux⁷⁰² ou hygiéniques⁷⁰³ nécessaires. La privation de soins ou d'aliments est donc, tout d'abord, une infraction d'abstention. En cela, elle se distingue de l'infraction de délaissement de mineur (article 227-1 du code pénal) qui exige un acte positif et définitif d'abandon du mineur⁷⁰⁴. Pourtant, étrangement la jurisprudence aboutit parfois à des conclusions différentes et peu logiques. Ainsi, a été qualifié de privation de soin ou d'aliments, le fait pour une jeune fille d'accoucher dans les toilettes d'une salle de sport dans laquelle elle travaillait en qualité d'animatrice⁷⁰⁵. En réalité, ce comportement correspond davantage à un acte positif et définitif d'abandon au sens de l'article 227-1 du code pénal. En l'occurrence, la mère – qui se savait enceinte – avait veillé à dissimuler sa grossesse à son entourage. Elle avait, de plus, mis du papier dans la bouche du nouveau-né pour qu'il ne crie pas et l'avait consciencieusement recouvert de papier. Ce dernier n'a été découvert que plus tard par des spectateurs venus assister à une rencontre sportive. Ainsi, on le voit, ces éléments marquent nettement la volonté et la conscience d'un abandon irréversible chez l'intéressée.

Toutefois, les juges précisait dans leur motivation que la prévenue, placée dans une situation d'isolement et de « *grande détresse morale* », n'avait jamais souhaité tuer ou faire de mal à l'enfant. Or, un tel raisonnement ne fait point obstacle à la qualification de délaissement de mineur et ne justifie pas davantage celle de privation de soin, puisque ni l'*animus necandi* ni le motif de l'abandon ne sont requis pour constituer les deux

⁷⁰⁰ L'intéressé a également été acquitté en ce que l'infraction de privation ne s'étendait pas aux aliénés mentaux.

⁷⁰¹ Cass. crim. 2 mars 1989, pourvoi n° 88-81. 764, Inédit. Il est possible de relever une privation d'aliments par personne ayant la garde, à l'encontre d'un mineur de 11 onze pesant « *26 kilos pour une taille de 1,32 mètres* ».

⁷⁰² Dijon, ch. corr., 17 juin 1998, n° 98/342. Le concubin de la mère qui ne soigne pas la mineure qui s'est brûlée gravement lors du bain. C'est d'ailleurs à la seule initiative d'amis de la famille que le médecin a été contacté.

⁷⁰³ Caen, ch. des appels correctionnels, 10 juin 2011, n°10/01408. Différents travailleurs sociaux intervenant auprès d'une famille constatent les conditions de vie déplorables dans lesquelles sont élevés les huit enfants d'un couple : « *odeurs nauséabondes, sols, murs, literie souillés d'excréments, une absence totale d'hygiène des enfants (malodorants, vêtements repoussants, apparition de poux, de lésions cutanées)* ».

⁷⁰⁴ V. *supra*, n° 157.

⁷⁰⁵ Douai, ch. corr. 4^{ème}, 2 mai 2007, n° 06/02901.

incriminations. Par ailleurs, les juges relevaient une « *reprise des relations entre la mère et l'enfant* ». Aussi, pouvait-on considérer que l'acte d'abandon n'avait pas été définitif et que par conséquent, la qualification de délaissement n'était pas appropriée ici. Cependant, ce délit est une infraction instantanée : l'acte d'abandon de mineur en un lieu quelconque suffit à consommer celui-ci. Par conséquent, le repentir ultérieur de l'agent ne saurait occulter rétroactivement son comportement délictueux. Enfin, cette préférence pour la qualification de privation de soin présente d'autant moins de justification pratique, en l'espèce, que la répression des deux infractions est la même : sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende⁷⁰⁶.

La privation de soin doit également être différenciée de l'abandon matériel ou moral de famille (article 227-17 du code pénal). En effet, ces deux infractions impliquent une abstention de l'auteur. Mais, alors que la première infraction ne prend en considération que la compromission à la santé du mineur, la deuxième couvre une circonférence d'obligations parentales plus large – c'est-à-dire la santé, l'éducation, la sécurité et la moralité de l'enfant. Cependant, il arrive que ces infractions se retrouvent en concours idéal de qualification lorsque le même fait est incriminé, puisque très proches l'une de l'autre. Il conviendra alors pour le juge de choisir la qualification sanctionnée par la peine la plus importante ; en l'occurrence, la privation de soin ou d'aliments.

Par ailleurs, la privation de soins ou d'aliments devrait constituer une infraction formelle, ne nécessitant pas pour sa constitution l'établissement d'un résultat. Conformément à la volonté initiale du législateur, l'élaboration du texte devait permettre de sanctionner toute mise en péril du mineur. En effet, cette infraction était initialement destinée à prévenir la maltraitance infantile, au sens des rapports de la Commission des lois de l'Assemblée nationale⁷⁰⁷ relatifs à la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes⁷⁰⁸. Ce dessein législatif avait le mérite

⁷⁰⁶ Les juges ont prononcé une peine de quatre ans d'emprisonnement, dont trois avec sursis, ainsi qu'une mise à l'épreuve pendant trois ans et une obligation de soins.

⁷⁰⁷ C. Jolibois, Projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, Rapport n° 295 (1990-1991), fait au nom de la commission des lois, 18 avril 1991, p. 167 [En ligne : http://www.senat.fr/rap/1990-1991/i1990_1991_0295.pdf] : « Ces dispositions sont à rapprocher de celles de la récente loi du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance qui a précisé le droit en vigueur en matière de prévention de l'enfance martyre ».

⁷⁰⁸ Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, *JO* du 23 juillet 1992, p. 9875.

de prévoir un champ d'incrimination plus étendu : le fait de privation seul suffit à engager la responsabilité de la personne ayant autorité sur l'enfant.

Pourtant, le sens premier de la lettre du texte a été considérablement altéré par la jurisprudence. En effet, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003⁷⁰⁹ a créé à l'alinéa 2 de l'article 227-15 du code pénal, une nouvelle infraction de mendicité consistant dans « *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* ». Cet alinéa prévoit que cette exposition de la victime mineure⁷¹⁰ à la mendicité « *constitue notamment une privation de soin* ». C'est dire que l'infraction posée à l'alinéa 2 de l'article 227-15 constitue une forme assimilée de la privation de soin posée à l'alinéa 1^{er}. Ces infractions interdépendantes doivent donc être considérées comme répondant aux mêmes exigences matérielles. Or, s'agissant d'un cas d'exposition d'un garçon âgé de moins de six ans à la mendicité par sa mère, les juges ont estimé que la prévenue devait être relaxée, au motif que « *l'enfant [était] en bonne santé et que la privation de soins n' [avait] pas compromis la santé du mineur* »⁷¹¹. Postérieurement cette jurisprudence a été confirmée par une décision pénale – passée semble-t-il plus inaperçue – concernant cette-fois la privation de soins de six enfants mineurs par leurs parents. En l'espèce, les juges ont précisé expressément que ce « *délit suppose la réunion cumulative d'une privation de soins ou d'aliments d'une part et d'une compromission de la santé d'autre part* »⁷¹². En somme, dans la pratique, l'infraction de privation de soin est bel et bien traitée comme une infraction de résultat et non comme une infraction formelle. Remarquons, d'ailleurs, que plusieurs arguments d'ordre législatif conduisent à la même conclusion. Ainsi, d'une part, l'alinéa 1 de l'article 227-15 précise que l'auteur doit avoir privé l'enfant de soins ou d'aliments « *au point de*

⁷⁰⁹ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO* du 19 mars 2003, p. 4761.

⁷¹⁰ Il semble que le législateur ait souhaité prévoir une sanction pénale plus sévère, s'agissant de l'exploitation de la mendicité des mineurs. En effet, la même loi du 18 mars 2003 a créé une incrimination d'exploitation de la mendicité à l'article 225-12-5 du code pénal, punie moins sévèrement de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Selon ce texte, l'exploitation de la mendicité désigne notamment le fait d'organiser la mendicité d'autrui en vu d'en tirer profit ou de tirer profit de la mendicité d'autrui, d'en partager les bénéfices ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la mendicité.

⁷¹¹ Cass. crim. 12 octobre 2005, pourvoi n° 05-81.191, Bull. crim. n° 259 ; *D.* 2006. 2446, note Maréchal.

⁷¹² Douai, ch. corr. 4, 15 mai 2007, n° 07/00319, Inédit. La solution d'autant plus étonnante que les faits sont graves. Les médecins ont diagnostiqué chez les enfants âgés de sept à deux ans et demi une pédiculose due à la présence de gale et de poux et une carence d'hygiène. Pourtant, le pédiatre ayant relevé un « *bon état nutritionnel et un bon éveil psychomoteur des enfants* », les parents ont été relaxés du chef de privation de soins pour cinq des six enfants. En revanche, leur responsabilité pénale a été retenue pour privation de soin du sixième enfant hospitalisé en raison de « *plaies et de la surinfection liées à une présence de parasites mal soignée* ». Par conséquent, il semblerait que la jurisprudence exige une privation de soin particulièrement grave entraînant un dommage important de la part de l'agent.

compromettre sa santé ». Cette expression laisse supposer une exigence textuelle de résultat implicite. D'autre part, l'hypothèse dans laquelle la privation aurait pour conséquence dommageable le décès de l'enfant a été prévue par le législateur lui-même, à l'article 227-16 du code pénal. Dans un tel cas, l'infraction devient un crime puni d'une peine aggravée de trente ans de réclusion criminelle.

En définitive, l'élaboration de cette infraction laisse un sentiment de sabotage et de contradiction législatifs. En fin de course, elle aboutit à une application peu logique et contre-productive de la loi pénale. En effet, si prendre en compte le résultat dommageable présente un intérêt probatoire évident pour l'établissement de la privation de soin, en revanche subordonner purement et simplement l'existence même de cette privation à la preuve d'un dommage conduit à une protection lacunaire des mineurs victimes. Nous sommes donc bien loin de l'objectif ambitieux que s'étaient fixé les rédacteurs de cette disposition pénale.

Enfin, l'élément intentionnel consiste, lui, dans la conscience et la volonté de l'adulte responsable de priver le mineur de soin ou d'aliments au point de compromettre sa santé. Cette conscience porte sur la connaissance du risque que fait courir à l'enfant cette privation, sans qu'il soit nécessaire que l'auteur ait effectivement souhaité la réalisation du dommage⁷¹³.

160. La provocation à la consommation habituelle et excessive d'alcool. – Aux articles 227-18 à 227-21 du code pénal, figurent d'autres infractions spécifiques à la mise en péril de mineur. Il s'agit d'incriminations de provocation de mineur à commettre des actes illicites ou dangereux. Plusieurs formes de provocation sont alors visées par le nouveau Code pénal⁷¹⁴ : la provocation à l'usage ou au trafic de stupéfiants (article 227-18 et 227-18-1), celle à la consommation habituelle et excessive d'alcool (article 227-19) et enfin celle à la commission d'un crime ou d'un délit (article 227-21). Contrairement au délaissement de mineurs et aux privations de soins précédemment étudiés, les incriminations de provocation protègent tous les mineurs, sans distinction d'âge. En effet, la minorité de quinze ans n'y est pas envisagée comme élément constitutif de l'infraction, mais comme une circonstance aggravante

⁷¹³ A. Gouttenoire et M. C. Guérin, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Rép. pén. Dalloz*, 2015, n°67.

⁷¹⁴ Hormis l'infraction de provocation à l'usage ou au trafic de produits stupéfiants codifiée par la loi n°96-392 du 13 mai 1996, relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale (*JO* du 14 mai 1996, p. 7208), ces infractions ont été créées par la réforme du code pénal de 1994 (Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et de délits contre les personnes, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994).

particulière⁷¹⁵. De plus, en l'absence de précision textuelle, tout individu autre que l'ascendant du mineur peut se rendre auteur de ces faits. Par conséquent, ces infractions n'ont pas de coloration familiale marquée.

Pourtant, elles ne sauraient être exclues de cette étude, précisément parce qu'à défaut d'exclusion textuelle expresse, le parent ou la personne ayant autorité sur l'enfant est potentiellement susceptible de commettre ces actes. Par exemple, a été reconnue pénalement responsable de provocation de mineur à commettre un délit (article 227-21 du code pénal), la mère interpellée avec sa fille mineure de seize ans alors qu'elles commettaient un vol dans un supermarché et qui fait preuve de complaisance à propos de vols commis par cette dernière⁷¹⁶. Ici, seule l'infraction de provocation à la consommation habituelle et excessive d'alcool, qui a trait plus directement que les autres au cadre familial, sera approfondie. Aux termes de l'article 227-19 du code pénal, est pénalement punissable « *le fait de provoquer directement un mineur à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques* ». L'infraction est punie de deux d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Lorsque ce délit aura été perpétré à l'encontre d'un mineur de quinze ans ou moins, la peine sera portée à trois ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende⁷¹⁷.

Ce délit tend, matériellement, à incriminer la provocation d'un mineur à l'ivrognerie. Cette provocation pourrait émaner indifféremment d'un inconnu ou d'un membre de la famille – père ou mère, autres ascendants, oncle ou tante, frère ou sœur, voire un concubin. De la même façon, le texte ne faisant pas référence à un lien d'autorité entre le mineur et l'auteur de l'infraction, il faudrait admettre que même un ami de la famille puisse commettre un tel acte⁷¹⁸. Au surplus, trois conditions sont nécessaires pour caractériser la provocation. Elle doit, tout d'abord, être directe. Cela suppose, selon une formule simplifiée, « *une invitation à*

⁷¹⁵ V. art. 227-18 et s., al. 2 du C. pén.

⁷¹⁶ Pau, ch. corr. 1, 27 mars 1996, n° 239-96, Inédit ; pour des faits similaires, Rouen, ch. corr. 9 mai 2007, n° 06/00778, Inédit (un père de deux garçons mineurs de quinze et dix-sept ans, leurs demandait lorsqu'ils étaient hébergés chez lui, de commettre des vols d'alcool et d'outillage aggravés dans des habitations). Il était reproché à la mère son comportement « *irresponsable* » et « *déviant* » vis-à-vis de sa fille à laquelle elle montrait un mauvais exemple.

⁷¹⁷ De même, l'article 227-29 du code pénal prévoit plusieurs peines complémentaires, au nombre desquelles figure notamment l'interdiction des droits civiques, civils et de famille d'une durée de cinq ans maximum en l'occurrence ; Art. 131-26 du C. pén : le juge des tutelles la faculté de priver l'auteur de son droit d'être tuteur ou curateur de ses propres enfants.

⁷¹⁸ Egalement, pourra se rendre coupable d'une telle infraction un auteur mineur (de dix-sept ans, par exemple) ou jeune majeur qui ferait preuve de persuasion auprès de la victime, l'incitant à s'enivrer.

commettre des actes précis et non une simple allusion aux actes en question »⁷¹⁹. Elle doit ensuite être habituelle et excessive. Ces deux notions sont abstraites et laissent place à une interprétation large. Concernant, le caractère habituel de la consommation, cela signifie que cette dernière ne peut être occasionnelle. Ici, le législateur a souhaité faire échapper à la répression le fait de proposer de l'alcool à un mineur dans le contexte particulier de fêtes de famille⁷²⁰. Dans tous les cas, le caractère habituel de la consommation ne revêt pas ici une définition juridique⁷²¹, sinon une définition factuelle⁷²². Ce raisonnement semble devoir s'étendre au caractère excessif de la consommation, notion de fait, qui sera déterminée au cas par cas.

À la lecture de l'article 227-19 du code pénal, par ailleurs, il faudrait en déduire que ces deux dernières conditions sont cumulatives (« *la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques* »). Aussi, une consommation qui resterait faible ou raisonnable ne suffirait-elle pas à caractériser la provocation, quand bien même elle serait habituelle. Or, cela revient à réduire considérablement l'efficacité de la répression. En effet, une consommation habituelle même non excessive n'en demeure pas moins préjudiciable pour la santé de l'enfant. Inversement, lorsqu'elle n'est qu'occasionnelle, mais en revanche excessive, elle peut nuire gravement à sa sécurité et à terme à sa santé. De sorte que dans les deux hypothèses, la provocation devrait être punissable, pour des raisons criminologiques. Dès lors, il serait préférable que les conditions d'habitude et d'excès soient alternatives et non pas –comme c'est le cas aujourd'hui – additionnelles. Quant à la portée de l'incrimination ensuite, il convient d'appréhender l'indifférence de principe de son résultat et la subordination de sa caractérisation aux dispositions de Code de la santé publique.

En premier lieu, l'infraction de provocation à la consommation de boissons alcoolisées, étant une infraction purement formelle, elle n'impose pas pour sa consommation que soit

⁷¹⁹ Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Paris, Editions CUJAS, 2014, n° 602.

⁷²⁰ F. Archer, « Provocation de mineur à commettre des actes illicites ou dangereux », *J.-Cl. pén.* 2010, fasc. 20, n° 21 *in fine* ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, 7^{ème} éd., Hypercours Dalloz, 2015, n° 671.

⁷²¹ Pour une définition de l'habitude, V. C. Clavier-Rousset, *L'habitude en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011 ; Sur la distinction entre la notion d'« habitude » et de « répétition », V. Y. Mayaud, « La notion de répétition en droit pénal spécial : l'exemple des menaces », *RSC*. 2002. 591 ou Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2015, p. 213, n°174. Selon l'auteur, « la répétition est le résultat de l'insistance, l'habitude le produit de la constance ». En effet, la première ne nécessite pas l'écoulement d'un délai régulier entre les actes commis, contrairement à la deuxième.

⁷²² M.- L., Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, n° 395.

démontrée l'existence d'un résultat dommageable⁷²³. Le simple acte d'inciter à la consommation suffit et il importe peu finalement que l'invitation à s'enivrer ait été ou non suivie d'effet. Néanmoins, il est indéniable qu'à travers la répression de cet acte de provocation, le législateur a souhaité préserver le mineur de toute atteinte à sa santé, sa sécurité, sa morale ou son éducation engendrée par ce comportement. De ce fait, cette infraction présente des similitudes avec celles de l'abandon moral de famille de l'article 227-17 du code pénal et de privation de soin de l'article 227-15 du code pénal. Ainsi, dans le cas où seraient compromises simultanément la santé, l'éducation, la sécurité et la moralité du mineur, les juges seront confrontés à un conflit de qualification. En effet, si l'auteur commet un unique fait portant sur tous les chefs de dommages précités, il conviendra de résoudre le concours idéal de qualifications en retenant la peine la plus sévère. Ici, il s'agirait donc soit de la privation de soin ou d'aliments si seule la santé de l'enfant est en danger, soit de la provocation à la consommation d'alcool le cas échéant⁷²⁴.

Si l'auteur commet plusieurs actes répréhensibles, les trois infractions pourront être retenues par les juges, en fonction de la valeur sociale protégée : la défaillance parentale ayant causé indirectement un dommage à l'enfant ou l'unique atteinte à la santé du mineur.

En second lieu, l'incrimination de l'article 227-19 du code pénal exige pour sa constitution que soient observées des définitions propres au droit de la santé. Ainsi, en vertu de l'article L. 3321-1 du code de la santé publique, les boissons alcooliques se définissent négativement comme toute boisson contenant « *des traces d'alcool supérieures à 1,2 degrés* ».

Intentionnellement, l'auteur doit avoir eu conscience de provoquer le mineur à consommer de l'alcool de manière excessive et habituelle. Cette intention est clairement marquée s'agissant d'un père alcoolique qui laisse ses fils de deux et demi et six ans boire de la bière, en prétextant « *céder aux caprices de ses enfants qui buvaient quand lui-même buvait* »⁷²⁵. Quant aux moyens d'exonération, si l'erreur sur l'âge de la victime peut être admise dans

⁷²³ F. Archer, « Provocation de mineur à commettre des actes illicites ou dangereux », *J.-Cl. pén.* 2010, fasc. 20, n° 5.

⁷²⁴ Dans le cas où l'atteinte porterait sur des dommages autres que celui causé à la santé du mineur, seules deux infractions se trouveraient en concurrence : l'abandon moral de famille et la provocation à la consommation de boissons alcoolisées.

⁷²⁵ Papeete, ch. corr., 16 octobre 1997, n° 05/6509, Inédit. En l'espèce, les deux enfants présentaient un état d'ivresse important et le cadet avait déjà fait un malaise dû à cette consommation excessive.

certaines espèces⁷²⁶, lorsque la provocation émane d'un parent ou d'un membre de la famille, il semble que la preuve de l'ignorance de la minorité de la victime soit moins aisée à rapporter.

⁷²⁶ Nîmes, ch. des appels correctionnels, 10 janvier 2006, n°06/00032, Inédit. La Cour avait retenu l'erreur sur l'âge de la victime s'agissant de l'infraction de provocation de mineur à l'usage illicite de stupéfiants. Cette solution pourrait valablement être étendue à la provocation à la consommation d'alcool. Elle estimait qu'il convenait de relaxer le prévenu ayant consommé de la cocaïne en discothèque, sans qu'il puisse être établi qu'il a directement proposé cette substance aux deux mineures, ni qu'il avait connaissance de leur minorité.

Conclusion du Titre I

161. Un critère de définition de la famille dysfonctionnelle non applicable en droit pénal, la « normalité familiale ». – Parler d'une « normalité familiale » ne relève ni d'une incantation, ni d'une illusion. Progressivement, cette normalité s'est imposée comme un critère de protection et de contrôle des familles par l'État. Cette idée, bien qu'elle puisse paraître dérangeante, a été dégagée en droit interne, à partir du droit de mener une vie familiale normale. D'inspiration européenne, ce droit a d'abord été élevé au rang de principe général de droit par le Conseil d'État, avant de se voir conférer une valeur constitutionnelle. Mais si ce droit est juridiquement opposable, il n'est pas exempt d'ingérences de la part des autorités publiques. Ainsi, qu'il s'agisse du législateur ou du juge, ils délimitent – à travers la lecture qu'ils font de la vie familiale normale, telle qu'admise dans notre société occidentale – les contours d'un concept plus général de normalité familiale. Aussi, soumise à la casuistique juridique, chaque configuration familiale contemporaine se voit comparée à un standard familial souhaitable, fondé sur le double critère de la parenté et de l'alliance.

Pourtant, un tel critère de « normalité familiale » est impropre à fonder, en droit pénal, une définition de la famille dysfonctionnelle. En effet, trop abstrait, d'une part, il ne repose sur aucune certitude scientifique. Trop partial, d'autre part, il a pour effet d'exclure du champ de protection de la loi pénale certaines réalités conjugales et familiales. Enfin, peu fiable, ce critère ne résiste ni au subjectivisme de l'observateur, ni aux évolutions sociales. Aussi, est-il préférable de faire le choix d'apprécier la santé de la famille, au regard d'un critère de fonctionnalité ou de dysfonctionnalité.

162. Un critère de définition retenu, la « dysfonctionnalité familiale ». – La santé d'une famille s'apprécie essentiellement au regard de son aptitude à remplir des fonctions matérielles, symboliques et affectives, vis-à-vis de ses membres. Aussi, la famille dysfonctionnelle – indépendamment de ses formes et compositions – désigne celle qui ne parvient pas à satisfaire efficacement à ces exigences. *De facto*, ce qu'il importe simplement d'observer, c'est la faculté des membres d'une même famille, à vivre ensemble de manière agréable et favorable. Dès lors, définir le dysfonctionnement familial revient à définir, ni plus, ni moins, que les différentes contrariétés au vivre ensemble ou au « vivre en famille ». À ce titre, deux types de contrariétés peuvent être relevés. D'une part, la contrariété au « bon

vivre ensemble », c'est-à-dire les atteintes positives à l'intégrité physique ou psychologique du(des) membre(s) de la famille considéré(s). D'autre part, la contrariété au « bien vivre ensemble », c'est-à-dire les atteintes aux conditions de vie matérielles et morales du(des) membre(s) de la famille considéré(s). Pénalement prises en compte sous des qualifications diverses, ces contrariétés sont polymorphes et peuvent toucher tant les membres du couple, que l'enfant ou l'ascendant.

Titre II - LA PRISE EN CHARGE DU DYSFONCTIONNEMENT FAMILIAL

163. L'apparition du dysfonctionnement familial, un terme à préciser. – Le dysfonctionnement familial n'est pas synonyme de séparation ou d'éclatement de la famille. Ainsi, certaines familles ont pleinement intégré les comportements dysfonctionnels comme faisant partie de leur fonctionnement habituel, mais aussi dans leur conception même du vivre en famille. Le dysfonctionnement est accepté dans la famille comme la composante d'un pacte entre les membres d'un même groupe.

Aussi, comprend-t-on que la première dénonciation des faits de violences intrafamiliales coïncide très rarement au premier passage à l'acte. Dès lors, identifier ce que recouvre le dysfonctionnement familial ne saurait suffire. Encore faut-il, que ce dysfonctionnement reçoive une prise en charge juridique – et en particulier pénale. Pour ce faire, il faut préciser quel est le moment de son apparition, de sa manifestation aux yeux du droit pénal.

Cependant, toutes les formes du dysfonctionnement familial, tel qu'étudié précédemment, ne posent pas de difficultés s'agissant du moment de leur apparition. En effet, la nécessité de faire apparaître l'existence d'un fait ne se comprend que dans l'hypothèse d'une dissimulation. Ainsi, il est certains comportements familiaux – tels que l'abandon ou la non-représentation d'enfant – qui, de par leur nature, seront moins sujets à dissimulation que d'autres. Notre étude portera donc essentiellement, ici, sur les différentes violences et carences familiales⁷²⁷ dites sensibles. De plus, cette apparition du dysfonctionnement – dans le cadre de cette étude – ne peut se limiter à la simple constatation d'une pratique sociale. À travers l'idée d'apparition, nous visons le moment de la révélation du dysfonctionnement aux yeux des différents acteurs de droit pénal (**Chapitre I**). Ce n'est que postérieurement à cette étape que pourront être envisagées les modalités de traitement de la famille dysfonctionnelle (**Chapitre II**).

⁷²⁷ Il s'agira notamment des privations de soins de particulière gravité, des provocations de mineurs à commettre des actes répréhensibles.

Chapitre I. La révélation du dysfonctionnement familial

164. La révélation et la reconnaissance juridique du dysfonctionnement familial, deux réalités à dissocier. – La connaissance du dysfonctionnement familial par les instances publiques, n'implique pas nécessairement que ce dernier produise des effets juridiques, en particulier répressifs. Il est indispensable pour cela qu'il représente aux yeux des autorités normatives, un trouble à l'ordre social suffisamment grave pour emporter une réponse pénale.

Par conséquent, deux moments clés doivent être abordés. D'une part, il s'agit de la dénonciation du dysfonctionnement familial (**Section I**), acte nécessaire à la révélation dudit dysfonctionnement. D'autre part, la poursuite et la condamnation dudit dysfonctionnement dépendra du choix des autorités publiques de le considérer comme digne d'un traitement pénal (**Section II**). C'est ainsi, par cette opération de qualification pénale, que le simple trouble familial devient un trouble à l'ordre public punissable.

Section I. La dénonciation du dysfonctionnement familial

165. L'acte de dénonciation. – La dénonciation, telle qu'employée ici, doit être entendue dans son sens le plus large. Il s'agit simplement de « *l'acte par lequel une personne quelconque informe les autorités de la commission d'une infraction* »⁷²⁸. Ainsi, incluons-nous sous cette notion générale, à la fois l'acte de dénonciation *stricto sensu*, la plainte et le signalement. La dénonciation, peu importe la forme qu'elle prend, joue un rôle primordial dans la découverte, mais aussi dans la poursuite des infractions commises. En effet, classiquement, la révélation du délit suppose qu'il réponde à un critère d'extranéité ; soit qu'il sera facilement constatable par les services de police (en cas de flagrance par exemple), soit qu'il puisse être porté à la connaissance de ces services par la victime ou par un tiers. Or, commis dans le contexte spécifique de la famille, le délit ne sera pas immédiatement apparent, car dissimulé. Dès lors, de manière paradoxale, bien qu'il fasse rarement l'objet d'une dénonciation, cette dénonciation demeure la seule voie de révélation du dysfonctionnement. Et c'est bien là que réside la complexité de la criminalité domestique : tout le système répressif déployé autour de son élucidation, de son évaluation statistique, de sa poursuite et

⁷²⁸ B. Bouloc, *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Précis Dalloz, 2015, p. 390, n° 396.

finalement de sa répression, dépend uniquement du bon vouloir de la victime à dénoncer les faits ...

166. Les plaintes et dénonciations *stricto sensu*. – La plainte et la dénonciation présentent une différence essentielle. Alors que la dénonciation à proprement parler désigne le fait pour une personne autre que la victime de porter l'infraction à la connaissance des officiers de police ou des acteurs de la justice ; la plainte, elle, relève de l'initiative de la victime elle-même.

En vertu de l'article 17 du code de procédure pénale, c'est aux officiers de police judiciaire qu'il revient de recevoir les différentes plaintes et dénonciations qui leur sont rapportées. Précisons qu'en principe, la police judiciaire a obligation de recevoir toutes les plaintes déposées par les victimes d'infractions à la loi pénale, et de les transmettre au service de police judiciaire compétent (article 15-3, alinéa 1 du code de procédure pénale). C'est à partir de ces premières informations, que les autorités de police pourront mener les investigations nécessaires, avant toute transmission au Procureur de la République des résultats de leurs compte-rendus d'enquête (article 19 du code de procédure pénale). Selon l'article 40 alinéa 1 du code de procédure pénale, il incombe à ce dernier d'apprécier la suite à donner aux dénonciations et plaintes reçues⁷²⁹.

167. La particularité de la dénonciation en cas de dysfonctionnements familiaux. – Toutefois, dans le contexte de dysfonctionnements familiaux, la dénonciation des faits et comportements contraires à la loi pénale est bien plus complexe. Ainsi, parce qu'ils sont commis dans le secret des alcôves, peu de ces faits sont effectivement rapportés aux autorités, alors que dans le même temps, ils sont massivement réitérés par leurs auteurs⁷³⁰. Par conséquent, il faut être conscient des écueils liés à la dénonciation de cette criminalité particulière (§1) et déterminer les acteurs concrets de cette dénonciation (§2).

§1 - Les écueils liés à la dénonciation des dysfonctionnements familiaux

⁷²⁹ V. *infra*, n° 117.

⁷³⁰ R. Cario, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 4^e éd., L'Harmattan, 2012, p. 99 sq.

168. La question de la dénonciation du dysfonctionnement familial pose plusieurs difficultés propres à la criminalité intrafamiliale. Parmi ces difficultés deux, en particulier, doivent être relevées. Premièrement, cette criminalité familiale est difficilement quantifiable (A). Deuxièmement, la preuve de cette criminalité est difficile à rapporter (B).

A. Un dysfonctionnement familial difficilement quantifiable

169. La criminalité apparente et le chiffre noir de la délinquance. – Qu’il s’agisse d’une criminalité globale ou de formes de criminalité plus spécifiques, de manière générale, il est quasi impossible de rendre compte de la criminalité réellement commise sur un territoire donné. En effet, les méthodes criminologiques, sociologiques ou démographiques actuelles, bien qu’elles parviennent de mieux en mieux à tracer les caractéristiques, localisations et facettes du phénomène criminel, ne peuvent en saisir que la dimension visible. Aussi, admet-on qu’« *une large partie de la criminalité réelle échappe aux observations scientifiques* »⁷³¹. Ce décalage entre la criminalité apparente et la criminalité réelle est communément appelé « chiffre noir » de la délinquance.

170. La spécificité familiale. – La délinquance n’est pas constitutive d’un fait indivisible. La mesurer suppose de pouvoir la subdiviser en plusieurs infractions identifiables et effectivement incriminées⁷³². Mais, dès lors qu’il est question d’appréhender chaque infraction composante d’une unité de grandeur plus générale qu’est la délinquance, certaines difficultés se posent. En effet, pour une même infraction pénale, il existe de multiples formes de criminalités. Ainsi, le meurtre de masse n’est assimilable ni au meurtre en série⁷³³, ni à l’homicide passionnel⁷³⁴. Or, chaque forme de criminalités possède ses caractéristiques propres, de même que les auteurs et victimes de ces criminalités possèdent des profils criminologiques authentiques. Ainsi, par exemple, la mère meurtrière n’est pas le tueur en série ; simplement parce que ces deux criminels ne sont pas animés par les mêmes motivations. En effet, le tueur sériel vit le meurtre comme le moyen de laisser libre cours à

⁷³¹ G. Stefani, G. Levasseur et R. Jambu-Merlin, *Criminologie et science pénitentiaire*, 2^{ème} éd., Précis Dalloz, 1970, p. 52, n° 53.

⁷³² A. Bauer, C. Risk et C. Soulez, *Statistiques criminelles et enquêtes de victimation*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2011, p. 105.

⁷³³ Bien qu’il en soit proche ; V. pour plus de précisions, G. Bousquet, *Contribution à une étude juridique du meurtre en série*, Thèse de doctorat, Université Montpellier, 2011, p. 62 sq.

⁷³⁴ V. *supra*, n°154 et s.

ses pulsions et tensions sexuelles sadiques. Les crimes répétés sont légitimés par une quête renouvelée de l'intensité d'un fantasme éphémère, jamais réellement atteint⁷³⁵. *A contrario*, bien que l'acte de tuer puisse être répété par la mère à chaque nouvelle grossesse⁷³⁶ – ou commis en un même trait de temps sur plusieurs de ses enfants⁷³⁷, son comportement est souvent justifié par un sentiment altruiste ou d'empathie⁷³⁸. L'infanticide précède d'ailleurs, dans la majorité des cas, le suicide réussi ou tenté de la mère ; « *elle l'emporte, considérant qu'il ne pourra pas vivre sans elle* »⁷³⁹.

Enfin, parmi les différentes formes de délinquance relevées, il en existe certaines qui demeurent plus difficiles à mesurer que d'autres. C'est notamment le cas, de criminalités qui touchent profondément à l'intimité des victimes et de leurs proches, dès lors moins enclins à les dénoncer. De ce fait, la délinquance intrafamiliale, de par sa nature, apparaît en partie insaisissable. Trois raisons complémentaires et essentielles peuvent expliquer cela ; la première tient au huis clos familial (1), la deuxième au faible taux de dénonciations de ces comportements familiaux répétés en toute impunité (2), et la troisième au caractère lacunaire des statistiques recueillies (3).

1) Le huis clos familial

171. Le lieu de commission des violences intrafamiliales. – Même en l'absence de toute violence, la vie en famille est marquée par une exigence – verbalisée ou diffuse – de

⁷³⁵ G. Bousquet, *op. cit.*, p. 52.

⁷³⁶ L' « affaire des bébés congelés » est sûrement l'une de celles qui fut le plus médiatisée, tant elle a pu créer l'effroi au sein de l'opinion publique. Cette femme, d'ores et déjà mère de deux garçons, a été reconnue coupable, le 18 juin 2009, du triple infanticide de ses nouveau-nés. Deux d'entre eux seront découverts par son époux entreposés dans le congélateur, alors que le couple résidait à Séoul ; V. S. Des Deserts, « L'affaire des bébés congelés : “Je ne pouvais pas l'abandonner” », *Le Nouvel Observateur*, 30 juillet 2013.

⁷³⁷ Geneviève Lhermite, était mère de cinq enfants âgée de six à quatorze ans. Exaspérée par son quotidien, elle évoque certaines violences conjugales, mais surtout une cohabitation oppressante avec l'homme qui était considéré comme le bienfaiteur de la famille et le père affectif de son conjoint. L'intéressée est reconnue souffrante d'un état de dépression grave, par les experts judiciaires. Elle a d'ailleurs écrit, avant la commission des faits, une lettre à son psychiatre traitant lui confiant qu'elle avait des idées suicidaires et qu'elle comptait « *prendre ses enfants avec elle puisqu'il n'y avait plus d'avenir* ». Dans l'après-midi du 28 février 2007, elle égorgera ses cinq enfants, l'un à la suite de l'autre, avant de tenter de se donner la mort, en vain ; P. Avril, « L'infanticide : l'expertise psychiatrique fait débat », *Le Figaro*, 18 décembre 2008.

⁷³⁸ Laurence Naït-Kaoudjt, mère d'une fille Méline, alors âgée de huit ans et gravement handicapée, l'a étranglée à l'aide d'une écharpe en 2010, avant de tenter de se suicider. Selon la mère, elle aurait eu avec sa fille, une « relation fusionnelle » et aurait agit par amour. Au moment de l'acte, elle aurait proféré ces mots : « Seigneur, prenez ma fille », V. S. Durand-Souffland, « Actes d'amour ou meurtre : l'émouvant procès d'une mère qui a tué sa fille handicapée », *Le Figaro*, 15 septembre 2015.

⁷³⁹ Propos de R. Coutanceau, V. L. Quillet, « Pourquoi les tueurs en série sont presque toujours des hommes », *Le Figaro*, 6 janvier 2015.

discrétion. Ce qui relève de l'intimité ne s'expose pas sur la place publique. Le foyer est vécu comme le lieu où se partage le meilleur comme le pire. *A fortiori*, lorsque règne au sein d'une famille une atmosphère d'insécurité, que certains membres du groupe exercent sur les autres une contrainte, une domination et une emprise de tous les instants, il est logique que s'intensifie l'omerta familiale. En effet, les sentiments de peur et de honte musellent les victimes.

Par ailleurs, le domicile familial est le lieu privilégié des violences puisqu'il est propice à une proximité, voire une promiscuité entre les membres du groupe. De cette manière, l'auteur du comportement répréhensible bénéficie de la dissimulation tangible que constitue le foyer. En effet, ce dernier le protège des regards indiscrets ou des immixtions extérieures. Dès lors, selon une étude de l'Insee, « *le caractère souvent intime de ces violences peut expliquer la résignation de ces victimes, qui peuvent penser que rien d'extérieur ne parviendra à changer leur situation personnelle* »⁷⁴⁰.

Aussi, la criminalité familiale est plus difficilement appréhendable, puisque moins visible. Par conséquent, le recueil de données complètes sur la réalité de ce phénomène criminel devient délicat, voire impossible.

172. La méthode d'intrusion du tiers dans le huis clos familial. – L'appréhension de la délinquance intrafamiliale tient également à la personnalité de l'observateur. Ce tiers observateur pourra être un proche de la victime, essayant de lui venir en aide. Il pourra encore s'agir d'un professionnel amené à intervenir auprès de la cellule familiale, en vue d'une expertise psychiatrique ou médicale, d'une enquête de victimation, de la poursuite des infractions, ou de l'accompagnement de la victime.

Or, au sein d'une famille dysfonctionnelle, il devient délicat de mettre l'individu victime suffisamment en confiance pour l'amener à se livrer sur la réalité de son calvaire. Parfois, même, il arrive que l'intrusion dans l'intimité de l'individu soit si maladroite, voire agressive, qu'elle crée un effet contre-productif ; à savoir un recroquevillement de la victime, ou pire une mise en danger de cette dernière. Aussi, comprend-t-on que la méthodologie dans l'approche de la victime est primordiale. Celle-ci ne s'improvise pas et demande au préalable

⁷⁴⁰ L. Tournyol du Clos et T. Le Jeannic, « Les violences faites aux femmes », *Insee Première*, n°1180, 2008, p. 3 (en ligne) : <http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1180/ip1180.pdf>

une certaine sensibilisation ou une formation du tiers, à la particularité de la violence intrafamiliale.

Ainsi, par exemple, la bonne réalisation de l'enquête « Cadre de vie et sécurité » (CVS)⁷⁴¹ a exigé, de la part des enquêteurs, une certaine discrétion dans l'approche du ménage dysfonctionnel, notamment s'agissant du protocole de collecte des informations. En effet, alors que les entretiens enquêteurs-enquêtés étaient majoritairement menés en face-à-face, en présence de violences dites sensibles (violences sexuelles, physiques, menaces), ces entretiens prenaient la forme de questionnaires individuels auto-administrés. Ce système permettait de garantir à la victime une véritable confidentialité. Elle répondait sur un micro-ordinateur aux questions de l'enquêteur qui lui étaient posées via un casque audio. L'enquêteur avait, de plus, pour directive de tout mettre en œuvre pour isoler l'enquêté, à moins que cela ne crée des tensions palpables au sein du ménage et n'expose l'intéressé à un risque de représailles⁷⁴².

2) Le faible taux de dénonciation

173. Quelques chiffres. – La sphère familiale de l'individu reste l'espace où il subit le plus de violences. Pourtant, paradoxalement, le taux de révélation de ces violences demeure le plus faible. Ainsi, les données du Ministère de l'intérieur établissent, que 43% des violences infligées dans l'espace public font l'objet d'un signalement, contre 8% seulement s'agissant des violences conjugales⁷⁴³. De plus, on estime encore aujourd'hui que neuf auteurs pédophiles sur dix, ayant échappé à toute condamnation, sévissent au sein de leur famille⁷⁴⁴. Une étude réalisée au Centre national d'observation des prisons de Fresnes⁷⁴⁵ a d'ailleurs pu démontrer, dès les années 1990, que dans la majorité des cas, les pères incestueux n'avaient

⁷⁴¹ V. *supra*, n° 92.

⁷⁴² M. Duée, L. Jaluzot et S. Picard, « La victimation : un sujet sensible qui nécessite des approches supplémentaires », *Economie et Statistiques*, n° 448-449, 2011, p. 85 (en ligne) : http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/ES448D.pdf.

⁷⁴³ De plus, 32% des violences perpétrées dans le milieu professionnel font l'objet d'une révélation. V. D. Bousquet et G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport d'information n°1799 au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention, Assemblée nationale, 7 juillet 2009, p. 33 (en ligne) : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1799-t1.asp>.

⁷⁴⁴ M.-C. Sordino (dir.), *Droit pénal et criminologie : entre guerre et paix ?*, Colloque, Intervention de Mathieu Lacambre, psychiatre, UMR 5815 « Dynamiques du Droit », Université de Montpellier, 19 juin 2015.

⁷⁴⁵ Roland Coutanceau a contribué à cette étude menée au Centre national d'observation des prisons (CNO) de Fresnes. Il en retrace les principaux résultats, V. R. Coutanceau, « Dangerosité criminologique et prévention de la récidive : évaluer la dangerosité sans stigmatiser l'homme », *L'information psychiatrique*, n° 8, vol. 88, 2012, p. 641-646.

aucun antécédent judiciaire (90%). Seuls 5% avaient des antécédents pour des atteintes à la personne, et 5% autres présentaient des antécédents de violences sexuelles sur le même enfant ou un autre enfant de la famille. Ces chiffres sont intéressants, puisque s'ils mettent en évidence un taux de récidive particulièrement bas des faits incestueux post-incarcération (5%). En revanche, ils donnent à déplorer un faible taux d'élucidation de ces infractions qui se réitèrent sans cesse dans l'intimité familiale, sans jamais faire l'objet d'une révélation ou d'une condamnation.

Par ailleurs, on admet aujourd'hui que le nombre réel d'infanticides ou de néonaticides commis sur le territoire national demeure largement sous-évalué⁷⁴⁶. En effet, on estime qu'« entre un cinquième et un quart des décès [d'enfant] avant un an » sont imputables à des causes non spécifiées ou inconnues⁷⁴⁷, comme la mort subite du nourrisson. Or, dans de tels cas, l'autopsie n'est pas systématiquement pratiquée. De plus, il arrive que certains enfants, nés sur le territoire de la République, n'aient aucune existence sociale et administrative. Leur naissance et leurs conditions de vie ne seront alors révélées qu'au jour de leur mort tragique. Ce fut le cas d'Adélaïde, cette fillette de quinze mois noyée par sa mère, Fabienne Kabou, en novembre 2013, à Berck-sur-mer. Ses grands-parents n'avaient aucune connaissance de l'existence de l'enfant, et cette dernière n'avait aucun état civil. Dès le jour de sa naissance, elle a vécu recluse avec sa mère et son père (qui se désintéressait de son sort), dans l'atelier de ce dernier. Ce lieu ne contenait aucun aménagement propice à l'accueil d'un nouveau-né. La mère de la victime avouera avoir subi deux avortements avant la naissance d'Adélaïde et que cette dernière grossesse n'était pas davantage désirée⁷⁴⁸.

174. Une démarche de dénonciation souvent malaisée. – Il est très rare que l'initiative de la dénonciation soit aussitôt consécutive au premier acte de violence. En effet, les liens familiaux et affectifs qui unissent la victime à son bourreau rendent cette démarche délicate. La victime, qu'il s'agisse d'ailleurs du conjoint ou de l'enfant victime, aura souvent le sentiment de trahir l'être aimé – époux ou parent abusif. En effet, le processus d'emprise, détaillé plus haut⁷⁴⁹ contribue à créer chez l'individu dominé une loyauté et un sentiment d'empathie à l'égard de l'auteur, qui déconcertent souvent l'entourage de la victime et

⁷⁴⁶ C. Helfter, « Maltraitance envers les enfants : un drame largement sous-estimé », *Informations sociales. L'enfant au cœur des politiques sociales*, n° 160, 2010, p. 123.

⁷⁴⁷ C. Helfter, « Maltraitance envers les enfants : un drame largement sous-estimé », *op. cit.*, p. 123.

⁷⁴⁸ A. Sarrot, « Procès de Fabienne Kabou : la naissance d'Adélaïde a été "un moment d'émerveillement" », *Metronews*, 21 juin 2016.

⁷⁴⁹ V. *infra*, n° 109.

l'opinion publique. De surcroît, la dénonciation des violences est surtout douloureuse en raison de la crainte ressentie vis-à-vis de l'agresseur, et surtout la honte et la culpabilité éprouvées par les victimes de ces violences.

Au surplus, la pratique associative de l'aide aux victimes met en évidence une forme de scepticisme des victimes vis-à-vis de l'efficacité des autorités publiques à apporter une véritable issue à leurs souffrances. Ainsi, 39,4% des victimes de violences physiques dans le ménage estiment l'action des services de police peu ou pas efficace, selon une étude de l'Insee⁷⁵⁰. De même, fréquemment, les victimes se plaignent du comportement des officiers de police lors du dépôt de plainte, de la qualité de l'accueil et de l'écoute accordés⁷⁵¹. De même, lors de la conduite des différents entretiens victimes au Bureau de l'aide aux victimes du Tribunal de grande instance de Montpellier, nous avons pu constater de prime abord, une réticence des femmes victimes de violences conjugales à s'en remettre aux structures de prise en charge des victimes, vécues comme une intrusion dans leur intimité. Cette réaction est notamment due au fait que ces femmes refusent d'être traitées en victimes, statut ayant à leurs yeux une connotation profondément négative⁷⁵².

Par ailleurs, pour le tiers extérieur à la cellule familiale (proche, voisin ou professionnel), ayant connaissance de la situation de violences, l'acte de signalement n'est pas non plus chose facile. Premièrement, il existe dans la société française – certainement pour des raisons culturelles – une réprobation de la délation. Souvent, l'inaction des témoins directs ou indirects des violences s'explique par un excès de pudeur ou par une peur de représailles.

De plus, dans certains cas, la « connaissance » des mauvais traitements infligés au sein de la famille se limitera à de simples soupçons. *De facto*, la passivité du tiers peut résider dans la crainte de se tromper sur la réalité des violences familiales et de mettre en péril la paix et la cohésion d'un foyer. Prenons l'exemple de l'enseignant qui pense déceler chez un de ses élèves des signes de mauvais traitements. C'est le cas de Sarah, enseignante en école

⁷⁵⁰ L. Tournyol du Clos et T. Le Jeannic, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁵¹ A. Fraud, juriste de l'association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis le 9 octobre 2016, Montpellier.

⁷⁵² Entretien victime, Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Montpellier, 25 avril 2016. Lorsque que Catherine se présente au Bureau d'aide aux victimes, elle semble faire preuve d'une sorte de détachement et de défiance vis-à-vis des conseils de la juriste de l'association d'aide aux victimes. À la question « *Acceptez-vous votre statut de victime ?* », elle répondra « *C'est difficile à accepter. Surtout quand on va à la médecine légale, on nous regarde comme une femme battue. C'est difficile tout ça* ». Elle avouera alors : « *Ma mère a vécu ça et j'ai l'impression de revivre ce qu'elle a vécu. Donc je préfère m'éloigner de tout ça ...* ».

primaire, en Guadeloupe⁷⁵³, qui relate les récits préoccupants d'une élève souffrant d'un retard psychomoteur et élevée par son père. L'enfant évoque régulièrement des scènes de proximité excessive avec son père. Pour autant, elle nous avoue en ces termes : « *Quand bien même j'aurais certains soupçons, je semble être la seule de mes collègues à être interpellée par ces comportements. En parler à mon directeur d'établissement reviendrait à engager une procédure de signalement dans laquelle mon identité serait révélée. Dans le cas où le parent le saurait je serais directement exposée, d'autant plus qu'il n'y a aucun référent, psychologue scolaire ou assistante sociale, ayant un bureau sur place et pouvant jouer le rôle d'intermédiaire entre le parent et l'enseignant* »⁷⁵⁴.

Par ailleurs, cette précaution dans la dénonciation peut se comprendre eu égard aux risques de poursuites pénales pour cause de dénonciation calomnieuse, auxquelles s'expose l'auteur du signalement.

175. L'effet dissuasif du délit de dénonciation calomnieuse. – L'article 226-10 du code pénal incrimine le délit de dénonciation calomnieuse. Ce fait est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Matériellement, l'acte de dénonciation doit remplir deux conditions. Il doit, d'une part, avoir été spontané ; c'est-à-dire réalisé par tout moyen direct de dénonciation mettant en cause une personne déterminée⁷⁵⁵. Il doit, d'autre part, avoir exposé le mis en cause à des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires. Or, pèse sur cet élément matériel, une présomption irréfragable, en vertu de laquelle la fausseté du fait dénoncé résulte « *nécessairement* » de la décision, devenue définitive – qu'il s'agisse d'un acquittement, d'un non-lieu ou d'une relaxe (alinéa 2 de l'article 226-10 du dudit code). Par conséquent, le simple prononcé d'une de ces décisions suffit à lier le juge pénal quant à la répression du délit de dénonciation calomnieuse⁷⁵⁶.

Néanmoins, le juge retrouve sa liberté d'interprétation s'agissant de l'élément moral de l'infraction. En effet, intentionnellement, l'auteur doit avoir eu connaissance de la fausseté du fait reproché au jour de sa dénonciation⁷⁵⁷. Mais, de surcroît, les juges doivent apprécier

⁷⁵³ Pour des raisons de confidentialité, l'identité de l'auteur de ce témoignage ne sera pas renseignée.

⁷⁵⁴ Témoignage spontané d'une enseignante d'école primaire, Guadeloupe, le 3 juin 2015.

⁷⁵⁵ C'est le cas, par exemple de la plainte avec constitution de partie civile directement dirigée contre une personne identifiée.

⁷⁵⁶ Le classement sans suite ne peut plus fonder les poursuites pour dénonciation calomnieuse, depuis la réforme du nouveau Code pénal de 1994, V. anc. art. 373 du C. pén.

⁷⁵⁷ Cass. crim., 17 février 2009, pourvoi n° 08-85308, Inédit ; *Dr. pén.* 2009, comm. 76, obs. M. Véron.

souverainement si l'auteur de la dénonciation était ou non de mauvaise foi⁷⁵⁸. Également, l'alinéa 3 du texte précise que, dans tous les cas, les juges apprécient la pertinence des accusations portées par le dénonciateur.

Toutefois, pour certaines infractions ou contextes de dénonciations spontanées, l'intentionnalité des faits peut découler de leur matérialité. C'est le cas, premièrement, des violences sexuelles imposées à la victime par un conjoint, un parent ou tout autre membre de la famille. En effet, le dénonciateur de faits de viol peut difficilement se prévaloir d'une erreur d'appréciation quant à la qualification des faits, à partir du moment où ces derniers supposent un acte matériel tangible de pénétration⁷⁵⁹. Dès lors, la mauvaise foi de l'intéressé pourra être considérée comme découlant de la simple fausseté de la dénonciation et sera soumise au prononcé de la décision d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu.

Mais ce peut être le cas, deuxièmement, de la mère victime des violences de son ex-conjoint ou concubin, qui soupçonnerait ce dernier d'abuser de l'enfant au cours des périodes de visite ou d'hébergement chez le père. Ces situations de coparentalité, conflictuelles voire violentes post-rupture, sont complexes à dénouées tant le contexte et les antécédents familiaux et conjugaux sont lourds. Le parent ayant obtenu la garde de l'enfant – dans la majorité des cas, il s'agira de la mère – sera soupçonné de vouloir spolier l'autre parent de son autorité parentale ; et vice-versa. Ainsi, les soupçons d'aliénation parentale dont est victime l'enfant par un de ses parents peuvent conduire les juges pénaux à remettre d'emblée en question la bonne foi du dénonciateur⁷⁶⁰.

En somme, l'effet dissuasif de cette qualification pénale est évident compte tenu du frein à la révélation d'éventuelles violences intrafamiliales, qu'elle représente.

En vue de pallier ce constat – et sous la pression exercée par de nombreuses associations d'aides aux femmes victimes d'infractions pénales⁷⁶¹ – la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010

⁷⁵⁸ Cass. crim., 25 mars 2003, pourvoi, Bull. crim. n° 75 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 84, obs. M. Véron. Selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, « *si en cas de décision définitive d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée, les juges ne peuvent pas apprécier la pertinence des accusations portées, ils restent néanmoins tenus de motiver leur décision au regard de l'existence de la mauvaise foi chez le dénonciateur* ».

⁷⁵⁹ Une telle confusion se comprendrait mieux s'agissant d'infractions sexuelles telles que les agressions autres que le viol ou le harcèlement. En effet, l'appréciation par la victime du caractère sexuel de l'acte peut varier d'une personne à une autre.

⁷⁶⁰ Sur le syndrome d'aliénation parentale (SAP) particulièrement controversé, V. not. G. Lopez, « Analyse éthique du syndrome d'aliénation parentale (SAP) ou aliénation parentale (AP) », *AJ. Fam.* 2013. 283.

⁷⁶¹ G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport n°1799 au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, p. 168.

relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples est venue modifier légèrement le texte de l'article 226-10 du code pénal. En effet, l'ancienne rédaction de l'alinéa 2 de cette disposition prévoyait que la fausseté du fait dénoncé découle nécessairement de la décision d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu, « *déclarant que le fait n'a pas été établi* ». Cela impliquait qu'à compter du moment où une de ces décisions était rendue, pour cause d'insuffisance de preuves⁷⁶², la fausseté de la dénonciation était présumée et les poursuites engagées. Dorénavant, la formule litigieuse est remplacée par la suivante : « *la décision d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu, déclarant que le fait n'a pas été commis* ». De ce fait, le législateur a entendu réduire le champ d'application des décisions susceptibles de fonder la répression du délit de dénonciation calomnieuse.

3) Le caractère lacunaire des données statistiques recueillies

176. Les données statistiques à l'épreuve de la fiabilité et de l'efficacité. – Il est à constater une considérable intensification de la production statistique au cours des dernières années. Celle-ci joue, en effet, un rôle déterminant dans l'activité des administrations et instances chargées de « *l'analyse des problèmes et la définition des solutions pour y répondre* »⁷⁶³. Pourtant, chaque année, les statistiques délivrées par les Ministères de l'Intérieur et de la Justice font l'objet de vives critiques sur la base d'un défaut de fiabilité et de transparence, tant de la part des criminologues que de l'opinion publique. D'une part, ce reproche leur est fait s'agissant de leur caractère parcellaire. Il est vrai, en effet, que les statistiques ne permettent pas d'évaluer la criminalité réelle, mais seulement de l'approcher. Ainsi, elles ne dévoilent en réalité que la criminalité apparente – c'est-à-dire les faits répréhensibles constatés par les forces de police, et la criminalité légale – à savoir les condamnations effectivement prononcées par les juridictions pénales⁷⁶⁴. De plus, en raison de l'« écrémage », aux différents maillons de la chaîne pénale, de faits délictueux ne faisant l'objet d'aucune réponse pénale, il semble que la production judiciaire des statistiques soit moins fiable que la policière. D'autre part, le grief de l'absence de fiabilité des statistiques est

⁷⁶² Il s'agit ici du non-lieu pour insuffisance de preuve (durant la phase d'instruction) et de l'acquittement ou la relaxe pour bénéfice du doute (durant la phase de jugement).

⁷⁶³ V. Gautron, « L'évaluation de la politique criminelle : des avancées en trompe-l'œil ? », *Arch. Po. Crim.*, n° 30, 2008, p. 206.

⁷⁶⁴ H. Matsopoulou, « Quelques réflexions sur la place des statistiques dans la politique pénale », in *Politiques criminelles. Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, 2014, p. 235.

formulé quant à leur instrumentalisation politique au service d'un discours sécuritaire⁷⁶⁵. Cette décrédibilisation n'est d'ailleurs pas nouvelle. Elle concernait déjà dès 1991, les données générées par l'Institut des hautes études de sécurité Intérieure (INHESI)⁷⁶⁶ auquel on reprochait fréquemment son alliance au ministère de l'Intérieur⁷⁶⁷. À l'heure actuelle – l'« État 4001 » – outil d'analyse statistique dont se sont dotés la police judiciaire et la gendarmerie dès 1972, répertorie en principe (sous cent sept index) tous les faits délictueux enregistrés par ces services. Or, outre l'incomplétude de ces données limitées aux seuls faits portés à la connaissance de l'administration policière⁷⁶⁸ par plainte⁷⁶⁹, il est possible de déplorer leur versatilité interprétative. En effet, leur recueil peut être faussé par les directions hiérarchiques reçues par les commissariats et gendarmeries dès la constatation des infractions commises⁷⁷⁰. Mais, surtout, parce que ces statistiques sont représentatives de l'activité d'un service donné, il n'est pas impossible de soupçonner une manipulation et un défaut de sincérité dans l'établissement de ces chiffres par les agents⁷⁷¹.

Dès lors, nous le voyons, qu'il s'agisse des statistiques policières ou judiciaires, elles ne semblent pas des plus efficaces pour aider à une révélation fiable de la délinquance domestique, d'autant plus que celle-ci est dissimulée. Toutefois, nous devons convenir de progrès certains dans la recherche de nouveaux outils d'évaluation de la délinquance. Citons par exemple le recours, de plus en plus fréquent, des administrations gouvernementales à l'INSEE des enquêtes de victimation, depuis une dizaine d'années. Il s'agit actuellement de l'outil de mesure le plus complet en matière d'évaluation de la délinquance, intrafamiliale y compris. Ainsi, par exemple, les indicateurs variés de l'INSEE permettent de mener une

⁷⁶⁵ R. Gassin, S. Cimamonti et P. Bonfils, *Criminologie*, 7^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2011, p. 148, n°164 ; H. Matsopoulou, « Quelques réflexions sur la place des statistiques dans la politique pénale », *op. cit.*, p. 235.

⁷⁶⁶ Cet Institut a été remplacé en 2004 par l'Institut national des hautes études de sécurité (INHES), puis en 2008 par l'actuel l'Institut national des hautes études de sécurité et de la Justice (INHESJ).

⁷⁶⁷ V. Gautron, *op. cit.*, p. 203. L'auteur parle d'une « tutelle ministérielle ».

⁷⁶⁸ À l'exclusion des autres administrations douanières ou fiscales par exemple.

⁷⁶⁹ Une autre difficulté se pose dès lors. Le lieu étant pris en compte dans cet outil étant le lieu de dépôt de plainte et non pas celui de commission de l'infraction, il est impossible de donner une idée fiable de la physionomie géographique de la délinquance.

⁷⁷⁰ Sénat, *Le projet de loi de finances pour 2012 adopté par l'Assemblée Nationale*, Avis n°112, fait par E. Assassi, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, enregistré à la Présidence du Sénat le 17 novembre 2011, p. 15.

⁷⁷¹ C. Caresche et R. Pandraud, *Sur la création d'un Observatoire de la délinquance*, La Documentation Française, Coll. des Rapports officiels, Janvier 2002, p. 13 (en ligne) : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/024000053.pdf>.

analyse en perspective du crime au sein d'un contexte social et économique particulier⁷⁷². De plus, l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP) adopte une « *une approche multisources* »⁷⁷³ de la délinquance, débordant le simple cadre des plaintes enregistrées par les services de police et de gendarmerie, et les juridictions répressives.

Elle consiste, dans un premier temps, à recenser toutes les sources d'informations⁷⁷⁴ – qu'il s'agisse des personnes impliquées (victimes et auteurs) ou des services verbalisateurs – permettant d'appréhender le phénomène criminel. En effet, la délinquance est multiple ; aussi, son appréhension globale est-elle plus difficile. De ce fait, elle exige de mobiliser une grande variété d'indicateurs. Par exemple, la compréhension et l'estimation du phénomène d'infanticide en France devraient nécessiter de recueillir – non seulement – les données fournies par les services de police et de gendarmerie, mais également les données répertoriées par les organismes médicaux et médecins légistes, sur les morts inexplicables ou suspectes du nourrisson.

Dans un deuxième temps, cette approche multisource nécessite de confronter entre eux les résultats obtenus à partir des différentes sources. Aussi, la délinquance n'étant pas une réalité unique, c'est l'analyse *en évolution* des résultats qui permettra de donner une vue d'ensemble de la criminalité. Il est par exemple possible, de cette manière, de dégager *une tendance générale de l'évolution* (convergence ou divergence ; hausse ou baisse) et *un ordre de grandeur* entre le taux de plaintes enregistrées par les services enquêteurs et la propension de personnes se déclarant victimes d'un comportement délictueux donné selon les enquêtes de victimation.

Néanmoins, ce système de l'enquête de victimation comporte, lui aussi, des carences en ce qu'aucun outil ne permet aujourd'hui d'offrir une certitude pleine et entière. Ainsi, de l'aveu même des acteurs de l'ONDRP, les chiffres qu'ils produisent peuvent contenir une marge d'erreur liée au contexte politique ou matériel qui entoure leur recueil⁷⁷⁵. De plus, ces études de victimation ne reposent que sur les seuls témoignages des personnes enquêtées, se

⁷⁷² L'INSEE a intégré récemment une étude de la délinquance à son étude annuelle relative aux « Conditions de vie des ménages », V. B. Aubusson de Carvalay, N. Lalam, R. Padiou, P. Zamora, « Les statistiques de la délinquance », *in France, portrait social*, Paris, La Documentation française, p. 150.

⁷⁷³ A. Bauer, C. Risk et C. Soulez, *Statistiques criminelles et enquêtes de victimation*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2011, p. 108.

⁷⁷⁴ Ainsi, l'ONDRP recense les informations d'administrations aussi diverses que les douanes, les hôpitaux, ou la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. De plus, sa composition hétéroclite lui permet de condenser un large panel d'indicateurs : des maires, des députés, des sénateurs, un chercheur, un universitaire, un membre du barreau, ect.

⁷⁷⁵ H. Matsopoulou, « Quelques réflexions sur la place des statistiques dans la politique pénale », *ibidem*, p. 237-238.

déclarant victimes⁷⁷⁶. Ainsi, rien ne permet d'attester que l'enquêté n'a pas menti ou exagéré sa situation personnelle. Enfin, ces études quantitatives, menées à grande échelle, ne permettent guère de s'attarder sur les aspects qualitatifs relatifs à la mesure de la délinquance (les origines de la délinquance, le suivi du parcours à moyen ou long terme des victimes enquêtées et de la famille, ect.).

Ainsi, une vision plus locale de la délinquance semble nécessaire, et notamment s'agissant de la délinquance intrafamiliale. En effet, actuellement, bien qu'un rapprochement certain ait eu lieu entre les autorités policières et judiciaires et les associations d'aide aux victimes⁷⁷⁷, bien que la justice coopère davantage avec le monde enseignant dans la détection de violences intrafamiliales, l'échange concret d'informations a encore du mal à prospérer entre ces acteurs. En effet, il est possible de déplorer une certaine culture du cloisonnement de ces différentes institutions, conservant leurs informations pour leurs besoins personnels.

Cela n'est guère étonnant puisqu'au sein même de ces structures, la communication est complexe. Ainsi, par exemple, Michel VELAYANDON, mandataire judiciaire à la protection des majeurs, de l'Union départementale des Associations familiales (UDAF) de Guadeloupe⁷⁷⁸, constatait des difficultés à faire « *vivre le réseau* » associatif et à mesurer la délinquance locale. En effet, l'UDAF⁷⁷⁹ semble déconnectée des réalités du terrain et des préoccupations véritables de la population. Selon lui, le seul moyen aujourd'hui d'évaluer cette délinquance et d'agir directement dans l'intérêt des familles serait de définir des objectifs d'action à l'échelle même des petites associations familiales de commune, bénéficiant d'une proximité directe avec le fait social. L'acteur social doit donc nécessairement jouer un rôle d'« ascenseur », faisant remonter les données – notamment criminelles – à partir du terrain, vers la classe dirigeante.

De même, Sylvie Chantelauze, chef du service éducatif au foyer « Les Pressoirs du Roy » de Samoreau (rattaché à la fondation Cognac Jay), témoigne également de ces difficultés de

⁷⁷⁶ L'enquête « Cadre de vie et sécurité » (CVS) prend en considération une « *victime déclarée* » afin de bien insister sur le caractère déclaratif du statut de victime », C. Rizk, « Éléments de profil des hommes et des femmes de 18 à 75 ans ayant déclaré avoir été victimes de violences physiques et sexuelles sur deux ans par conjoint cohabitant. Enquêtes “ Cadre de vie et sécurité ” Insee-ONDRP de 2008 à 2014 », *op. cit.*, p. 7.

⁷⁷⁷ En témoigne, la généralisation de l'installation de bureaux d'aide aux victimes dans tous les postes de police, unités de gendarmerie et tribunaux de grande instance.

⁷⁷⁸ M. Velayandon, Propos recueillis lors d'un entretien mené au service Mandataire Judiciaire, Basse-Terre, 25 mai 2015.

⁷⁷⁹ La mission de l'UDAF est de représenter l'ensemble des familles d'un département, plus précisément leur intérêts matériels et moraux. Le concours du service Mandataire judiciaire peut être notamment sollicité au cours de la procédure pénale, pour l'accompagnement du majeur protégé, victime ou prévenu. Il travaille, de plus, souvent en coordination avec les familles des majeurs, M. Velayandon, *op. cit.*

communication d'informations, en l'occurrence des services de l'Aide sociale à l'enfance (Ase) vers le service éducatif du foyer⁷⁸⁰.

B. Un dysfonctionnement familial difficile à prouver

177. Une tendance à l'exigence d'une preuve matérielle des violences. – Qu'elles soient corporelles, sexuelles ou psychologiques, les violences subies doivent être démontrées. Toutefois, on constate que, spécifiquement pour ces violences infligées dans le « sas familial », l'acte même de dénonciation est fonction de la capacité du dénonciateur à rapporter la preuve de l'atteinte. Ainsi, bien qu'il ne soit pas nécessaire au dépôt de plainte, le certificat médical – établi par un service de médecine légale⁷⁸¹ et constatant les violences – conditionne fortement la caractérisation de l'infraction et la poursuite des faits par le Parquet. En effet, c'est cette expertise médicale qui permet d'établir la gravité de l'infraction. Par exemple, on le sait, la détermination de l'incapacité totale de travail tient une place essentielle dans la qualification des infractions de violences volontaires et le quantum de la peine⁷⁸².

En conséquence, l'expertise médicale permet au procureur de la République de décider de l'orientation à donner à la plainte. Aussi, en l'absence de constatations médicales, il peut décider de classer sans suite pour insuffisances de preuve. Or, une enquête menée à l'appui de l'activité judiciaire de tribunaux d'Albi et de Castres a montré que deux plaintes sur trois ont été classées faute de certificat⁷⁸³. C'est dire que même si, en principe, l'absence de certificat médical ne conditionne pas la poursuite de l'enquête judiciaire, cette donnée a un impact fondamental dans le prononcé de la réponse pénale.

Cette confusion entre la dénonciation et la preuve de l'infraction est regrettable. En effet, les violences physiques et sexuelles, en ce qu'elles laissent des blessures corporelles palpables,

⁷⁸⁰ S. Chantelauze, Propos recueillis lors d'un entretien mené au foyer « Les Pressoirs du Roy », novembre 2013, Samoreau.

⁷⁸¹ Généralement, ce service est constitué de deux pôles : un institut médico-légal (IML) chargé des prélèvements et examens post-mortem à la demande des autorités judiciaires et, une unité médico-légale (UMJ) compétente pour réaliser tous les prélèvements nécessaires à la procédure pénale et pour garantir aux victimes un pré-accompagnement médical et psychologique.

⁷⁸² Art. 222-11, 222-12, 222-13, 222-14, R. 624-1 et R. 625-1 du C. pén.

⁷⁸³ F. Dieu et P. Suhard, *Justice et femme battue. Enquête sur le traitement judiciaire des violences conjugales*, L'Harmattan, 2008, p. 90. Les auteurs relèvent en effet que sur quarante-deux décisions judiciaires prises en l'absence de certificat médical, vingt-trois étaient des classements sans suite.

sont aisément perceptibles. Mais, il en va différemment de violences et mauvais traitements psychologiques qui eux ne laissent aucun hématome visible. De plus, l'action du temps rend l'expertise ineffective, à propos de violences familiales, dont le moment de la commission est majoritairement dissocié de celui de leur constatation.

178. La recherche judiciaire de la preuve parfaite. – Tous les actes de la procédure pénale tendent vers un objectif unique, celui de la découverte de la vérité. Toutefois, il arrive que cette quête judiciaire effrénée de la preuve parfaite aboutisse à une « revictimisation » de la partie lésée.

L'illustration en est donnée à travers les obstacles que rencontre l'individu qui a subi les violences de son conjoint, concubin ou partenaire, pour faire reconnaître son statut de victime et la réalité des agressions endurées⁷⁸⁴. Ainsi, alors qu'il est parvenu à se défaire de l'emprise de son bourreau, commencera pour lui un nouveau combat judiciaire, qui s'avère tout aussi dévastateur. En l'absence d'une preuve matérielle probante des violences imposées dans l'intimité – notamment s'agissant d'un viol entre époux – elle disposera pour seul moyen de défense de sa parole. Naturellement, celle-ci s'opposera à la parole de son conjoint ou ex-conjoint, un individu – qui comme nous l'avons précisé plus haut – maîtrise l'art de la manipulation ou nie entièrement sa responsabilité. En outre, il semble d'autant plus difficile de discréditer la parole d'un individu qui occupe des fonctions importantes et respectées, s'exprime avec aisance, surtout lorsqu'il présente une structure immaturo-perversive marquée.

En face, la victime paraîtra bien souvent plus démunie, moins convaincante. Elle pourra sembler dispersée dans ses propos, plus angoissée ; parfois même exaltée ou au contraire plus intimidée. Il ne faut pas oublier également que, dans le cas où les violences auront duré plusieurs années, la victime pourra se trouver dans un état de dépression avancé, susceptible de faire douter de sa santé mentale et par la même de sa crédibilité. Ces personnalités troubles peuvent inspirer aux professionnels du corps judiciaire⁷⁸⁵ et à l'opinion publique, de la méfiance.

⁷⁸⁴ Mais cela sera encore valable pour l'enfant victime de violences physiques ou psychologiques de la part de son parent.

⁷⁸⁵ L'histoire de Jacqueline Sauvage, âgée de soixante-huit ans, a été passée au crible par les médias. Mais il semblerait que les souffrances subies par ses quatre enfants, trois filles et un fils (ayant mis fin à ses jours), ne soient pas des moindres. Ainsi, la presse rapporte que, le conjoint violent imposait à ses trois filles et à son épouse des viols et des agressions sexuelles, dans le silence le plus complet. Les femmes, entre elles, ne parlaient pas de ces violences ; aussi, aucune ne savait ce que l'autre endurait. Toujours selon la presse, la personnalité de

§2 - Les acteurs de la dénonciation

179. L'obligation de dénoncer. – La loi pénale prévoit des immunités ou des tempéraments à l'obligation de dénoncer. Ainsi, comme nous le verrons plus loin⁷⁸⁶, le fait pour un justiciable de taire la commission d'une infraction par un membre de sa famille, ne tombe pas sous le coup de la répression (alinéa 2 de l'article 434-1 du code pénal). De la même façon, le professionnel soumis au secret sera, en principe, exempt de cette obligation. Toutefois, d'une manière générale, le droit pénal commande à toute personne ayant eu connaissance de la commission d'une infraction d'en informer les autorités compétentes. Autrement, la violation d'une telle obligation expose le citoyen témoin à des poursuites pénales pour non-dénonciation d'un crime et entraves à la saisine de la justice, au titre de l'article 434-1 du code pénal. De plus, dans le cas particulier de mauvais traitements infligés à une personne mineure ou vulnérable, tout individu, ayant eu connaissance de ces actes sans les dénoncer engage, sa responsabilité pénale sur le fondement de l'article 434-3 du code pénal. Il encourt une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Notons que, depuis l'adoption de la nouvelle loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant⁷⁸⁷, cette obligation de dénonciation ne porte pas uniquement sur les mauvais traitements infligés aux mineurs de quinze ans. Dorénavant, le champ de ce texte a été étendu à toute personne mineure.

La situation du professionnel est régie par des règles particulières, puisque les dispositions précédentes ne s'imposent pas à celui qui – par profession ou en raison de ses fonctions – est tenu au secret en vertu de l'article 226-13 du code pénal⁷⁸⁸. Le professionnel qui révélerait une information à caractère secret encourrait, en effet, une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Toutefois, par exception, la loi n° 2015-1402 du 5 novembre 2015⁷⁸⁹, a introduit à l'article 226-14, 1° et 2° du code pénal, une protection du professionnel de santé ou de tout professionnel qui, de bonne foi, signalerait les privations ou les sévices

Jacqueline Sauvage est décrite comme « *endoctrinée* » et « *prolix*e ». Cette dernière semble source de perplexité chez les spectateurs. V. L. Quillet, « Jacqueline Sauvage : ses filles racontent l'enfer familial », *op. cit.*

⁷⁸⁶ V. sur les immunités familiales, *infra*, n° 317 et s.

⁷⁸⁷ Loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, *JO* du 15 mars 2016, texte n°1 ; A. Cerf-Hollender, « Aspects pénaux de la loi relative à la protection de l'enfant », *L'Essentiel, Droit de la famille et des personnes*, n°5, 15 mai 2016, p. 6.

⁷⁸⁸ Le professionnel qui révélerait une information à caractère secret encourrait une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

⁷⁸⁹ Loi n° 2015-1402 du 5 novembre 2015 tendant à clarifier la procédure de signalement de situations de maltraitements par les professionnels de santé, *JO* du 6 novembre 2015, p. 20706.

commis à l'encontre d'un mineur et dont il aurait connaissance. Désormais, dans un tel cas, le professionnel ne saurait voir sa responsabilité pénale, civile ou disciplinaire engagée.

Ce tempérament légal est opportun, puisque n'ayant plus à craindre la menace de la sanction, le professionnel de santé – premier acteur le plus à même de détecter l'existence de mauvais traitements – sera libre de communiquer les informations en sa possession en vue de protéger la victime. Mais au-delà, cela permet à tout professionnel d'apprécier le moment le plus adéquat pour procéder au signalement. Comme nous le verrons plus loin, en effet, il peut être nécessaire, dans l'accompagnement du mineur soupçonné d'être victime de mauvais traitements, de ne signaler les agissements délictueux que lorsque ce dernier se sent prêt à en témoigner⁷⁹⁰.

180. L'identité du dénonciateur. – Toute personne peut porter à la connaissance des institutions compétentes, un fait qu'il juge délictueux. La dénonciation peut provenir de la victime, elle-même. Toutefois, par peur de représailles ou de voir son agresseur condamné, il est fréquent qu'elle retire sa plainte ultérieurement ou revienne sur ses déclarations.

Mais, cette dénonciation peut aussi émaner de l'entourage familial de la victime. Il s'agira par exemple de la mère de l'enfant qui soupçonne son ex-compagnon d'abuser sexuellement du mineur, ou d'un membre de la famille de la femme victime de violences conjugales. Il peut encore s'agir d'une personne de l'entourage amical de l'intéressée. Cependant, alors que l'ami ou la personne de confiance reste le confident privilégié de la victime de violences intrafamiliales (dans 44% des cas pour les violences sexuelles et environ 50% pour les violences psychologiques)⁷⁹¹, il est rare que ce dernier dénonce les faits aux autorités – probablement par loyauté.

Par ailleurs, le dénonciateur pourra être un professionnel : un médecin généraliste, une assistante sociale, un psychologue, un enseignant, une sage-femme ou un travailleur social. Toutefois, il semble que ces acteurs soient moins souvent à même de dénoncer les faits de violences ; d'une part parce qu'ils ne sont pas des interlocuteurs auxquels la victime se confiera le plus spontanément. D'autre part, en l'absence de confidences, la découverte de l'existence des sévices et violences demandera de la part du professionnel, un effort de

⁷⁹⁰ Sur le signalement et le placement, V. *infra*, n° 223.

⁷⁹¹ F. Beck, C. Cavalin et F. Maillochon, *Violences et santé en France : état des lieux*, Paris, La Documentation Française, 2010, p. 92 sq.

détection d'indices et de signaux particuliers. Néanmoins, il semblerait que la victime se confie plus facilement à ces acteurs, qu'aux forces de police, selon une étude de l'Insee⁷⁹².

Section II. L'appréciation du dysfonctionnement

181. L'appréciation du dysfonctionnement familial selon un critère de gravité. – Il n'est pas tout que de dénoncer le trouble familial. Encore faut-il que ce dernier reçoive une qualification, puis une réponse pénale. Or, cela dépendra essentiellement de l'appréciation que les autorités répressives feront du dysfonctionnement familial. Ainsi, on verra que la notion de dysfonctionnement familial, en droit pénal, est une notion sélective. D'une manière générale, cette appréciation se fera en observation d'un certain critère de gravité du dysfonctionnement. De sorte que même effectivement constaté par les autorités publiques, celui-ci ne produira pas nécessairement d'effet répressif probant. Et pour cause, la délinquance, dans son sens purement juridique et théorique, renvoie aux crimes, délits et contraventions – « *c'est-à-dire des comportements, des actions, voire des modes de vie – que le Code pénal entend réprimer* »⁷⁹³. Ainsi, la délinquance ne renvoie qu'aux faits susceptibles de constituer des infractions pénales. C'est dire que tous les faits – pourtant socialement ou moralement répréhensibles – ne sont pas punissables du point de vue du droit répressif.

Mais, à un second degré, il convient de remarquer que la délinquance punissable est également celle qui est interprétée et ressentie comme telle par les acteurs répressifs. Cela est tout aussi valable pour la délinquance intrafamiliale, forme particulière de délinquance. Ainsi, on le voit, l'appréciation de la dysfonctionnalité familiale est empreinte de subjectivisme ; à la fois variable en fonction de la personnalité de l'observateur considéré, et éphémère en fonction du moment précis auquel il l'observe.

⁷⁹² Selon cette étude de 2008, la police ne réceptionnerait que 12% des plaintes et mains courantes pour les violences physiques et 8% pour les violences sexuelles. *A contrario*, dans ces deux cas de violences, 19% des victimes se confieraient à un professionnel, V. L. Tournyol du Clos et T. Le Jeannic, « Les violences faites aux femmes », *ibidem*. Toutefois, notons que l'enquête EVS relève, deux ans plus tard, des résultats différents. En effet, selon celle-ci, les victimes dénonceraient plus spontanément les faits aux autorités policières (32 % des cas pour des violences sexuelles), qu'elles ne se confieraient aux autres professionnels (dans seulement 11% des cas pour le même type de violences), V. F. Beck, C. Cavalin et F. Maillochon, *op. cit.*, 2010, p. 92.

⁷⁹³ C. Caresche et R. Pandraud, *Sur la création d'un Observatoire de la délinquance*, La Documentation Française, Coll. des Rapports officiels, Janvier 2002, p. 14 (en ligne) : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/024000053.pdf>].

De ce fait, l'appréciation du dysfonctionnement familial relève une certaine objectivité répressive (§1). Il s'agit ici d'observer que certaines composantes du dysfonctionnement familial ne constituent pas, au sens du droit pénal, des faits punissables. Mais, l'appréciation du dysfonctionnement relève également de données subjectives (§2). Elles renvoient à un questionnement simple : qui juge du caractère de gravité ou de non-gravité du trouble familial ? En d'autres termes, cela revient à déterminer quels sont les acteurs (directs et indirects) de justice pénale qui apprécient la gravité du dysfonctionnement.

§1 - Une appréciation objective du dysfonctionnement familial

182. Une appréciation relevant d'éléments objectifs de droit. – La dysfonctionnalité familiale est appréhendée en droit pénal, conformément à des éléments objectifs de droit. Ces éléments objectifs ont trait aux différentes règles pénales qui gouvernent la responsabilité et l'imputabilité pénales. À cette enseigne, elles sont révélatrices de la prévalence d'un trouble familial par rapport à un autre, en droit pénal. Il convient de distinguer ici deux hypothèses : celle du trouble familial pénalement « impunissable » (A) et celle du dysfonctionnement familial caractérisé non-imputable au membre de la famille responsable (B).

A. Le trouble familial pénalement « impunissable »

183. Généralités. – Il arrive que des comportements familiaux moralement répréhensibles, ne soient pas constitutifs d'un dysfonctionnement familial au sens du droit pénal. Ils constituent certes des troubles familiaux, mais ne peuvent être qualifiés de dysfonctionnalité familiale sanctionnée par le droit répressif. C'est le cas principalement de l'inceste consommé entre personnes adultes.

184. L'absence de sanction pénale de l'inceste consenti entre majeurs. – L'inceste entre adultes⁷⁹⁴ – fortement réprouvé par la loi morale et la loi civile, au titre des empêchements à mariage des articles 161 et suivants du code civil – ne l'est point par le Code pénal. En effet,

⁷⁹⁴ Précisons également que le droit pénal ne réprime pas davantage l'inceste qui serait commis entre deux mineurs liés pas un lien de sang.

comme cela a été précisé ci-dessus, les nouvelles qualifications d'inceste des articles 222-31-1, 222-31-2 et 227-27-2-1 du code pénal ne concernent que la victime majeure⁷⁹⁵.

185. L'existence avérée d'un trouble familial, une qualification pénale d'inceste constituée même entre majeurs. – Pourtant, indéniablement, le fait pour un père d'entretenir avec sa fille de dix-huit ans révolus des rapports sexuels, caractérise bel et bien un inceste. De même, le jeune majeur qui serait (encore à ce jour) victime de violences sexuelles commises par un membre de sa famille – depuis sa minorité – ne pourrait faire porter son action⁷⁹⁶ au titre de l'inceste que sur les faits constatés avant sa majorité. Ainsi, alors que les viols subis pendant son enfance seront qualifiés d'incestueux, ceux établis après sa majorité seront qualifiés de viols aggravés par la qualité d'ascendant ou de personne ayant une autorité de droit ou de fait de l'auteur (article 222-24 du code pénal). Ce choix législatif d'exclure l'inceste entre majeurs peut donc laisser perplexe, à partir du moment où l'acte incestueux est parfaitement acquis.

186. *Quid* de la validité du consentement du descendant à l'acte incestueux. – Cette absence d'incrimination de l'inceste entre personnes majeures pose d'autant plus question, que la validité du consentement du descendant aux rapports incestueux est discutable. Plaçons-nous ici dans l'hypothèse où les relations incestueuses, imposées par le ou les parent(s) ou la personne ayant autorité, au mineur dès son plus jeune âge, se poursuivraient au-delà de sa majorité. Il est légitime de se demander dans quelle mesure une érotisation précoce des relations parents-enfants peut-elle conduire à une aliénation du consentement de l'enfant devenu adulte. Ainsi, une relation incestueuse entre personnes majeures qui paraîtraient totalement consentie en apparence, ne le serait pas en réalité. Il importe, dès lors, de faire la distinction entre un inceste consenti et un inceste intériorisé ou accepté : bien qu'il soit rentré dans le mode de fonctionnement de la cellule familiale, il n'en reste pas moins condamnable. En effet, tout comme pour les violences conjugales précédemment étudiées, la situation existant entre l'auteur de l'inceste et sa victime emprunte les traits de l'emprise, l'un

⁷⁹⁵ V. *supra*, n° 138.

⁷⁹⁶ L'action publique se prescrit par vingt ans en cas d'infractions sexuelles commises sur le mineur. Ce délai ne commence à courir qu'au jour de sa majorité, Art. 8 du C. pr. pén. La proposition de loi n° 368 modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, prévoyait de réformer ce délai de prescription en le portant de vingt à trente ans. L'idée était de donner un temps plus important à la victime pour révéler les faits, en appliquant un délai adapté à la nature et la spécificité des souffrances subies par la elle. V. Sénat, *Proposition de loi n°368* modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, enregistrée à la Présidence du Sénat le 13 février 2014. Mais, cette proposition de texte a été rejetée par l'Assemblée nationale.

ayant un ascendant sur l'autre. D'ailleurs, Perrone et Nannini écrivaient, avec justesse, que « *la grande majorité des abus sexuels se passent sans violence "objective" de type agression, [...], la victime le vit dans une sorte d'état second, de conscience rétrécie. L'adulte ne séduit pas l'enfant, il le rend confus, il crée chez lui une perte du sens critique, toute rébellion devenant alors impossible* »⁷⁹⁷.

De surcroît, si de tels faits avaient été décelés ou dévoilés dès la minorité de l'enfant, ils seraient pénalement punissables – *a maxima* en tant qu'agressions sexuelles ; *a minima* en tant qu'atteintes sexuelles, dans le cas où le consentement du mineur n'aurait pas été forcé. Dès lors, on a du mal à comprendre pour quelles raisons le fait qu'ils se poursuivent après sa majorité les rendrait subitement moins répréhensibles.

187. Les arguments relatifs à l'interdit de l'inceste en droit pénal. – D'un point de vue anthropologique et sociologique, le mutisme du droit pénal quant à l'inceste entre personnes majeures et surtout l'inégalité de protection des victimes majeures, peut étonner. À l'origine de ce constat, se trouve un décalage entre les causes classiques de l'interdit de l'inceste et les causes pénales de celui-ci.

Classiquement, la justification de l'interdit de l'inceste se trouve au croisement de plusieurs disciplines telles que la biologie, l'ethnologie, la sociologie, la morale et le droit. Françoise Héritier proposait une classification bipartite simple et claire des différents arguments traditionnellement avancés pour expliquer cette prohibition⁷⁹⁸. Elle dissociait ainsi, d'une part les « *causes finalistes* » de l'interdit de l'inceste, et d'autre part ses « *causes efficientes* ».

Les *causes finalistes* d'un côté, tendent à déterminer l'utilité de la prohibition de l'inceste pour l'humanité. Les premières causes finalistes sont biologiques. Ainsi, de manière immémoriale, les biologistes alertent sur les dangers de malformations et de dégénérescences que les unions consanguines à répétition pourraient présenter pour les générations futures⁷⁹⁹. Or, de toute évidence, en droit pénal, la répression de l'inceste ne semble pas être guidée par l'évitement de tels risques d'ordre sanitaire. En effet, en ne réprimant pas les relations incestueuses entre adultes, il tolère par là même l'éventualité de

⁷⁹⁷ R. Perrone et M. Nannini, *Violences et abus sexuels dans la famille. Une vision systématique de conduites sociales violentes*, 5^e éd., Paris, ESF, 2012, p. 112.

⁷⁹⁸ F. Héritier, *Les deux sœurs et leur mère. Anthropologie de l'inceste*, Editions Odile Jacob, 1994, p. 18-25.

⁷⁹⁹ L'accumulation des caractères homozygotes négatifs serait, selon les biologistes, à l'origine de retards de croissance, d'infertilités ou d'un système immunitaire affaibli, F. Héritier, *op. cit.*, p. 18.

reproductions consanguines entre un jeune majeur en âge de procréer – et fonder son propre foyer – et un membre de sa famille.

Les secondes causes finalistes sont quant à elles sociologiques. Elles tiennent essentiellement aux travaux de Freud⁸⁰⁰. Celui-ci – à travers l’observation du totémisme, système religieux et social⁸⁰¹ autour duquel s’organise la vie de tribus primitives – cherchait à saisir les raisons de l’existence de l’exogamie. Cette règle consiste dans l’obligation de rechercher le conjoint à l’extérieur de la famille, du clan ou groupe d’appartenance⁸⁰². Selon cette thèse, l’exogamie aurait une finalité de cohésion sociale. En favorisant le maintien d’une hiérarchie (une stratification) entre les générations, elle permettrait d’éviter les rivalités et jalousies au sein du groupe. En effet, en interdisant toute pratique incestueuse aux jeunes mâles du clan – rivaux potentiels du chef de tribu, la règle exogamique assure « *une domination du père sur toutes les femmes du groupe* »⁸⁰³. Là encore cet argument est insuffisant à justifier l’interdit pénal de l’inceste, strictement restreint aux relations sexuelles entre un mineur et un de ses aînés. Ainsi, le droit pénal ne se donne pas pour vocation de lutter contre le brouillage générationnel au sein du foyer.

Les *causes efficientes* d’un autre côté, explorent davantage les raisons pour lesquelles cet interdit de l’inceste est respecté et ancré dans nos sociétés. Ici c’est la thèse de l’imprégnation qui est le plus souvent avancée. Selon cette thèse, il existerait chez l’homme une sorte de répulsion innée, biologique face à la chose incestueuse. Aussi, les membres de la même famille auraient-ils une tendance naturelle à l’évitement de l’inceste. Dans une telle conception donc, la socialisation culturelle ne jouerait qu’un rôle accessoire. Toutefois, un tel argument paraît peu convaincant. En effet, ce qui serait profondément ancré dans la nature même de l’humanité, n’aurait nul besoin d’être interdit par la loi.

⁸⁰⁰ V. S. Freud, Totem et tabou. Interprétations par la psychanalyse de la vie sociale des peuples primitifs, 1^{ère} éd. 1912, Paris, Payot, 2001.

⁸⁰¹ S. Freud, *op. cit.*, p. 80.

⁸⁰² Sigmund Freud précisait que les civilisations primitives s’organisaient en clan totémique. À l’intérieur de ces clans, c’est le totem qui fonde le lien de parenté entre les membres ; ainsi, la présence ou non d’un lien de sang importe peu dans l’équation clanique. Les liens totémiques priment sur les liens strictement familiaux. Ainsi, les hommes et les femmes d’un même clan ont interdiction de se marier et doivent élire le compagnon en dehors du clan. Précisons ainsi que les membres d’un clan totémique pourraient sans difficulté épouser les membres d’un autre clan, alors-même qu’ils seraient liés par un lien biologique. Ce constat vient d’ailleurs en contradiction de la thèse finaliste biologique qui limite la définition de l’inceste à la relation sexuelle intervenant entre deux personnes liées par un lien de sang.

⁸⁰³ F. Héritier, *ibidem*, p. 20.

En conséquence, il faut convenir que la répression de l'inceste trouve – essentiellement et simplement – son fondement dans le contrat social⁸⁰⁴. Ce passage de la nature à la culture, impose à l'individu de réfréner les pulsions sexuelles qu'il pourrait éprouver à l'égard d'un membre de sa famille. Ceci explique donc que cet interdit social soit scellé par l'action de la loi. À ce propos d'ailleurs, un auteur remarquait fort habilement que « *si l'interdit de l'inceste apparaît comme structurant de l'organisation sociale, le passage à l'acte incestueux témoigne, si besoin était, que tout interdit humain ne s'intériorise que sur fond de culture* »⁸⁰⁵. Mais, si ce solide argument est entièrement vérifiable s'agissant de la prohibition civile de l'inceste, il semble que sa prohibition pénale présente une particularité supplémentaire. Cette dernière ne répond pas uniquement à une nécessité culturelle. Le droit pénal rattache davantage la répression de l'inceste, à son objectif de protection spécifique des mineurs. Ce qui justifie sa restriction aux actes sexuels commis à l'encontre de victimes mineures. Ce faisant, il semble que le législateur ait entendu « *connoter la gravité supplémentaire de l'acte* »⁸⁰⁶. De plus, d'aucuns estiment que ce choix législatif tient à la capacité du jeune majeur à résister aux avances ou actes incestueux⁸⁰⁷. Précisons encore que dès l'âge de quinze ans, le mineur est présumé disposer d'une liberté sexuelle lui donnant accès à une autonomie corporelle⁸⁰⁸. Mais surtout, la vulnérabilité de l'enfant et les connaissances psychanalytiques et criminologies actuelles permettent d'affirmer que le retentissement des violences incestueuses sur le mineur est lourd de conséquences. En effet, une activation et une érotisation prématurées des « *parties non mûres* »⁸⁰⁹ de l'enfant – de surcroît par des personnes devant jouer le rôle de référents de confiance à son égard – peuvent, en plus de traumatismes physiques et génitaux irréversibles, créer un désordre affectif, psychologique et identitaire chez la jeune victime. Or ces retombées n'impactent pas seulement la victime directe de l'inceste, mais aussi les victimes secondaires ou futures, à savoir les enfants et petits-enfants de la victime. D'autant plus, qu'il est aujourd'hui impossible de prédire qu'elles seront exactement les formes que prendront les dysfonctionnements survenant au sein de ces familles au passé incestueux.

⁸⁰⁴ G. Delors, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC*, n°3, 2010, p. 599-600.

⁸⁰⁵ R. Coutanceau, A. Javay et M.-O. Besset, « Auteurs d'actes à caractère incestueux », in *Violence et famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 172.

⁸⁰⁶ A.-M. Leroyer, « 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 JO 9 févr. 2010, p. 2265 », *RTD. civ.* 2010, p. 381.

⁸⁰⁷ B. Marrion, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse de Doctorat, Université Nancy 2, 2010, p. 224.

⁸⁰⁸ B. Marrion, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, *op. cit.*

⁸⁰⁹ R. Perrone et M. Nannini, *op. cit.*, p. 94.

Tous ces arguments permettent de mieux comprendre les raisons ayant poussé le législateur à ce choix répressif. En revanche, dans le cas d'un inceste intériorisé ou accepté dès l'enfance et se poursuivant après la majorité de la victime, cette solution reste critiquable. Elle consiste, en effet, à faire échapper à la répression certains troubles et comportements intrafamiliaux graves.

B. Le dysfonctionnement familial non-imputable à l'auteur

188. Généralités. – Même dans l'hypothèse où les faits dénoncés seraient constitutifs d'une incrimination pénale, donc d'un dysfonctionnement familial pris en compte par le droit pénal, il arrive qu'il soit impossible de rechercher la responsabilité de l'auteur, membre de la famille.

189. Les causes d'irresponsabilité. – Premièrement, il arrivera que même commise par l'auteur, le délit ne puisse pas être pénalement sanctionné. C'est le cas, lorsque sera relevée une cause objective ou subjective d'irresponsabilité pénale au bénéfice de l'auteur. Ainsi, par exemple, ne pourra pas être recherchée la responsabilité pénale de celui dont le discernement aura été aboli, en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique⁸¹⁰. Ainsi, comme nous l'avons vu précédemment, certaines maladies telles que le syndrome de Gilles de la Tourette peuvent expliquer la commission de violences envers les proches du malade. Dans les moments de crises en effet, l'agent perd tout contrôle de ses actes et peut voir son discernement totalement aboli⁸¹¹.

Il en ira de même lorsque le libre arbitre de l'auteur, membre de la famille, aura été aboli par une contrainte irrésistible et imprévisible⁸¹². Ainsi, par exemple, si l'expertise parvient à démontrer que la femme battue, auteur de l'homicide de son mari violent, a agi par contrainte, elle pourrait se voir exonérer de sa responsabilité pénale⁸¹³. Enfin, dans le cas où l'acte défensif de cette dernière interviendrait concomitamment à l'attaque du conjoint ou concubin

⁸¹⁰ Art. 122-1 al. 1 du C. pén.

⁸¹¹ V. *supra*, n° 118.

⁸¹² Art. 122-2 du C. pén.

⁸¹³ Sur la question de la légitime défense, du syndrome de la femme battue et de la contrainte morale, V. *supra*, n° 150 et s.

violent, et qu'elle serait proportionnée, la circonstance de la légitime défense pourrait être retenue⁸¹⁴.

190. L'immunité familiale. – Deuxièmement, ne pourront se voir condamner pénalement pour certains faits, les auteurs –membres de la famille – bénéficiant d'une immunité familiale⁸¹⁵. Dans cette circonstance, l'existence de la famille fera écran à la poursuite d'infractions, en principe pénalement punissables.

§2 - Une appréciation subjective du dysfonctionnement familial

191. Une appréciation relevant d'éléments subjectifs. – Déterminer ce qui caractérise concrètement un dysfonctionnement familial ne dépend pas uniquement d'éléments de pur droit. La propension du dysfonctionnement familial à créer des effets répressifs sera également fonction de l'importance que les autorités publiques françaises veulent bien lui accorder. Bien sûr, ce choix n'est pas discrétionnaire ou hégémonique. Il s'inscrit, en effet, dans un souci d'apporter la réponse la plus avisée aux différentes affaires pénales – et en l'occurrence, aux carences constatées dans les familles. Néanmoins, dans une certaine mesure, l'évaluation du caractère adapté ou non de la réponse pénale sera laissée à l'appréciation d'autorités normatives et exécutives. Aussi, le législateur (A) et les autres acteurs du corps judiciaire (B) jouent-ils un rôle essentiel dans l'évaluation du dysfonctionnement.

A. Le législateur

192. L'acte de légiférer. – L'acte d'incrimination vient, il est vrai, objectiver un comportement réprimé socialement. Il est, en effet, « *l'acte législatif ou réglementaire par lequel est définie une infraction* »⁸¹⁶. Cependant, nous l'avons vu en introduction de cette étude, le droit – et le droit pénal en particulier – en tant qu'ordre juridique, n'est pas seulement un condensé de règles. Il englobe également tous ceux qui produisent le droit⁸¹⁷. Or, il est certain que l'acte de légiférer renvoie à un acte de volonté de la part des autorités

⁸¹⁴ Art. 122-5 du C . pén. ; V. également l'exemple de l'affaire judiciaire LANGE, *supra*, n° 149.

⁸¹⁵ Pour une étude plus détaillée des immunités familiales, V. *infra*, n° 317 et s.

⁸¹⁶ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2014, « Incrimination ».

⁸¹⁷ Sur la définition de l'ordre juridique, V. *supra*, n°38.

normatives. Et, bien que « *la loi pénale ne puisse naître que d'une réflexion mûrie et doit être fondée sur un besoin social impérieux* »⁸¹⁸, c'est bien au législateur qu'il appartient de désigner tel ou tel comportement familial – plutôt qu'un autre – comme constitutif d'un dysfonctionnement pénalement puni. Dès lors, voyons-nous plus précisément ici, la dimension subjective ou psychologique de l'acte d'incriminer.

Qu'elle soit d'initiative gouvernementale (projet de loi) ou parlementaire (proposition de loi), la loi adoptée peut venir intensifier la répression s'agissant de certaines formes de délinquance, alors que dans le même temps, elle choisit d'en ignorer d'autres. C'est le cas, nous l'avons vu à l'instant, concernant le choix des autorités publiques de ne réprimer que l'inceste à l'encontre des victimes mineures⁸¹⁹. Mais c'est également le cas s'agissant de la centralisation de la question de la lutte contre les violences, notamment conjugales, s'agissant spécifiquement de la femme victime⁸²⁰.

De cette manière – et hormis les hypothèses dans lesquelles il est contraint de transposer en droit positif des directives européennes⁸²¹ –, le législateur insuffle sa propre vision de la nature et du contenu du dysfonctionnement familial qu'il entend incriminer.

À titre d'exemple, aux termes de l'article 227-19 alinéa 1^{er} du code pénal, la provocation du mineur à la consommation habituelle de boissons alcooliques est pénalement incriminée, alors que lorsqu'elle ne serait qu'occasionnelle – une fête de famille – elle n'est pas répréhensible⁸²². Pourtant, les récentes campagnes de sensibilisation sur les dangers de la consommation d'alcool, le danger immédiat qu'une consommation excessive d'alcool – même occasionnelle – ferait courir au mineur, et le risque futur d'accoutumance auquel l'incitateur l'expose, sont autant d'arguments qui justifieraient la sanction (même symbolique) d'un tel comportement.

Par ailleurs, on remarquera que cette subjectivité législative (et politique) ne s'observe pas uniquement à l'échelle de la politique criminelle interne d'un pays. C'est encore cette subjectivité qui justifie qu'il existe entre plusieurs États, des divergences d'opinions et de visions sur la réponse pénale à apporter à un même fait. Ainsi, si l'inceste entre majeurs consentants n'est guère réprimé en France, il en va tout autrement dans d'autres nations. En

⁸¹⁸ R. Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politiques criminelles. Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, 2014, p. 245.

⁸¹⁹ V. *supra*, n° 183.

⁸²⁰ V. *supra*, n° 114.

⁸²¹ Sur le mariage forcé, V. *infra*, n° 352.

⁸²² Pour les éléments constitutifs de l'infraction, V. *supra*, n° 160 ; F. Archer, « Provocation de mineur à commettre des actes illicites ou dangereux », *J.-Cl. pén.* 2010, fasc. 20, n° 21.

effet, la Cour européenne des droits de l'homme relevait qu' « *il n'existait pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur la question de savoir si des relations sexuelles consenties entre adultes d'une même fratrie devaient ou non être pénalement réprimées* »⁸²³. Par exemple, le code répressif allemand ne fait pas de distinction entre la répression de l'inceste entre majeurs et celle de l'inceste entre un ascendant et un descendant mineur⁸²⁴. L'inceste est réprimé pénalement sous toutes ses formes, en vue de « *la protection du mariage et de la famille contre la confusion des rôles familiaux découlant de relations incestueuses* »⁸²⁵, mais également en raison des dangers que l'inceste fait courir à la descendance du couple litigieux⁸²⁶.

B. Les différents acteurs de la justice pénale

193. Il convient d'envisager ici deux catégories d'acteurs judiciaires. D'une part, les acteurs principaux ; nous entendons par là, les personnes exerçant des professions purement judiciaires (1). D'autre part, les praticiens – psychanalystes, médecins, travailleurs sociaux et autres structures d'aide ou d'accueil aux victimes – dont l'expertise vient en renfort essentiel de l'action judiciaire (2). Chacun de ces protagonistes, à une étape spécifique de la procédure pénale, aura à évaluer la gravité du dysfonctionnement familial dénoncé.

1) Les principaux acteurs judiciaires

⁸²³ CEDH, 12 avril 2012, « *Stübing c. Allemagne* », req. n°43547/08. Les faits sont les suivants. Un frère et sa sœur cadette, tous deux ressortissants allemands, entretiennent une relation amoureuse de laquelle sont nés quatre enfants entre 2001 à 2005... L'homme avait été adopté dès l'âge de sept ans par une famille d'accueil et n'a fait la connaissance de ses parents biologiques et de sa sœur, qu'une fois devenu adulte. Toutefois, les juridictions allemandes relevaient que la femme – de caractère introverti – vivait sous le joug de son frère et n'était que partiellement responsable de ses actes. Ainsi, si elles ne retenaient aucune sanction contre l'intéressée, en revanche le frère a été condamné à une peine d'un an et deux mois d'emprisonnement. La Cour européenne des droits de l'homme est, dès lors, saisie de la requête de ce dernier, au motif que la condamnation portait atteinte à sa vie privée sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Mais, la Cour estima que les juridictions allemandes disposaient, s'agissant de la répression de l'inceste, d'une « *ample marge d'appréciation* ».

⁸²⁴ Il en va de même pour les législations pénales de l'Angleterre, du Danemark ou de la Suisse, où l'inceste même consenti entre adultes est une infraction pénale. En revanche, en Italie, les relations incestueuses librement consommées entre majeurs ne sont pénalisées que si elles sont notoires et exposées à la vindicte publique ; V. Division des études de législation comparée du Service des affaires européennes, *La répression de l'inceste*, Rapport d'étude de législation comparée, n°102, 1^{er} février 2002, p. 5-19 (en ligne) : <https://www.senat.fr/lc/lc102/lc102.pdf>.

⁸²⁵ CEDH, 12 avril 2012, « *Stübing c. Allemagne* », req. n°43547/08, préc.

⁸²⁶ CEDH, 12 avril 2012, « *Stübing c. Allemagne* », req. n°43547/08, préc.

194. Les services enquêteurs. – L'évaluation de la prévalence d'un dysfonctionnement familial donné commence dès la phase de réception et de traitement des plaintes et dénonciations par les services enquêteurs.

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes⁸²⁷ a rendu l'enregistrement des plaintes, obligatoire. Ainsi, l'article 15-3 du code de procédure pénale précité précise que « *la police judiciaire est tenue de recevoir les plaintes déposées par les victimes d'infractions à la loi pénale et de les transmettre, le cas échéant, au service ou à l'unité de police judiciaire territorialement compétent* ». De même, en vue de favoriser le dépôt de plainte de la victime dans le poste de police de son choix, a été mis en place un « guichet unique » contraignant le service enquêteur recueillant la plainte, à la transmettre au service territorialement compétent⁸²⁸.

Pourtant, la pratique associative de l'aide aux victimes d'infractions⁸²⁹, confirmée par la pratique judiciaire⁸³⁰, dénote une réalité toute autre sur le terrain. Ainsi, pour des raisons essentiellement politiques, il était devenu fréquent que les policiers opèrent un tri sélectif préalable entre les faits qui leurs étaient rapportés. Aussi, les policiers avaient-ils tendance à dissuader les femmes victimes⁸³¹ de violences conjugales de déposer une plainte, estimant que les faits dénoncés ne présentaient pas une gravité suffisante. Certains praticiens témoignaient, d'ailleurs, « *d'une forme de chantage [exercé par les forces de police] auprès de la victime en lui disant que si elle porte plainte son mari ira en prison* »⁸³². Une telle pratique policière constitue évidemment un frein à la dénonciation de ces violences, d'autant plus que l'on

⁸²⁷ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* du 16 juin 2000, p. 9038.

⁸²⁸ Art. 114, Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* du 16 juin 2000, p. 9038.

⁸²⁹ « *Les policiers ne se déplacent pas tant qu'il n'y a pas de sang* », C. Llor, psychologue de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis le 9 octobre 2016, Montpellier.

⁸³⁰ G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport n°1799 au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, p. 155.

⁸³¹ Bien sûr, les hommes, victimes de violences conjugales, subissent également le même accueil, lorsqu'ils ne se voient pas de surcroît exposés aux railleries à caractère sexiste de la part des officiers de police ou de gendarmerie.

⁸³² G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, Entretien avec Anne Jonquet, avocate, Rapport n°1799 au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, p. 155.

connaît la particularité de cette délinquance et la réticence connue de ces victimes à déposer plainte⁸³³.

Les enquêteurs avaient, dès lors, l'habitude d'orienter les victimes plutôt vers une main courante ou un procès-verbal de renseignement judiciaire. Mais, ces actes n'équivalent pas à plainte et n'en ont pas la valeur juridique, en ce qu'ils n'entraînent aucune conséquence juridique notoire. Ainsi, le Guide méthodologique de l'action publique donne une définition claire de ces notions. Premièrement, la *main courante* désigne « *une simple déclaration qui peut être faite auprès de tout service de la police nationale [...]. En principe, le dépôt d'une main courante ne donne lieu à aucune enquête, ni à aucun suivi judiciaire. Ce procédé sert donc essentiellement à laisser une trace écrite d'un événement que la victime a subi, document susceptible d'être utilisé en cas de procédure judiciaire ultérieure* »⁸³⁴. L'établissement du *procès verbal de renseignement judiciaire*, deuxièmement, relève de la compétence de toute unité de gendarmerie. Il a la même portée juridique que la main courante ; néanmoins, lui fait l'objet d'une transmission systématique à l'autorité judiciaire⁸³⁵. En somme, ces actes permettent simplement de retracer un historique des violences. Mais, alors même que l'infraction serait constituée, ils ne garantissent aucunement – contrairement à la plainte – une prise en charge judiciaire des faits. Ils s'accumulent souvent au fil des années, dans l'indifférence la plus complète⁸³⁶.

De ce fait, en appréciant au préalable les faits qui méritent de faire l'objet d'une plainte et ceux qui ne le sont pas, les enquêteurs confèrent à la définition du dysfonctionnement familial une coloration particulière, teintée de subjectivisme. Ces choix – à vrai dire stratégiques – sont les causes de plusieurs paramètres à prendre en compte. Tout d'abord, celui de la « *culture du résultat* »⁸³⁷. En effet, dès qu'une administration est amenée à justifier des résultats de son activité – c'est-à-dire de sa capacité à atteindre un certain nombre d'objectifs fixés – il est possible de redouter un risque de manipulation des chiffres⁸³⁸ ; en ce que les

⁸³³ V. *supra*, n°179.

⁸³⁴ Direction des Affaires criminelles et des Grâces, *Les violences au sein du couple*, Guide méthodologique de l'action publique, novembre 2011, p. 19.

⁸³⁵ Direction des Affaires criminelles et des Grâces, *op. cit.*, p. 19.

⁸³⁶ Témoignage de Nathalie, V. *supra*, n°102.

⁸³⁷ A. Bauer, C. Risk et C. Soullez, *Statistiques criminelles et enquêtes de victimation*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2011, p. 115.

⁸³⁸ On peut légitimement penser ici à l'hypothèse d'une manipulation des données dans le sens d'une diminution significative du nombre total de faits de violences conjugales relevés, en vue d'en déduire une baisse d'une catégorie précise de délinquance.

acteurs de celle-ci sont également ceux qui produisent les données sur lesquelles ils seront évalués. Ensuite, on ne peut ignorer qu'il existe, corrélé à un déficit de main-d'œuvre qualifiée, un encombrement important des services et unités d'enquête. Cette réalité implique d'opérer certains choix jugés prioritaires dans le traitement des affaires pénales. Enfin, il est certain que l'ancrage de préjugés dans l'opinion publique, et notamment parmi les professionnels de police, parfois peu ou mal sensibilisés à la question de la délinquance intrafamiliale (ou inexpérimentés) – peut déboucher sur un tel constat.

195. Le Procureur de la République. – Bien que sa qualité d'autorité judiciaire ait été remise en question, sur le fondement du principe de séparation des organes de poursuites et des organes de jugement⁸³⁹, le Parquet conserve des pouvoirs essentiels dans le prétraitement des affaires pénales qui lui sont transmises. Il joue, à ce titre, un véritable rôle de filtre au sein de la chaîne pénale. Ainsi, en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale – posant le principe d'opportunité des poursuites – c'est le procureur de la République qui apprécie la suite à donner aux différentes plaintes, dénonciations portées à sa connaissance. Cette prérogative lui permet donc soit de mettre en mouvement l'action publique en engageant les poursuites à l'encontre du mis en cause, soit d'orienter l'affaire vers une mesure alternative aux poursuites, soit enfin de la classer sans suite (article 40-1 du code de procédure pénale).

Évidemment, cette prise de décision du procureur de la République est encadrée. En effet, elle doit s'inscrire, avant tout, dans une exigence de respect des droits de la défense et un souci d'efficacité de la réponse pénale apportée. Au demeurant, elle suppose une part de subjectivité attendant à l'évaluation de la gravité du dysfonctionnement. Cela est notamment vérifiable s'agissant du classement sans suite dit de convenance ou d'opportunité. En effet, ce classement sans suite intervient alors même que l'auteur est identifié ou l'infraction caractérisée. Cependant, il arrive que le Procureur de la République décide d'y avoir recours dans les cas, par exemple, où la victime aurait retiré sa plainte – ce qui est fréquent en matière de violences conjugales. Mais ce peut être le cas, simplement lorsque le Procureur estime que le trouble causé à l'ordre public est de faible gravité eu égard à l'investissement et au temps qu'engendrerait la poursuite du comportement incriminé. La difficulté avec un tel motif de classement sans suite, c'est que tous les magistrats ne placent pas leur seuil de gravité sur un

⁸³⁹ Entre autres affaires, V. CEDH, 1^{er} octobre, « *Piersack c/ Belgique* », req. n° 8692/79.

même pallier ; alors que certains verront dans des insultes proférées au sein du couple comme des violences psychologiques, d'autres n'y verront qu'une simple querelle conjugale.

Néanmoins, la pratique du classement sans suite d'opportunité a été au cœur de débats houleux⁸⁴⁰. De même, la pression des statistiques et la politique du résultat imposées aux parquets par le Ministère de la Justice ont conduit ces derniers à réduire considérablement leur taux de classements d'opportunité. D'ailleurs, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁸⁴¹ est venue renforcer les conditions de celle-ci. Ainsi, le magistrat a l'obligation de vérifier que les circonstances particulières liées à la commission de l'infraction justifient le classement (article 40-1 3° du code de procédure pénale). De plus, afin de proposer une meilleure adaptabilité et une diversité de la sanction, mais également d'éviter les classements secs, le recours à un classement sous condition a été généralisé⁸⁴².

196. Le Juge d'instruction. – La saisine du juge d'instruction, obligatoire en matière criminelle et facultative en matière délictuelle⁸⁴³, pourra s'avérer nécessaire dans le cadre de violences intrafamiliales lorsque les faits sont particulièrement graves. Ainsi, conformément aux articles 81 et suivants du code de procédure pénale, il pourra procéder à tous les actes d'instruction qu'il juge nécessaire à la manifestation de la vérité (investigations approfondies, examens médicaux ou psychologiques, confrontations, auditions et interrogatoires, commissions rogatoires).

De par l'étendue de ses compétences, ce magistrat détient un rôle actif dans l'appréciation du dysfonctionnement familial, qu'il s'agisse de son établissement (recueil de preuves), de la détermination de sa gravité ou des suites pénales à lui donner. Ainsi, lorsque son information « *lui paraît* » terminée⁸⁴⁴ et qu'il « *estime* » que l'infraction n'est pas constituée, ou encore

⁸⁴⁰ Sur l'impopularité du classement d'opportunité, V. H. Haenel, *Le classement sans suite. Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée*, Rapport d'information n°513 au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, Sénat, 18 juin 1998 (en ligne) disponible sur le site du Sénat : https://www.senat.fr/rap/r97-513/r97-513_mono.html#toc0. Le rapporteur dépeignait déjà le classement sans suite comme une procédure révélatrice de l'insuffisance de moyens de la justice et de l'existence de dysfonctionnements internes et externes au service public de la justice. Il constatait encore une forte augmentation des classements sans suite de complaisance depuis les années 80 et une flambée de ces classements dès 1995, notamment s'agissant des litiges familiaux ; L. Aubert, « l'activité des délégués du procureur en France : de l'intention à la réalité des pratiques », *Déviance et Société*, n°4, vol. 32, 2008, p. 473.

⁸⁴¹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* du 10 mars 2004, p. 4567.

⁸⁴² L. Aubert, *op. cit.*, p. 474. Cependant s'agissant des violences conjugales, même sous condition, le classement sans suite doit demeurer une réponse pénale exceptionnelle, V. *infra*, n°150.

⁸⁴³ Art. 79 du C. pr. pén.

⁸⁴⁴ Art. 175 du C. pr. pén.

que les charges recueillies contre le mis en examen ne sont pas suffisantes⁸⁴⁵, le juge de l’instruction rend une ordonnance de non-lieu. Dans le cas, au contraire, où il estime que les faits litigieux sont constitués et suffisamment démontrés, il rend une ordonnance de renvoi⁸⁴⁶ ou de mise en accusation⁸⁴⁷.

197. La juridiction de jugement. – Le juge pénal intervient – s’agissant de l’appréciation du dysfonctionnement familial – en dernière position d’un long processus d’investigations. À l’issue du procès pénal, il doit se prononcer sur la culpabilité ou, au contraire, l’innocence (du moins judiciaire) de l’intéressé. Or, on le sait, bien que se fondant uniquement sur les éléments de preuve apportés lors du débat contradictoire, il se prononce sur le sort du délinquant d’après son intime conviction (article 427 du code de procédure pénale).

2) Un acteur judiciaire essentiel : l’expert judiciaire

198. L’expertise judiciaire, un outil déterminant pour la pratique judiciaire. – L’expert judiciaire est devenu, depuis plusieurs années, le collaborateur privilégié du juge pénal. En effet, qu’elle soit l’œuvre du médecin légiste, du thérapeute familial ou du psychanalyste, du travailleur social, l’expertise présente des apports essentiels dans la découverte de la vérité, mais aussi l’endiguement de la récidive⁸⁴⁸.

Plus précisément, concernant l’appréciation de la dysfonctionnalité familiale, le juriste doit être en mesure de se faire une représentation de ce que peut être une famille dysfonctionnelle, tant cela est essentiel à la pratique de sa discipline. Or face à une complexification des relations familiales et à une transfiguration de la famille française contemporaine, ses connaissances purement juridiques ne suffisent plus. Aussi, la sollicitation de savoirs psychosociologiques lui est-elle nécessaire. Et pour cause, depuis une trentaine d’années, des cliniciens et autres chercheurs s’attellent à l’élaboration de normes d’évaluation du fonctionnement de la famille, en vue de l’amélioration de la thérapie familiale⁸⁴⁹. Dès lors, le juge pénal peut avoir recours à cette expertise lorsqu’il est amené à prononcer le retrait de

⁸⁴⁵ Art. 177 C. pr. pén.

⁸⁴⁶ Art. 179 C. pr. pén.

⁸⁴⁷ Art. 181 C. pr. pén.

⁸⁴⁸ Il est demandé, de plus en plus, à l’expert d’anticiper la commission de l’infraction, en évaluant notamment par avance la dangerosité potentielle du délinquant, V. M.-C. Sordino (dir.), *L’anticipation de la répression : innovation ou régression ?*, Colloque, UMR 5815 « Dynamiques du Droit », Université de Montpellier, 17 juin 2016, publication octobre 2016.

⁸⁴⁹ R. Pauté et J. Petitpas, « Evaluation du fonctionnement familial : état des connaissances », *Thérapie familiale*, vol. 34, n°1, 2013, p. 11-12.

l'autorité parentale à l'encontre d'un ou des parents du mineur⁸⁵⁰, ou qu'il souhaite obtenir des informations supplémentaires sur la personnalité et la situation matérielle, familiale ou sociale de l'auteur d'un crime ou d'un délit⁸⁵¹.

199. La valeur de l'expertise judiciaire. – La désignation d'un expert se justifie dans les hypothèses où les compétences du juge pénal atteignent leurs limites. L'expertise judiciaire est aujourd'hui préférée à une preuve telle que l'aveu – dont la valeur probante peut être altérée – parce qu'elle est jugée comme fiable.

Toutefois, il faut veiller à garder une certaine mesure dans l'exigence que l'on fait peser sur l'expert, dont la parole est souvent interprétée comme une vérité absolue. En effet, comme toute science, l'expertise est soumise à une part d'erreur ; d'autant plus que l'homme de l'art travaille sur des notions extrêmement mouvantes et incertaines telles que la dangerosité, mais aussi des sujets empreints de complexité et de versatilité.

De même, l'expertise est une science particulièrement aléatoire, de sorte qu'un homme de l'art n'aura pas nécessairement la même lecture des faits et du profil des protagonistes qu'un autre. C'est d'ailleurs, pour cela, qu'au procès pénal, sont confrontées plusieurs rapports d'experts. Enfin, le dernier argument – et non des moindres – en faveur d'une analyse parcimonieuse de l'expertise, réside dans le fait que, spécifiquement s'agissant de la criminalité intrafamiliale, elle intervienne parfois plusieurs années après la commission des faits. Cela nuit donc certainement à la crédibilité des preuves recueillies (témoignages et réminiscences des faits vagues, traces corporelles des agressions physiques ou sexuelles inexistantes ou atténuées).

⁸⁵⁰ S'agissant des conditions du retrait total ou partiel (art. 379-1 du C. civ) de l'autorité parentale, celui-ci peut être prononcé soit en cas de désintérêt ou de mauvais traitements des parents à l'égard de l'enfant (art. 378-1 et s du C. civ), soit en cas de commission de crimes ou de délits par les parents en qualité d'auteurs, de coauteurs ou de complices (art. 378 du C. civ). Alors que dans le premier cas de figure le ministère public porte simplement l'action en retrait devant le tribunal de grande instance, dans le second le juge pénal est seul compétent pour prononcer cette mesure. C'est le cas lorsque les parents auront commis un acte incestueux sur leur enfant (art. 222-31-2 et 227-27-3 du C. pén.), un acte lésant son intégrité physique ou psychologique (art. 222-48-2 du C. pén.), ou qu'ils auront volontairement porté atteinte à sa vie (art. 221-5-5 du même code).

⁸⁵¹ L'enquête de personnalité peut être diligentée par le juge d'instruction s'agissant du mis en examen, V. art. 81 du C. pr. pén., al. 6 et 7, ou par le Procureur de la République s'agissant d'une personne faisant l'objet d'une enquête, V. art. 41 du C. pr. pén., al. 7.

Chapitre II. Le traitement du dysfonctionnement familial

200. Après avoir étudié les questions de la détermination et de la révélation du dysfonctionnement familial, il convient de s'attarder sur les modalités de traitement de celui-ci. En effet, au cours de ces dix dernières années, les pouvoirs publics ont affiché une volonté de redynamiser la politique pénale française en matière de protection de la famille. Cette volonté se manifeste par une prise en charge effective du dysfonctionnement familial (**Section I**), et la nécessaire formation des professionnels au contact des familles (**Section II**).

Section I. Vers une meilleure prise en charge du dysfonctionnement

201. Les récentes réformes législatives – du moins les plus saillantes – concernant la famille ont porté essentiellement sur la lutte contre les violences au sein du couple (§1) et la protection à l'enfance en danger (§2). Aussi, porterons-nous notre attention sur ces deux thématiques d'intervention du droit pénal.

§1 - La lutte contre les violences au sein du couple

202. **Une amélioration du traitement des violences conjugales.** – Dès les années 2000, les autorités publiques durent prendre conscience de l'ampleur – jusqu'à lors occultée – des violences conjugales. Les rares enquêtes de victimation menées sur le sujet établissent, en effet, que 10 % des femmes sont victimes de violences au sein de leur couple⁸⁵² et qu'une femme décède tous les trois jours sous les coups de son conjoint⁸⁵³. De plus, on estime que ces violences représentent chaque année pour l'économie française globale, un manque à gagner s'élevant à 2 471,7 euros⁸⁵⁴. Ces violences sont, par conséquent, à considérer comme un phénomène criminel particulièrement préoccupant. Pourtant, paradoxalement, il semble

⁸⁵² M. Jaspard et équipe ENVEFF, « Nommer et compter les violences envers les femmes : une première enquête nationale en France », *Populations et sociétés*, n° 364, janvier 2001 (en ligne) disponible sur le site de l'Institution nationales des études démographiques https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/18735/pop_et_soc_francais_364.fr.pdf.

⁸⁵³ Délégation aux victimes (DAV), Etude nationale sur les morts violentes au sein du couple, 2014, p. 3 [En ligne : http://www.stop-violences-femmes.gouv.fr/IMG/pdf/Morts_violentes_au_sein_du_couple_2014_-_principaux_enseignements.pdf].

⁸⁵⁴ F. Beck, C. Cavalin et F. Maillochon, *Violences et santé en France : état des lieux*, Paris, La Documentation Française, 2010, p. 291.

que la répétition presque mécanique de ces chiffres – au demeurant alarmants – ait davantage eu pour effet de banaliser et de dépersonnaliser cette criminalité. Aussi, pendant longtemps, l'action des pouvoirs publics s'agissant de la lutte contre les violences conjugales se limitait à de simples déclarations d'intention. Le renforcement, tant législatif que judiciaire, observé dans le traitement de ces violences est finalement très récent. Ainsi, convient-il de retracer les principales améliorations préventives (**A**) et répressives (**B**), constatées dans la tentative d'endigement des violences conjugales de 2004 à aujourd'hui.

A. Le volet préventif de la lutte contre les violences conjugales

203. La nouvelle politique pénale en matière de lutte contre les violences domestiques est marquée – aujourd'hui plus qu'hier – par une recherche qualitative de mesures préventives au danger. Bien plus encore, on s'aperçoit que le volet préventif de cette lutte tend à s'orienter vers une « sur-anticipation » du risque. En témoignent les dispositifs mis en place tels que les mesures d'éviction du conjoint violent (1) et d'accompagnement du conjoint victime vers sa reconstruction (2). Toutefois, il semble que certaines pistes de travail doivent encore être approfondies (3).

1) La mesure d'éviction du conjoint violent

204. L'ancienne procédure d'éviction du conjoint violent. – La loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce⁸⁵⁵ a normalisé un dispositif nouveau d'éviction du conjoint violent⁸⁵⁶. L'idée était alors très simple, et somme toute logique : le conjoint victime des violences de son époux ne devrait pas être contraint de fuir le domicile familial avec ses enfants pour leur propre sécurité⁸⁵⁷. Ainsi, en cas de violences conjugales, l'ancien alinéa 3 de l'article 220-1 du code civil permettait au juge aux affaires familiales – saisi avant toute demande en divorce – de statuer en urgence sur la résidence séparée des époux, à l'issue d'un débat contradictoire⁸⁵⁸. Sauf circonstances particulières, le logement familial était attribué à

⁸⁵⁵ Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JO* du 27 mai 2004, p. 9319.

⁸⁵⁶ Ce dispositif a été créé par Luc Frémot, ancien procureur du Parquet de Douai, dans son arrondissement judiciaire, en 2003 ; puis a été inséré, par le législateur, dans les textes de loi ; L. Frémot, propos recueillis par O. Delacroix, « *Les femmes en très grand danger* », Dans les yeux d'Olivier, *France 2*, 23 septembre 2015.

⁸⁵⁷ O. Delacroix, « *Les femmes en très grand danger* », Dans les yeux d'Olivier, *France 2*, 23 septembre 2015.

⁸⁵⁸ P. Gélard, *Projet de loi relatif au divorce*, Rapport n° 120 fait au nom de la commission de Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet

l'époux victime des violences. Cette mesure en référé, cependant, devenait inopérante à l'expiration d'un délai de quatre mois, lorsqu'aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'avait été introduite. Une telle disposition avait, en effet, pour objectif d'assainir rapidement la situation conjugale, dans l'intérêt même de la famille.

Sur le plan pénal, la mise en place de cette mesure d'urgence de nature civile nécessitait que le ministère public compétent soit informé de la saisine du juge aux affaires familiales, selon les conditions énoncées à l'ancien alinéa 3 de l'article 1290 du code de procédure civile.

Toutefois, dans la pratique, cette mesure n'était pas mise en œuvre de manière uniforme sur le territoire national. Et pour cause, même lorsqu'elle était prononcée, son exécution demeurait complexe. D'une part, souvent, plusieurs mois s'écoulaient entre le signalement des faits de violences et le prononcé de la décision d'éviction, délai durant lequel la cohabitation – cadencée par les violences – se poursuivait⁸⁵⁹.

D'autre part, elle demeurait souvent inefficace faute de possibilités de relogement du conjoint violent dans une structure dédiée à cet effet. Aussi, dans la majorité des cas, et à défaut d'un réel suivi des procédures contraignantes visant à l'exécution du dispositif d'éviction⁸⁶⁰, l'intéressé retournait aussitôt au domicile familial. D'ailleurs, Patrice Gélard, rapporteur du projet de loi relatif au divorce avait d'ores et déjà mis l'accent sur les écueils d'application d'une telle disposition. Selon lui, « *la réussite de cette mesure [dépendrait] surtout des mesures concrètes mises en œuvre afin d'expulser l'époux violent récalcitrant ou de l'empêcher de revenir* », faute de quoi ces dispositions risqueraient de demeurer « *un vœu pieu* »⁸⁶¹.

Dès lors, pour pallier cet écueil, en cas de manquement du conjoint violent à la sommation de quitter le domicile, une procédure d'expulsion était ouverte à son encontre. Ainsi, les dispositions particulières des articles L. 412-1 à L. 412-8 du code de procédure civile

de loi relatif au divorce (2003-2004), 17 décembre 2003, p. 47 (en ligne) disponible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/rap/103-120/103-1201.pdf>.

⁸⁵⁹ *A fortiori*, dès lors que les faits de violences sont révélés par l'époux victime, il est à craindre une recrudescence des agressions, le conjoint violent se montrant de manière générale plus brutal vis-à-vis de son époux et/ou des enfants ; J. G. Branger, *Propositions de lois n° 62 (2004-2005) tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et notamment au sein des couples par un dispositif global de prévention, d'aide aux victimes et de répression et n° 95 (2004-2005) relative à la lutte contre les violences au sein des couples*, Rapport d'information n° 229, Sénat, 9 mars 2005, p. 84 sq.

⁸⁶¹ P. Gélard, *Projet de loi relatif au divorce*, op. cit., p. 138 (en ligne) disponible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/rap/103-120/103-1201.pdf>.

d'exécution ne s'appliquaient pas à la procédure d'expulsion du conjoint fautif. Par conséquent, ce dernier pouvait se voir évincer du logement avant le délai légal de deux mois à compter de la signification du commandement d'avoir à libérer les locaux⁸⁶², et même pendant la période hivernale⁸⁶³.

Toutefois, l'huissier de justice chargé de l'exécution forcée de la mesure, après notification du commandement à l'intéressé, devait solliciter – conformément aux conditions prévues par la loi – une autorisation du préfet, pour requérir le concours de la force publique⁸⁶⁴. Le préfet disposait alors d'un délai de deux mois afin de faire connaître sa décision, d'agrément ou de refus à l'intervention de la force publique⁸⁶⁵. Or, durant ce laps de temps, le conjoint récalcitrant était libre de domicilier dans le logement familial et de réitérer ses actes. De l'aveu même d'huissiers de justice, en cas de résistance de l'époux violent, il était parfois préférable que le conjoint victime et ses enfants quittent le domicile familial, en attendant l'expulsion *manu militari* du délinquant et le changement des serrures⁸⁶⁶.

205. Le placement du conjoint violent en foyer Emmaüs, une alternative aux évictions « sèches » originale. – Luc Frémot, ancien procureur du Parquet de Douai, avait mis en place dans son ressort judiciaire une procédure originale d'éviction de l'auteur des violences conjugales⁸⁶⁷, afin d'éviter qu'il ne retourne au domicile conjugal. Elle consistait dans l'hébergement de ce dernier en foyer Emmaüs, normalement réservé aux personnes sans abris⁸⁶⁸. L'idée était alors que le conjoint violent – possédant un domicile fixe et une famille présumée aimante – soit catapulté dans une réalité plus hostile afin de prendre conscience de sa propre chance. Ce placement en foyer était également accompagné d'un suivi par des éducateurs poussant l'auteur à se questionner sur les raisons du passage à l'acte. Selon Luc Frémot, cette alternative aux procédures d'éviction « sèches » a permis au parquet de Douai de diminuer le taux de récurrence relatif aux violences conjugales de 40%, à 6%. Il remarquait,

⁸⁶² Art. L. 411-1 et L. 412-1 CPCE.

⁸⁶³ Art. L. 412-2 CPCE.

⁸⁶⁴ Art. L. 153-2 CPCE.

⁸⁶⁵ CE, 18 décembre 2013, «*Société Ogif*», req. n° 363126.

⁸⁶⁶ P. Gélard, *Projet de loi relatif au divorce*, *ibidem*, p. 138 (en ligne) disponible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/rap/103-120/103-1201.pdf>.

⁸⁶⁷ L. Frémot, « Quand la justice évolue : le Point de vue du procureur », in Observatoire départemental des violences faites aux femmes, *Violences conjugales : hommes violents, femmes victimes, enfants co-victimes : mieux comprendre pour mieux agir*, Colloque réalisé sous l'égide du Département du Nord, Lille, 27 novembre 2014, p. 33 sq., (en ligne) : <http://gynsf.org/imprimables/ODVFF%20synthese%20colloque%20vc%2027%20nov14%20.pdf>.

⁸⁶⁸ À vrai dire, le foyer Emmaüs était également le seul foyer à avoir accepté de recevoir ces auteurs ; O. Delacroix, « *Les femmes en très grand danger* », Dans les yeux d'Olivier, France 2, 23 septembre 2015.

de plus, que parmi ces récidivistes, 90% n'avaient pas pu profiter du dispositif d'hébergement en foyer Emmaüs.

Toutefois, une telle mesure de placement comportait des inconvénients matériels, d'une part. En effet, si l'hébergement de la victime des violences conjugales reste une mesure classique et bénéficie de financements publics importants⁸⁶⁹, il en va autrement s'agissant des auteurs de violences. Ainsi, aujourd'hui encore, aucune structure sanitaire et sociale ne permet d'accueillir ces auteurs, en vue de les isoler efficacement de la (les) victime(s), ou de commencer avec eux un travail thérapeutique fructueux. Pourtant, il est établi que l'hébergement de ces auteurs en foyer représente un coût moins élevé qu'une mesure d'incarcération⁸⁷⁰ ou d'hébergement de la femme victime et de ses enfants⁸⁷¹.

Cette modalité d'éviction du conjoint paraît donc séduisante. Elle offre une nouvelle flexibilité à la sentence, déplace davantage la lutte des violences conjugales d'un domaine répressif à un domaine social et préventif. Elle met l'accent sur une question de plus en plus essentielle : celle de la prise en charge – notamment thérapeutique – non plus seulement d'une victime sacralisée – mais de l'auteur à l'origine du mal. Un tel raisonnement tient finalement à un axiome simple : tant qu'il y aura des auteurs violents, il y aura des victimes violentées.

D'autre part, cependant, cette mesure pose des inconvénients s'agissant de l'évaluation de la dangerosité de l'auteur. En effet, il convient de s'assurer que le profil socio-criminologique de l'auteur se prête bien à un tel dispositif de traitement. Ainsi, si – comme nous l'avons précisé précédemment – le conjoint au profil immaturo-névrotique présente de fortes aptitudes au repentir et est ouvert à un suivi thérapeutique, tel n'est pas le cas du sujet immuno-pervers⁸⁷².

206. La « nouvelle » procédure d'éviction du conjoint violent, l'ordonnance de protection. – L'ordonnance de protection a été la mesure phare de l'été 2010 en matière de lutte contre les violences conjugales. Créée par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative

⁸⁶⁹ Selon l'enquête « Evènements de vie et de santé », vingt-huit millions d'euros ont été injectés dans l'hébergement d'urgence et d'insertion de victimes de violences conjugales ; F. Beck, C. Cavalin et F. Maillochon, *op. cit.*, p. 230.

⁸⁷⁰ Les dépenses liées à l'activité judiciaire et pénitentiaire, uniquement imputables aux violences conjugales, s'élèvent à deux-cent trente-cinq millions d'euros du coût global français. Mais, de même, en raison de son incarcération, le détenu ne peut exercer une activité professionnelle et participer pleinement à l'économie du pays. La conséquence d'un tel état de fait est une perte de production. Cette « *perte de production dues aux incarcérations* » représente quatre-vingt dix-huit millions d'euros du coût global, s'agissant des violences conjugales ; F. Beck, C. Cavalin et F. Maillochon, *ibidem*, p. 230.

⁸⁷¹ L. Frémot, Propos recueillis par G. Rolin, « Il faut intervenir dès la première gifle », *Le Figaro*, 20 janvier 2014.

⁸⁷² V. *supra*, n° 123-124.

aux violences faites spécifiquement aux femmes, elle est insérée aux articles 515-9 à 515-13 du code civil. Mais elle nécessite pour sa mise en place et son exécution, un concours continu du droit pénal.

À dire vrai, l'ordonnance de protection n'est que le condensé de mesures législatives préexistantes, dont celle de l'éviction du conjoint violent. Ce nouveau dispositif a, en effet, été calqué sur l'ancien ; et l'on constate que les difficultés logistiques, étudiées précédemment quant à l'efficacité de l'éviction, se posent toujours.

En vertu des articles 515-9 et 515-11 du code civil, lorsque des violences auront été constatées au sein du couple, le juge aux affaires familiales pourra être saisi par le conjoint, concubin ou partenaire lié par un PACS en danger – assisté si besoin d'un avocat – ou encore par le ministère public⁸⁷³. Cette ordonnance de protection délivrée en urgence, consistera dans le prononcé d'une ou plusieurs obligations ou mesures à l'encontre du conjoint violent. Parmi ces obligations et mesures⁸⁷⁴, figure la possibilité pour le juge aux affaires familiales de statuer sur l'attribution de la jouissance du logement conjugal à un des deux époux, concubins ou partenaires. À l'instar que la procédure d'éviction de 2004, celui des deux individus qui n'est pas l'auteur des violences dispose d'un droit prioritaire sur la jouissance de ce bien. Également, comme pour l'ancienne procédure, les dispositions dérogatoires à l'expulsion, des articles L. 412-1 à L. 412-8 du code de procédure civile d'exécution, ne s'appliquent pas⁸⁷⁵. Toutefois, la nouvelle mesure d'éviction régie par la loi de 2010 a pour mérite essentiel de diminuer le délai entre le signalement des faits et la délivrance de l'ordonnance. En effet, l'article 515-10 alinéa 2 prévoit que le juge doit convoquer, dès réception de la demande d'ordonnance et par tous les moyens adaptés, les parties en vue de leur audition.

Sur le plan pénal, le ministère public se voit attribuer plusieurs missions. Il est, d'une part, associé à la procédure civile, en tant que partie principale lorsqu'il saisit lui-même le juge aux affaires familiales (alinéa 1 de l'article 515-10 du code civil), ou en tant que partie subsidiaire

⁸⁷³ Dans cette hypothèse, le ministère public devra requérir l'autorisation de la victime concernée ; V. art. 515-10 du C. civ.

⁸⁷⁴ Il pourra par exemple s'agir de l'interdiction de recevoir, de rencontrer ou de rentrer en relation avec certaines personnes désignées par le juge, ou de détenir une arme. Le juge pourra encore fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou se prononcer en avance sur l'admission provisoire de l'aide juridictionnelle du demandeur.

⁸⁷⁵ Art. L. 412-8 CPCE : « Les articles L.412-1 à L. 412-7 ne sont pas applicables à l'expulsion du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ordonnée par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 515-9 du code civil ».

lorsqu'il n'est que convoqué par le juge. Il est, d'autre part, amené à échanger avec le juge, diverses informations relatives à la procédure pénale qui serait en cours. C'est notamment le cas des plaintes et dénonciations, des auditions et procès verbaux, ou encore des certificats médicaux⁸⁷⁶. Mais, il peut également requérir – à tout moment – du juge certaines mesures d'investigations nécessaires, ou obtenir qu'il supprime ou modifie tout ou partie des obligations de l'ordonnance (article 515-12 du code civil).

Enfin, le droit pénal vu traditionnellement comme un droit sanctionnateur, est appelé à venir en renfort aux obligations et interdictions de l'ordonnance de protection. Ainsi, le fait pour le conjoint violent de ne pas observer les prescriptions de l'ordonnance est incriminé à l'article 227-4-2 du code pénal. Ce délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Mais cette peine a une portée essentiellement dissuasive en l'occurrence.

Par ailleurs, le procureur de la République peut – dans le cadre de ses attributions en matière de mise en mouvement et d'exercice de l'action publique – décider d'une procédure d'éviction, au titre des mesures alternatives aux poursuites et de la composition pénale. Ainsi, depuis la loi n°2006-399 du 4 avril 2006⁸⁷⁷, les articles 41-1, 6° et 41-2, 14° du code de procédure pénale prévoient qu' « *en cas d'infraction commise soit contre son conjoint, concubin ou son partenaire lié par un PACS, soit contre ses enfants ou ceux de son conjoint [...], le procureur peut demander à l'auteur des faits de résider hors du domicile ou de la résidence du couple* ». Toujours selon ces textes, le procureur assortit la mesure d'éviction, d'une obligation de s'abstenir de paraître dans le domicile ou aux abords de celui-ci. Lorsque cela est nécessaire, par ailleurs, il enjoint à l'auteur de se soumettre à une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique⁸⁷⁸. Les mêmes obligations peuvent être prononcées par le juge des libertés et de la détention, dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire (article 138, 17° du code de procédure pénale) ou par le juge de l'application des peines, dans le cadre d'un sursis avec mise à l'épreuve (article 132-45 du code pénal).

⁸⁷⁶ Observatoire des violences envers les femmes du Conseil général de la Seine-Saint-Denis, *Contre les violences faites aux femmes : mieux protéger, c'est possible !*, Protocole pour la mise en œuvre de l'ordonnance de protection, 9 juillet 2010, p. 9 (en ligne) disponible sur le site du Ministère de la Justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/protocole_OP_professionnel_2011.pdf.

⁸⁷⁷ 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, JO du 5 avril 2006, p. 5097.

⁸⁷⁸ La structure dédiée à cette prise en charge peut-être imposée par le procureur de la République ou choisie par l'intéressé. Dans ce dernier cas, il devra justifier de la bonne exécution de son obligation. En fonction des parquets, cette prise en charge pourra consister dans des consultations médico-psychologiques, psychiatriques ou liées à des addictions alcoolémiques. Ce peut être encore un accompagnement social, généralement en association mais aussi dans des groupes de paroles ou des groupes de responsabilisation, V. K. Sadlier (dir.), *L'enfant face à la violence dans le couple*, 2^e éd., Dunod, 2015, p. 179.

Toutefois, aucun de ces procédés ne permet, là encore, de garantir la non-violation des mesures d'éviction et d'éloignement. En l'absence de modalités probantes d'hébergement du conjoint, toute entreprise de prise en charge de ce dernier s'avère éphémère et laisse l'intéressé libre de revenir au domicile.

207. L'ordonnance de protection dans la pratique, « une coquille vide ». – L'ordonnance de protection est sûrement la première procédure législative, en matière de lutte contre les violences – qui définit aussi clairement les compétences partagées du juge civil et du juge pénal. Toutefois, en pratique, elle est considérée, de l'aveu des professionnels de justice, comme « *une coquille vide* »⁸⁷⁹. En effet, elle demeure sous-utilisée, eu égard au nombre d'interconnexions et de moyens humains qu'elle requiert pour sa mise en place. Ainsi, elle nécessite « *un travail en réseau, la mise en place de conventions et un partenariat parquet/siège/greffe/barreau/huissiers/bureau d'aide juridictionnelle* »⁸⁸⁰. Mais surtout, il est indispensable que ces différents acteurs aient une grande faculté (et une volonté) à anticiper, d'amont en aval, les actions à mettre en œuvre pour aboutir à la réussite de la mesure. Par exemple, le Tribunal de Grande Instance de Montpellier a opté pour l'élaboration d'une convention avec le barreau et la chambre des huissiers, afin de s'assurer de la présence systématique de ces deux acteurs pour l'assignation du juge.

Néanmoins, depuis l'institution de ce dispositif, peu d'ordonnances de protection ont été délivrées. Au Tribunal de Grande Instance de Fontainebleau, par exemple, Stéphanie Maulet-Frebling, juge du siège, avouait n'en compter qu'une seule en 2011, trois en 2012 et deux en 2013. Elle expliquait notamment ces chiffres par le caractère prioritaire du traitement des violences conjugales sur le plan pénal. En effet, suite à la mise en place de dispositifs pénaux tels que le contrôle judiciaire ou l'interdiction pour l'auteur de rencontrer le conjoint, la délivrance d'une ordonnance de protection ne présentait plus de grand intérêt pour la victime. Le juge aux affaires familiales intervient donc sur des procédures plus spécialisées et propres à ses missions traditionnelles.

⁸⁷⁹ S. Maulet-Frebling, Propos recueillis lors d'un entretien mené au Tribunal de Grande Instance de Fontainebleau, décembre 2013. Stéphanie Maulet-Frebling occupait des fonctions de juge aux affaires familiales au Tribunal de Grande Instance de Fontainebleau. Elle est aujourd'hui Vice-présidente chargée des fonctions de juge des enfants au Tribunal de Grande Instance de Melun.

⁸⁸⁰ V. Dervieux, « Le nouveau rôle du parquet en cas de violences conjugales. L'expérience du parquet de Pontoise », *AJ. Fam.* 2013, p. 294.

De plus, l'ampleur du ressort judiciaire du Tribunal de grande Instance considéré peut justifier dans une certaine mesure ces chiffres. Par exemple, un tribunal tel que celui de Bobigny, où la population est plus dense et le nombre d'affaires de violences plus important, aura un emploi autre de l'ordonnance de protection qu'un tribunal à l'activité judiciaire plus modérée⁸⁸¹.

2) L'accompagnement du conjoint victime

208. Les mesures d'accompagnement de la victime. – Depuis les années 2010, les mesures d'accompagnement des victimes de violences conjugales se sont considérablement intensifiées. En effet, les plans interministériels successifs de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes ont mis l'accent sur une approche plus pédagogique du traitement judiciaire et social de cette délinquance de masse. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient d'étudier certains mécanismes saillants de cette nouvelle action des autorités publiques et normatives.

209. Le recueil à titre principal d'une plainte et l'information de la victime. – La consigne interministérielle en matière de lutte contre les violences conjugales est claire : aucune violence déclarée ne doit rester sans réponse pénale. Aussi, depuis le troisième plan interministériel de 2011-2013⁸⁸², quatre objectifs ont été élaborés s'agissant du recueil des plaintes et de l'encadrement des mains courantes ou procès-verbaux de renseignements judiciaires⁸⁸³. Ces objectifs ont été précisés et renforcés par le quatrième plan triennal interministériel de 2014-2016, établissant un protocole-cadre entre les ministres de la Justice, les ministres de l'Intérieur et ceux des Droits des femmes⁸⁸⁴.

Premièrement, toute victime se rendant à un commissariat ou une unité de gendarmerie doit systématiquement être encouragée à déposer une plainte. Elle doit, de plus, être dûment informée des différences entre la plainte, d'une part, et la main courante et les procès verbaux

⁸⁸¹ S. Maulet-Frebling, Propos recueillis lors d'un entretien mené au Tribunal de Grande Instance de Fontainebleau, décembre 2013.

⁸⁸² Ministère des Solidarités et de la cohésion sociale, Plan interministériel de lutte contre les violences faites aux femmes, 2011-2013 (en ligne) consultable sur le site du Ministère de l'intérieur : <http://www.interieur.gouv.fr/SG-CIPDR/Strategie-nationale/Programme-d-actions-pour-ameliorer-la-prevention-des-violences-faites-aux-femmes/Lutte-contre-les-violences-a-l-encontre-des-femmes-une-priorite>.

⁸⁸³ Sur les pratiques policières quant au traitement des mains courantes et procès verbaux, V. *infra*, n° 194.

⁸⁸⁴ Ministère des droits des femmes, Plan interministériel de prévention de lutte contre les violences faites aux femmes, 4^e, 2014-2016, p. 19 (en ligne) consultable sur le site du Ministère de l'Intérieur : <http://www.interieur.gouv.fr/SG-CIPDR/Strategie-nationale/Programme-d-actions-pour-ameliorer-la-prevention-des-violences-faites-aux-femmes/Lutte-contre-les-violences-a-l-encontre-des-femmes-une-priorite>.

de renseignements, d'autre part. Elle sera, de plus, informée des implications judiciaires de chacune de ces procédures. On le voit, donc, l'enquêteur se doit de jouer un rôle actif – voire proactif – dans la réception des plaintes.

Deuxièmement, dans le cas où la victime insisterait dans son refus de déposer plainte, le Guide de l'action publique préconise aux services enquêteurs de transmettre systématiquement les mains courantes au Parquet qui appréciera l'opportunité de poursuivre les faits⁸⁸⁵. Troisièmement, le dépôt de toute main-courante ou procès verbal doit être suivi d'une orientation de la victime vers des structures associatives compétentes implantées notamment dans les commissariats et gendarmerie, un psychologue ou un travailleur social. Alors que le Guide de l'action publique limitait cette orientation de la victime uniquement « *aux cas de souffrance manifeste* »⁸⁸⁶, le nouveau plan triennal la généralise à toute victime, dès le premier passage en commissariat, indépendamment de l'appréciation des agents enquêteurs. Enfin, quatrièmement, après dépôt d'une main courante ou d'un procès-verbal, il est préconisé aux enquêteurs de recontacter la victime dans les quarante-huit heures, afin de s'assurer de son état et de sa sécurité.

210. Le départ du conjoint victime du domicile conjugal. – Avant même que soient engagées les poursuites pénales, la victime peut décider de quitter le domicile, seule ou avec ses enfants. Toutefois, parce qu'un tel comportement peut lui être reproché, à l'occasion d'une instance en divorce pour faute ou dans le cadre d'une procédure pénale pour abandon moral de famille (article 227-17 du code pénal), la victime doit prendre certaines précautions. Aussi, il lui appartient de se rendre au commissariat ou à une unité de gendarmerie afin de les prévenir de son projet de départ, en déposant une main courante. De même, la victime peut solliciter du juge aux affaires familiales qu'il délivre une ordonnance de protection, en demandant à ce que sa nouvelle adresse soit dissimulée au conjoint violent (article 515-11, 6° du code civil). Également, toujours selon ce texte, elle peut demander à élire provisoirement domicile chez son avocat ou auprès du Procureur de la République près le tribunal de grande Instance.

Toutefois, la période antérieure à l'acte de départ est tout aussi importante que le départ lui-même. Elle constitue une période de stress pour la victime qui tente d'échapper à son époux,

⁸⁸⁵ Direction des Affaires criminelles et des Grâces, *Les violences au sein du couple*, Guide méthodologique de l'action publique, novembre 2011, p. 20.

⁸⁸⁶ Direction des Affaires criminelles et des Grâces, *op. cit.*

concubin ou partenaire violent, en raison des démarches et préparatifs essentiels qu'elle doit réaliser afin de dissimuler son projet à son agresseur. Aussi, depuis le troisième plan interministériel, des structures d'accueil à la victime de violences conjugales ont été mises en place. Depuis la fin des années 2013, on dénombre quatre-vingt dix-sept organisations de ce type installées dans quatre-vingt neuf départements français⁸⁸⁷. Ce dispositif de proximité nommé « accueil de jour » est dédié à l'accompagnement spécifique de femmes victimes de violences au sein du couple⁸⁸⁸.

Intervenant en amont des structures d'hébergement d'urgence et en aval d'associations d'aide et d'information aux victimes, ces accueils de jour ont pour mission d'accompagner la victime tout au long de son projet de départ. Ils contribuent en cela à prévenir la situation d'urgence. Selon Audrey Théophile, ancienne assistante sociale à l'Accueil de jour pour femmes victimes de violences (AJFVV) inséré en Guadeloupe⁸⁸⁹, cet espace permet aux femmes victimes de violences, venant spontanément ou orientées par d'autres structures⁸⁹⁰, de disposer d'un endroit où elles peuvent être prises en charge par un psychologue, une assistante sociale, une permanence juridique, ou recevoir des conseils d'un conseiller d'insertion professionnelle.

Avant le départ, ces acteurs amèneront la victime à prendre progressivement conscience de sa situation et de celle de ses enfants, tout en respectant la volonté de cette dernière. En préparation du départ, ils l'aident à réaliser certaines démarches telles que le dépôt de plainte, la saisine du juge aux affaires familiales en vue de la délivrance d'une ordonnance de protection, la recherche d'un logement d'urgence (en foyer essentiellement). Ils lui assurent aussi, un lieu sécurisant où laisser ses enfants le temps du départ. Ils peuvent également lui apporter quelques conseils rudimentaires pour élaborer un « bagage de survie » pour elle et ses enfants (qu'elle pourra laisser à l'accueil de jour). De même, la structure dispose d'une voiture permettant de véhiculer les victimes.

Par ailleurs, interviennent dans cette structure, des animateurs et des bénévoles qui mettent en place des activités diverses travaillant sur le développement personnel, la confiance et l'estime

⁸⁸⁷ Ministère des Solidarités et de la cohésion sociale, *op. cit.*, p. 76-77.

⁸⁸⁸ On regrettera là encore que les hommes victimes des mêmes violences demeurent les grands oubliés d'un tel dispositif gouvernemental.

⁸⁸⁹ Entretien téléphonique avec Audrey Théophile, ancienne assistante sociale à l'Accueil de jour pour femmes victimes de violences (AJFVV), Guadeloupe, 23 mai 2016.

⁸⁹⁰ Il peut s'agir de l'école des enfants, d'un service social, du travail de la victime ou d'une personne de sa famille. L'accueil de jour fait peut de promotion, parce qu'il doit nécessairement rester confidentiel ; ne serait-ce que pour la sécurité des professionnels qui y travaillent. Aussi, la victime est-elle le plus souvent informée de l'existence de ce dispositif, par des personnes de son entourage social ou familial immédiat.

de soi, la santé (sexuelle par exemple) et la famille (des ateliers parents-enfants autour de la cuisine, du dessin, ou du carnaval s'agissant spécifiquement de la Guadeloupe et de la Martinique).

211. Le stage de responsabilisation. – L'article 50 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes⁸⁹¹ a inséré aux articles 41-1 et 42-1 du code de procédure pénale un nouveau « stage de responsabilisation à la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et sexistes ».

Le procureur de la République peut désormais contraindre l'auteur des violences à suivre, à ses frais, un tel stage. Cette réponse pénale peut être retenue soit, à titre principal, soit en guise de peine complémentaire. Elle permet de diversifier le nuancier de sanctions pénales mis à disposition du magistrat. En réalité, ce stage de responsabilisation n'est qu'une forme renouvelée du stage de sensibilisation – déjà mis en œuvre en cas de violence parentale, d'infractions au code de la route ou de toxicomanie – et prévu par les mêmes textes.

Il convient cependant de préciser que ce stage n'a aucune prétention thérapeutique vis-à-vis de l'auteur des violences. Il consiste uniquement à sensibiliser l'intéressé « *aux conséquences concrètes de la violence conjugale* »⁸⁹² et, par là même, de son comportement. Aussi, outre l'insolvabilité éventuelle de l'auteur pouvant faire obstacle au financement du stage, ce mécanisme présente certaines limites et faiblesses. En effet, à condition qu'il demeure assidu au stage – sous peine de poursuites pénales – le délinquant reste libre de coopérer ou non à la discussion de groupe. D'ailleurs, souvent, les animateurs notent un manque d'implication de certains de ces conjoints, concubins et partenaires violents, ainsi qu'une propension marquée au déni⁸⁹³.

212. La généralisation du téléphone portable d'alerte pour les femmes en très grand danger (TGD). – Inspirée d'un dispositif adopté dès 2003 en Espagne⁸⁹⁴, la création du

⁸⁹¹ La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO* du 5 août 2014, p. 12949.

⁸⁹² C. Bouchoux, L. Cohen, R. Courteau, C. Jouanno, *L'évaluation des dispositifs de lutte contre les violences au sein des couples*, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, Sénat, 29 février 2016, p. 46 (en ligne) disponible sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/r15-425/r15-4251.pdf>.

⁸⁹³ C. Bouchoux, L. Cohen, R. Courteau, C. Jouanno, *op. cit.*, p. 47 (en ligne) disponible sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/r15-425/r15-4251.pdf>.

⁸⁹⁴ Ministère de la Justice, Un nouvel outil pour protéger les femmes victimes de violence. Le téléphone de grave danger doit permettre d'empêcher le passage à l'acte, Entretien avec Nathalie Riomet, magistrat chef du service

« Téléphone grand danger » relève en France d'une initiative des Tribunaux de grande Instance de Bobigny et de Strasbourg. Expérimenté dans un premier temps, dans treize départements⁸⁹⁵, cette mesure a été généralisée sur tout le territoire national, par le quatrième plan interministériel de 2014-2016⁸⁹⁶. Ainsi, son application et son développement s'inscrivent dans un objectif plus global de lutte contre les violences conjugales. En effet, ce procédé constitue un véritable atout préventif contre la récurrence des violences au sein du couple. Et pour cause, il semblerait qu'il ait largement fait ses preuves dans les tribunaux de grande instance précités⁸⁹⁷. Par exemple, la juridiction de Bobigny a mis, de 2009 à 2013, cent trente-six téléphones portables à la disposition de femmes victimes de violences conjugales. Un tiers de ces femmes a fait usage du téléphone au moins une fois. Huit interpellations ont pu être réalisées suite à un appel de ce type et ont donné lieu à une réponse pénale. Sur les quatre-vingt-sept femmes ayant restitué leurs téléphones, soixante-quatre étaient parvenues à normaliser leur situation et l'intégralité n'avait plus de contact avec leur ex-conjoint ou concubin.

L'article 36 de la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes⁸⁹⁸ a inséré dans le Code de procédure pénale, un nouvel article 41-3-1 posant les conditions d'attribution du téléphone grand danger. Ainsi, le Procureur de République peut – avec l'accord exprès de la victime – décider de l'attribution de ce dispositif de « téléprotection », pendant six mois renouvelables, si certains critères sont réunis. En effet, la victime de violences conjugales doit se trouver dans une situation de grande détresse (état de vulnérabilité, isolement). De plus, une séparation effective entre la victime et l'auteur des violences doit être constatée⁸⁹⁹. Ce dernier doit faire l'objet d'une mesure d'interdiction

chargé notamment de l'aide aux victimes, 16 septembre 2014 (en ligne) : <http://www.justice.gouv.fr/aide-aux-victimes-10044/un-nouvel-outil-pour-protéger-les-femmes-victimes-de-violence-27491.html>.

⁸⁹⁵ Il s'agissait des départements de Pontoise, Basse-Terre et de Pointe-à-pitre, Douai, Paris, Auxerre, Sens, Reims, Chalons en Champagne, Evreux, Evry, Créteil et de Versailles, V. Ministère de la Justice, *Le téléphone portable « Très grand danger » a fait ses preuves*, 16 septembre 2014 (en ligne) : <http://www.justice.gouv.fr/aide-aux-victimes-10044/le-téléphone-portable-tres-grand-danger-a-fait-ses-preuves-27492.html>.

⁸⁹⁶ Ministère des droits des femmes, Plan interministériel de prévention de lutte contre les violences faites aux femmes, 4^e, 2014-2016, p. 19.

⁸⁹⁷ Ministère de la Justice, *Le téléphone portable « Très grand danger » a fait ses preuves*, 16 septembre 2014 (en ligne) : <http://www.justice.gouv.fr/aide-aux-victimes-10044/le-téléphone-portable-tres-grand-danger-a-fait-ses-preuves-27492.html>.

⁸⁹⁸ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JO du 5 août 2014, p. 12949.

⁸⁹⁹ La seule exigence posée par le texte est que l'auteur des violences et la victime ne cohabitent pas ensemble. Ainsi, cette porte uniquement sur une séparation effective de domicile, indifféremment des relations affectives actuelles ou passées qui lient ces protagonistes.

judiciaire d'entrer en contact avec la victime, prononcée dans le cadre d'un contrôle judiciaire, d'une ordonnance de protection, d'une alternative aux poursuites, d'une composition pénale, ou à l'occasion d'un aménagement de peine. Ces dispositions sont également applicables lorsque l'auteur des violences est l'ex-conjoint, l'ex-concubin ou l'ex-partenaire de la victime.

213. Un processus de déclenchement du téléphone grand danger à simplifier. – Cependant, en dépit de l'originalité de ce procédé, certaines critiques peuvent être formulées, quant au processus de déclenchement de l'alerte des autorités publiques. En effet, ce dernier demande à la victime, alors placée dans une situation de grand danger, de recourir à un stratagème parfois indélicat pour que ne pas attirer l'attention de son agresseur situé à proximité. Ainsi, à l'aide d'un bouton placé sur le côté du téléphone, elle doit lancer un appel préalable à une plate-forme de téléassistance, jouant le rôle d'intermédiaire entre elle et les forces de l'ordre.

Ce télé-assisteuse – alors même qu'il détient déjà les informations nécessaires sur l'identité et la situation de détresse de la victime – lui pose des questions fermées afin d'évaluer le degré de gravité du risque et de relever la localisation du couple. La femme, dès lors, doit faire preuve de la plus grande des malices pour répondre à ces questions sans que son agresseur ne s'impatiente ou ne se doute de la nature de son appel. Ce n'est qu'après cette étape que les forces de police ou de gendarmerie seront alertées et qu'une patrouille sera dépêchée en urgence sur les lieux, en vue de l'interpellation de l'individu.

En outre, si la loi de 2014 prévoit que ce dispositif puisse être géolocalisé dorénavant⁹⁰⁰ – à l'instar de son homologue espagnol – cela n'est pas encore le cas dans tous les départements. Ainsi, par exemple, le dispositif de TGD du Tribunal de Grande Instance de Montpellier n'en bénéficie pas encore⁹⁰¹. Bien qu'il soit compréhensible que les forces de l'ordre ne souhaitent pas se déplacer chaque fois qu'une alerte est lancée par une victime de violences conjugales, le nombre de téléphones grand danger délivrés – sur une année – dans un même arrondissement judiciaire demeure faible voire exceptionnel. Ainsi, par exemple, le parquet de Montpellier n'a attribué qu'un seul téléphone de ce type depuis le début de l'année 2016.

⁹⁰⁰ Avant cette loi, ce n'était pas du tout le cas, V. O. Delacroix, « *Les femmes en très grand danger* », Dans les yeux d'Olivier, *France 2*, 23 septembre 2015.

⁹⁰¹ A. Fraud, juriste de l'association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis le 9 octobre 2016, Montpellier.

En somme, il aurait été plus pratique, au regard de l'exigence de célérité de cette mesure, que l'alerte aux autorités publiques puisse être donnée par la victime, *via* la simple activation de la géolocalisation de sa position.

3) Quelques pistes de travail à caractère préventif à approfondir

214. Rompre l'isolement de la victime de violences conjugales. – Hormis les insuffisances envisagées précédemment, concernant la prévention des violences entre époux, d'autres pistes de travail semblent devoir être approfondies, notamment sur la question de l'isolement de la victime.

215. Les formes de désaffiliation sociale et familiale constatées. – Ce qui caractérise le mieux la victime de violences conjugales – indifféremment de son milieu socio-professionnel ou de son profil psycho-affectif – c'est la situation d'isolement dans laquelle l'emprise exercée par son agresseur la place peu à peu. En effet, la désocialisation de la victime semble être un facteur réel de vulnérabilité aux violences intimes⁹⁰². Afin d'asseoir son autorité sur la victime, le conjoint violent crée volontairement un désert affectif autour d'elle.

Cette désaffiliation sociale, professionnelle et familiale peut être matérielle et tangible. Une étude réalisée dans le ressort des Tribunaux de grande instance de Tarn et d'Albi relevait que les victimes appartenant aux catégories sociales les plus défavorisées et fragilisées étaient souvent les plus surreprésentées⁹⁰³. Et pour cause, la situation de précarité (sociale et professionnelle) dans laquelle elles évoluent est plus propice à une désaffiliation.

De la même façon, il semble que la victime d'origine étrangère – en particulier si elle est en situation irrégulière – sera plus assujettie à ce type de violences qu'une ressortissante française. Parce qu'elle se trouve dans une configuration économique, administrative, familiale, sociale et professionnelle précaire, elle rencontrera plus de difficultés à créer un lien social riche. Également, il ne peut être nié que la modélisation – non pas tant religieuse –, mais assurément culturelle de ces victimes, fondée sur une domination normalisée de

⁹⁰² G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport n°1799 au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, p. 20.

⁹⁰³ F. Dieu et P. Suhard, *Justice et femme battue, enquête sur le traitement judiciaire des violences conjugales*, L'Harmattan, 2008, p. 25.

l'homme sur la femme, accentue encore davantage ces disparités. Enfin, la barrière linguistique à laquelle se confrontent ces sujets peut-être un véritable frein à leur émancipation sociale et financière. Par conséquent, en cas de mise à la porte du domicile conjugal par le conjoint violent ou de départ volontaire de la victime étrangère, cette dernière et ses enfants se trouvent souvent démunis. Elles ont le plus grand mal à réaliser des démarches rudimentaires telles que chercher un nouveau domicile, percevoir des aides financières⁹⁰⁴ ou trouver un emploi.

D'ailleurs, sensibles à cette vulnérabilité spécifique de la victime étrangère, les pouvoirs publics ont souhaité troquer une politique essentiellement sécuritaire en matière d'immigration, contre une politique plus protectrice de l'individu en tant que tel. Ainsi, la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes⁹⁰⁵ prévoit la possibilité de délivrer ou de renouveler le titre de séjour des femmes immigrées entrées sur le territoire français (au titre du regroupement familial) et séparées du conjoint violent⁹⁰⁶. Également, une carte de séjour avec la mention « vie privée et familiale » peut être octroyée à la victime⁹⁰⁷.

Cependant, les victimes issues des catégories les plus démunies ne sont pas les seules à connaître une désaffiliation sociale et familiale. Ce phénomène touche tous les milieux sociaux⁹⁰⁸. L'isolement économique, social, familial et professionnel que peut éprouver la femme au foyer, prisonnière d'« une prison dorée » et victime de violences conjugales, est aussi réel et tangible.

Mais, cette désaffiliation peut parfois présenter une forme plus subtile. En effet, la victime de violences conjugales peut ne pas être socialement désaffiliée à proprement parler. Mais, en raison d'un excès de discrétion et de pudeur de la part de son entourage immédiat, elle connaîtra une forme d'isolement émotionnel, tout aussi paralysant. Ainsi, par exemple, on s'aperçoit que les territoires îliens tels que la Guadeloupe, comptent parmi les plus représentés

⁹⁰⁴ Lorsque la femme sans titre de séjour décide de quitter son conjoint ou concubin suite à des violences conjugales, elle perd *de facto* toutes les prestations familiales et options de garde collective que lui offrait sa situation conjugale. De plus, une pratique bancaire répréhensible tendant à refuser à la femme en situation irrégulière l'ouverture d'un compte en banque a été constatée. Par conséquent, les aides familiales continuent à être perçues par le conjoint violent, ressortissant français ou séjournant régulièrement en France, V. G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, *op. cit.*, p. 165.

⁹⁰⁵ 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, *JO* du 10 juillet 2010, p. 12762.

⁹⁰⁶ Art. L431-2 CESEDA.

⁹⁰⁷ Art. L. 313-12 et L316-3 du CESEDA.

⁹⁰⁸ V. *supra*, n° 179 ; cela a également été mis en évidence par l'étude de la criminalité domestique dans les ressorts des Tribunaux de grande instance de Tarn et d'Albi, V. F. Dieu et P. Suhard, *op. cit.*, p. 25.

en matière de violences conjugales⁹⁰⁹. Pourtant, la proximité géographique et relationnelle qu'entretiennent entre eux les membres d'une même patrie est forte ; et il n'est pas rare que le jeune couple avec enfants vive encore au domicile des parents paternels ou maternels. Parfois même, les membres de la famille élargie résideront, pour la plupart, dans la même rue ou dans le même secteur géographique. Néanmoins, la culture du « non-dit » et l'idée selon laquelle le règlement des contentieux relève de l'apanage seul du ménage y sont omniprésentes.

216. Insister davantage sur le rôle central de l'entourage de la victime. – Au vu de ces constatations, il semble qu'il soit primordial de replacer l'entourage de la victime au cœur de la prise en charge thérapeutique et sociale (en association ou en foyer) de celle-ci. En effet, les acteurs du monde judiciaire et associatif doivent travailler de concert avec les proches de ces victimes, pour tenter de construire des passerelles entre elles et le monde extérieur.

Au fil de nos recherches et entrevues, nous avons pu observer que la victime de violences conjugales qui parvient à sortir de la relation d'emprise est également celle qui a conservé des liens avec les membres de sa famille. Souvent, la victime met ses proches (majoritairement ses parents, un frère, une sœur) à distance afin de les protéger de son conjoint violent. Aussi, la persévérance de ces derniers et leur soutien – en dépit du contrôle qu'exerce sur elle l'agresseur – constituent pour la victime un véritable rempart.

Mais surtout, s'agissant de la mère victime de violences conjugales, on constate que la réaction de ses enfants (adultes ou mineurs) aux violences – soit en tentant de s'interposer pour protéger le parent dominé, soit en demeurant impassibles – constitue un déclencheur de lucidité déterminant. En effet, nous l'avons vu, la victime de violences conjugales aura tendance à faire passer son propre intérêt et son bien-être après ceux de son agresseur. Toutefois, son souci presque pulsionnel de protéger ses enfants semble le seul à même de mettre en balance la place démesurée qu'occupe le conjoint violent dans son quotidien.

Il est vrai, à ce propos, que l'intervention des parents ou amis de la victime n'aura pas nécessairement un tel effet systématique. Malheureusement, en l'absence de cas précis ou

⁹⁰⁹ Depuis 2005, une augmentation du nombre de violences conjugales a été constatée en Guadeloupe. Les femmes victimes de violences – domiciliées en Guadeloupe – sont majoritairement de nationalité française. Dans 80 % des cas, ce sont de jeunes mères de famille. Elles ont pour plupart un niveau d'étude inférieur au baccalauréat et un peu plus de la moitié est en situation de chômage (52,38% des femmes hébergées dans un centre d'hébergement d'urgence). Tous ces facteurs risquent de pouvoir expliquer cette hausse des violences relevées, V. Observatoire féminin, *Les femmes victimes de violences conjugales en Guadeloupe*, 2005 ; Observatoire féminin, *Les chiffres des violences faites aux femmes en Guadeloupe*, décembre 2013 (en ligne) : http://observatoirefeminin.fr/files/ETUDE_VIOLENCE_2013_LOIS_2.pdf.

d'étude sur la question, il est impossible d'affirmer que cet élément déclencheur aurait les mêmes répercussions sur le père victime de violences conjugales.

Aussi, pour toutes ces raisons, est-il intéressant d'insister davantage sur la conservation des liens entre les victimes et leur entourage, en vue de leur reconstruction. Deux hypothèses se présentent alors. La première tendrait – pour les psychologues, structures associatives d'aide ou travailleurs sociaux, à inciter la victime à reprendre contact avec ses proches, qui se seraient peu à peu éloignés suite à de multiples mises à distance. La deuxième consisterait à informer l'entourage immédiat de la victime du rôle qu'il peut jouer dans la guérison de celle-ci. Cette information serait directe dans le cas d'une thérapie familiale par exemple ; ou, indirecte *via* les médias, par des campagnes de sensibilisation à l'attention des proches de ces victimes en situation d'isolement.

B. Le volet répressif de la lutte contre les violences conjugales

217. Le durcissement de la répression des violences conjugales. – Deux grandes réformes législatives ayant contribué à marquer un tournant dans le renforcement du traitement pénal des violences conjugales, seront étudiées ici. Ainsi, tout d'abord, 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 mineurs⁹¹⁰ fait du lien conjugal – actuel et ancien – existant entre la victime et l'auteur une circonstance aggravante autonome. Insérée à l'article 132-80 du code pénal, cette circonstance permet donc d'élargir le champ de la répression à tout acte de violence physique, sexuelle ou psychologique, ou à tout homicide, commis par un conjoint, un concubin ou un partenaire lié par un PACS.

Mais c'est la récente loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes qui s'illustre le plus dans le regain de répression de ce phénomène criminel. En effet, cette loi est venue créer de nouvelles infractions. C'est le cas des délits de violences psychologiques⁹¹¹, de mariage forcé⁹¹², de harcèlement⁹¹³ et de violences habituelles au sein

⁹¹⁰ 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, *JO* du 5 avril 2006, p. 5097.

⁹¹¹ Art. 222-14-3 C. pén.

⁹¹² Art. 222-14-4 C. pén.

⁹¹³ Art. 222-33-2-1 C. pén.

du couple⁹¹⁴ – étudiés précédemment⁹¹⁵. De même, elle aggrave les peines d'infractions préexistantes. Tel est le cas du délit de menaces, incriminé par l'article 222-18-3 du code pénal, lorsqu'il est commis à l'encontre du conjoint, du concubin ou du partenaire d'un PACS⁹¹⁶.

218. Un cas particulier : les modalités de répression des violences conjugales au Tribunal de Grande Instance de Montpellier. – Depuis ces deux dernières années, la politique judiciaire menée au Tribunal de Grande Instance de Montpellier, s'agissant des violences conjugales, dénote une réelle volonté d'endiguer cette problématique. Ainsi, certaines observations quant à l'activité de cette juridiction permettent d'attester d'un renforcement de la réponse pénale apportée. Par exemple, particulièrement lorsque sont en causes des faits de violences au sein du couple, le directeur des services de greffe judiciaire fait un effort supplémentaire dans l'étude des dossiers d'aide juridictionnelle. Ainsi, par exception et au regard de l'objet du contentieux, elle peut se voir accordée à un candidat qui ne remplirait pas les conditions requises en vue de son obtention. De plus, selon le Bureau d'aide aux Victimes situé au Tribunal, est notée une recrudescence récente des convocations par procès verbal, même s'agissant d'incapacités totales de travail assez légères⁹¹⁷. Or, notifiées par le procureur de la République, après déferrement du mis en cause, une augmentation ou au contraire une diminution de ces convocations, semble représentative des évolutions de la politique pénale d'un parquet, sur une période considérée. En effet, parce qu'elles permettent de convoquer à courte échéance, le prévenu devant le tribunal correctionnel, elles dénotent une volonté du parquet d'apporter une réponse pénale rapide et exemplaire à l'atteinte à l'ordre public.

§2 - La protection de l'enfance en danger

⁹¹⁴ Art. 222-14 C. pén.

⁹¹⁵ V. *supra*, n° 91.

⁹¹⁶ Ces actes sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ou de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende, selon la modalité de commission de l'infraction (avec ou sans ordre de remplir une condition), V. *supra*, n°106. Lorsque ces menaces ne seront pas proférées par le conjoint, elles seront punies respectivement de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (art. 222-18 C. pén.) ou de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende (article 222-17 du C. pén.).

⁹¹⁷ A. Fraud, juriste de l'association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis le 9 octobre 2016, Montpellier.

219. La protection de l'enfance en danger représente un objectif majeur de l'action gouvernementale. Or, le premier lieu où doit intervenir cette protection de l'enfant, c'est son milieu familial. Ainsi, lutter contre les dysfonctionnements survenant à l'intérieur du couple, c'est protéger l'enfant d'une inéluctable co-victimisation (A). Cependant, dans le cas où cette « pré-protection » ne se serait pas avérée efficace, les autorités publiques se doivent de veiller à la sécurisation du parcours du mineur hors de son foyer d'origine (B).

A. L'enfant co-victime des violences conjugales

220. Les conséquences de la violence intraconjugale sur les enfants du couple. – « *Les enfants sont souvent capables d'estimer le degré de violence par le niveau de désagréments qu'ils ressentent* »⁹¹⁸. Ainsi, les oppositions d'opinion et querelles qui pourraient survenir entre deux parents sur certains points de désaccord (éducation des enfants, organisation de la vie quotidienne de la famille) ne sont pas préjudiciables à l'enfant.

Au contraire, lorsqu'elle est « incontrôlée et paroxystique »⁹¹⁹, la violence entre parents devient dangereuse. L'enfant la vit, en effet, comme une agression. Il peut dès lors développer un sentiment de culpabilité, se pensant responsable de la violence de ses parents. Mais il arrive également, qu'il se sente poussé en marge de la sphère familiale, alors réduite au duo parental. Aussi, la perpétuation de la violence peut-elle être perçue par l'enfant comme un moyen d'exister au sein de la famille.

S'agissant de l'exposition de l'enfant aux violences conjugales, celle-ci peut prendre différentes formes⁹²⁰. Elle peut, d'une part, être directe : l'enfant est alors physiquement présent lors des scènes de violence entre ses parents. Il arrive même parfois qu'il y participe malgré lui. En effet, il peut être manipulé par le conjoint violent afin d'exercer sur l'autre parent un chantage. De plus, fréquemment, l'enfant s'interpose pour protéger le parent victimes des excès de violence de son autre parent. Il devient ainsi la victime directe de coups et blessures qui ne lui étaient pas initialement destinés. De tels assauts peuvent aller jusqu'à provoquer la mort de la mère et du mineur⁹²¹.

⁹¹⁸ F. Math et D. Desor, *Comprendre la violence des enfants. L'apport des neurosciences*, Dunod, 2015, p. 69.

⁹¹⁹ F. Math et D. Desor, *op. cit.*, p. 70.

⁹²⁰ S. Lemitre, « Effets subjectifs des violences conjugales sur l'enfant. Terreur, effondrement et répétition », in *Violence et Famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 87 sq.

⁹²¹ V. *supra*, n°142.

Elle peut également, d'autre part, n'être qu'indirecte. Dans ce cas, l'enfant sera le témoin oculaire ou auditif des violences. On parle ici d'une « *exposition sensorielle* »⁹²² aux violences. Mais, cette exposition indirecte aux violences se mesure aussi par les conséquences *a posteriori* de ces dernières. Elles seront essentiellement d'ordre institutionnel. En effet, une fois révélé le dysfonctionnement familial, l'enfant se trouvera presque toujours pris en otage entre ses deux parents, en raison du sentiment de loyauté éprouvé à leur égard. De même, les interpellations policières et diverses procédures judiciaires (auditions et témoignages, placement éducatif notamment) accentueront davantage les souffrances émotionnelles de l'enfant. Toutes les situations de séparation parentale et l'éclatement du cocon familial engendrent de véritables chocs émotifs chez le jeune sujet.

Les différentes études menées sur la question démontrent que les enfants exposés jeunes aux violences conjugales présentent plus de risque de développer des comportements agressifs, dépressifs ou anxieux⁹²³. Ils sont également plus assujettis aux états de stress post-traumatiques, et ce peu importe la forme de leur exposition aux violences⁹²⁴. Par ailleurs, il a été établi que le risque de victimisation future – à des atteintes sexuelles, corporelles ou psychologiques – était plus élevé chez les enfants déjà exposés aux violences de leurs parents que chez les autres. En effet, une enquête menée sur l'« *influence des violences domestiques sur le comportement et le fonctionnement des enfants* »⁹²⁵ en 2007, relevait que, sur une période de douze mois, les mères qui avaient été exposées à la violence domestique au cours de leur enfance, étaient plus souvent victimes de violences physiques, psychologiques et sexuelles de la part de leur époux, que les autres mères non exposées. Enfin, les sujets mineurs, qui auront intériorisé ces comportements violents comme un mode de fonctionnement, auront davantage tendance à reproduire le processus de violence de leurs parents, dans leurs propres relations intimes (contre leur mère ou leurs compagnons). Ils montrent, en effet, à l'âge adulte, une intolérance aux frustrations et des difficultés à affronter le conflit de manière pacifiée⁹²⁶.

⁹²² S. Lemitre, *op. cit.*, p. 87.

⁹²³ S. Lemitre, *ibidem*, p. 88.

⁹²⁴ P. Lehmann, « The development of posttraumatic stress disorder (PTSD) in a sample of child witnesses to mother assault », *Journal of Family Violence*, n° 12, p. 245.

⁹²⁵ G. J. Ybarra, S. L. Wilkens et A. F. Lieberman, « The influence of domestic violence on preschooler behavior and functioning », *Journal of Family Violence*, n°22, 2007, p. 37.

⁹²⁶ C. Llor, psychologue de l'Association d'aide aux victimes d'infractions pénales, Propos recueillis le 16 octobre 2016, Montpellier.

221. Les familles à haut risque criminogène. – Certaines familles présentent de multiples facteurs dysfonctionnels exposant leurs membres à un risque pathologique et criminogène important. On parlera alors de « familles à risque » ou de « *familles à problèmes multiples* »⁹²⁷. Ce qui caractérise ces cellules familiales, c'est le croisement de toutes les formes de violences, qu'elles soient sexuelles, psychologiques ou physiques. Ces familles sont donc plus vulnérables que les autres : « *elles accumulent des difficultés psychosociales multiples, utilisent peu les lieux médico-sociaux mis à leur disposition et se retrouvent plus à risque de développer des troubles précoces de la relation parent-enfant ainsi qu'une psychopathologie ultérieure* »⁹²⁸. Or, l'étude de certains cas pratiques, nous donne à constater dans ces familles, une corrélation entre les mauvais traitements faits à enfants et les violences intraconjugales. Il n'est pas rare, en effet, que ces deux types de délinquance intrafamiliale y coexistent ou se substituent l'une à l'autre. Deux exemples de familles à haut risque criminogène et pathologique ont été retenus.

Le premier est celui de l'homicide de *Bastien*, alors âgé de trois ans, par son père⁹²⁹. Le petit garçon était le fruit d'une grossesse non désirée des deux parents. Alors qu'il avait une sœur aînée âgée de cinq ans au moment des faits, il était devenu le souffre-douleur de son père, qui lui infligeait régulièrement de mauvais traitements. Le 25 novembre 2011, de retour au domicile familial, prétextant le mauvais comportement de son fils à l'école, l'homme place Bastien nu dans le lave-linge pour le punir, et met ce dernier en marche. L'enfant succombera à cet énième châtement, après avoir supplié les membres de sa famille de le laisser sortir. Mais, pendant ce temps, la mère et la fille réalisent un puzzle dans le salon, alors que le père surfe sur Internet... Les deux parents sont poursuivis respectivement pour meurtre sur un mineur de quinze ans⁹³⁰, non-dénonciation de crime⁹³¹ et non-assistance à personne en danger⁹³². L'enquête et les témoignages des proches de Charlène Cotte, mère de Bastien, révéleront les violences conjugales graves infligées à la femme par son époux. Cette dernière expliquera plus tard son inertie face aux châtements imposés à son fils, par la frayeur qu'elle éprouvait vis-à-vis de son compagnon.

⁹²⁷ A. Guedeney et J. Le Foll, « Visites à domicile préventives périnatales dans les familles à problèmes multiples : efficacité et limites », *Devenir*, n° 1, vol. 26, 2014, p. 59-72.

⁹²⁸ A. Guedeney et J. Le Foll, *op. cit.*, p. 59.

⁹²⁹ C. Piquet, « Le calvaire du petit Bastien mort dans une machine à laver », *Le Figaro*, 9 septembre 2015.

⁹³⁰ Art. 221-4, 1° du C. pén.

⁹³¹ Art. 434-1 du C. pén.

⁹³² Art. 223-6 du C. pén.

Le couple était déjà suivi par les services sociaux depuis 2009, à la suite de plusieurs signalements inquiétants. Leur enquête a démontré que le couple vivait dans une réelle misère sociale, les deux conjoints n'ayant aucune activité professionnelle. Christophe Champenois, âgé de trente-trois ans au moment des faits, a connu une enfance difficile entre un père alcoolique, qui l'emmenait dans les bars qu'il fréquentait et une mère instable. À l'âge adulte, il a à son tour développé une accoutumance à l'alcool. Il se décrit lui-même comme quelqu'un de « *nerveux et d'impulsif* ». De plus, il a quelques antécédents judiciaires, dont un relatif aux violences physiques exercées sur son épouse. Pour sa part, Charlène Cotte, âgée de vingt-cinq ans au moment des faits, a également eu une enfance peu heureuse. Elle est exposée jeune à l'alcoolisme de son père et évolue dans une famille précaire. Lorsqu'elle tombe enceinte de Bastien, elle nie sa grossesse, la cache à son entourage et notamment à son époux qui ne voulait pas d'autre enfant. En dépit de ces éléments, les travailleurs sociaux attestent n'avoir relevé aucun signe de violences physiques sur la personne de Bastien⁹³³ et avaient privilégié le maintien des enfants au sein du foyer. Pourtant, la sœur aînée de la victime, témoin de cette violence domestique, a révélé que ce n'était pas la première fois que son père mettait Bastien dans le lave-linge. Aujourd'hui, profondément marquée par ces drames familiaux, elle a été placée dans deux familles d'accueil en quatre ans⁹³⁴.

Le deuxième exemple concerne la famille de Céline, Britany et Soulyvan, enfants d'une même fratrie et victimes de violences sexuelles commises successivement par leur père biologique, puis leur beau-père. La Chambre des appels correctionnels de la Cour d'appel de Douai a eu à connaître de cette affaire troublante, le 21 mars 2007⁹³⁵. Corinne, la mère des enfants mineurs, a connu un grave épisode dépressif ayant nécessité son hospitalisation. Pendant ce temps, les enfants placés sous la garde de leur père, étaient victimes de violences sexuelles commises par celui-ci (tentative de pénétration du vagin et de l'anus des enfants avec le doigt, au cours du bain). Interpellé et condamné pour ces faits, le père fut écroué, et les frères et sœurs âgés respectivement de cinq, huit et dix ans au moment des faits, ont été placés dans trois familles d'accueil différentes. Corinne – remise en ménage avec son

⁹³³ Pourtant, l'enfant ne subissait pas que des violences physiques de la part de son père. En effet, la mère de l'enfant avouera au procès que le garçon avait également très peur de son père. Au delà des coups, Bastien était régulièrement séquestré dans un placard, les mains attachées par du ruban adhésif, avec pour seul effet un pot afin qu'il fasse ses besoins, V. C. Piquet, « Le calvaire du petit Bastien mort dans une machine à laver », *Le Figaro*, 9 septembre 2015.

⁹³⁴ J. Pham-Lê, « Mort de Bastien dans un lave-linge : quel avenir pour la sœur ? », *L'Express*, 12 septembre 2015.

⁹³⁵ Douai, Ch. des appels correctionnels, 9^e, 21 mars 2007, RG n° 06/03302.

concubin, Franck, chez qui elle résidait – a sollicité dès son rétablissement un droit de visite et d'hébergement qui lui a été accordé. Mais, seulement quelques mois plus tard, les enfants commençaient à faire état de faits réitérés d'agressions sexuelles et de viols imposés par leur beau-père et leur mère. Le mode opératoire des deux individus était toujours le même. Après le coucher, le beau-père isolait les jeunes victimes. Il réveillait puis amenait l'un d'entre eux au salon, avant de lui imposer des masturbations, des pénétrations avec des objets ou avec le doigt, ainsi que des tentatives de pénétration avec son sexe. La mère était toujours témoin de ces scènes, et parfois mimait les gestes de son concubin sur la personne de ses enfants. Lors de leurs différentes auditions, les enfants relataient, d'une part, que Franck et leur mère s'alcoolisaient régulièrement et que, d'autre part, cette dernière exerçait sur eux un chantage affectif. En effet, elle leur avait demandé de ne pas la dénoncer, car « *elle irait en prison* » autrement.

Au cours de l'instruction, Corinne a adressé plusieurs courriers au juge, évoquant des violences conjugales et des rapports sexuels non consentis que lui aurait imposé son concubin. Une partie de ces faits a d'ailleurs été confirmée par certains témoignages, faisant état de « *disputes continues [du couple], de leur vulgarité et du manque d'attention aux enfants, livrés à eux-mêmes, sales et grossiers* ». Corinne précisait encore qu'elle avait commis les actes litigieux sous la contrainte de Franck, « *pour éviter de recevoir des coups* » en cas de refus. S'agissant, enfin, du profil psychiatrique des auteurs, les différentes expertises relevaient chez Corinne et Franck, une immaturité prononcée avec un fonctionnement affectif construit sur « *un registre égocentrique et narcissique* ». Tous deux présentaient une incapacité à se remettre en cause et à assumer la responsabilité de leurs actes. De plus, il ressort de la psychanalyse de la femme, qu'elle a elle-même été victime d'abus sexuels de la part de son oncle étant enfant ; ce qui l'aurait conduite à tenter de se suicider à plusieurs reprises. Elle ne conçoit, ensuite, la relation intime qu'à travers des rapports de soumission et de dépendance affective ; ce qui la conduirait probablement à accepter de ses compagnons des comportements intolérables vis-à-vis d'elle même, mais aussi à l'égard de ses enfants.

B. La sécurisation du parcours de protection de l'enfant

222. Le caractère tardif du placement du mineur, le maintien dans la famille dysfonctionnelle. – La consécration par la Convention de New York de 1990⁹³⁶, d'un intérêt supérieur de l'enfant, primant sur celui des personnes qui en assument la responsabilité, a marqué un tournant considérable dans la conception même du statut du mineur. Ce concept d'intérêt supérieur de l'enfant est, ainsi, devenu une véritable valeur juridique à protéger. Il est, à ce titre, évoqué à l'envi pour motiver la décision d'agrément ou de refus à une adoption⁹³⁷, ou s'agissant de l'exercice de l'autorité parentale et de l'association du mineur aux décisions qui le concernent (article 371-1 du code civil). Aussi, de manière logique, s'attendrait-on à ce que les dispositions législatives de protection à l'enfance en danger soient axées prioritairement sur le bien-être et la sécurité de l'enfant. Pourtant, pendant longtemps, les mesures de prises en charge de l'enfance menacée n'ont octroyé qu'une part subsidiaire à l'intérêt de ce protagoniste. En effet, le premier objectif affiché, dans le traitement des violences faites à enfant, est le maintien du lien familial. Or, cette approche familialiste de la protection de l'enfance en danger aboutissait finalement à sauvegarder une sorte de droit des parents à l'enfant. À ce propos, d'ailleurs, un auteur s'offusquait à raison du fait que « *le statut de l'enfant [était devenu misérable en France] : loin d'être une "personne", il semble plutôt être la propriété de sa famille, même si celle-ci est nocive* »⁹³⁸.

Par conséquent, la règle en droit français était le maintien du mineur au sein du foyer familial, même dysfonctionnel. Et pour cause, telles que définies par l'article L. 221-1 du code de l'action sociale et des familles, les missions de l'Aide sociale à l'enfance (ASE) sont avant tout préventives. Elles consistent à « *apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique tant aux mineurs qu'à leur famille [...] confrontés avec difficulté risquant de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité de ces mineurs* ». En somme, le placement demeure une mesure de dernier recours : selon l'enquête « Événements de vie et santé », seuls 2,4% des hommes et 3,0 % des femmes en ont fait l'expérience⁹³⁹.

⁹³⁶ Convention Internationale des Droits de l'Enfant, signée à New York, le 26 janvier 1990, décret n° 90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, *JO* du 12 octobre 1990, p. 12363.

⁹³⁷ V. *supra*, n°68

⁹³⁸ A. Tursz, « Préface », in *Violences et santé en France : état des lieux*, Paris, La Documentation Française, 2010, p. 9.

⁹³⁹ F. Beck, C. Cavalin et F. Maillochon, *Violences et santé en France : état des lieux*, Paris, La Documentation Française, 2010, p. 127.

Toutefois, depuis plusieurs années, la médiatisation massive de drames familiaux mettant en scène des parents tortionnaires et infanticides cause l'effroi et l'incompréhension générale. La polémique publique enfle quant à un dispositif législatif, administratif et judiciaire, jugé propice à une prise en charge indolente et défaillante de l'enfant, scellant ainsi celui-ci à son triste sort. En effet, il faut être conscient que la mort de l'enfant battu, très souvent, ne relève pas d'un homicide au sens pénal du terme, mais de mauvais traitements répétés qui « ce jour là » auront un dénouement tragique. Il suffira d'un coup de trop, de sévices plus violents qu'à l'accoutumée, ou d'une mauvaise chute, pour que l'issue des violences soit fatale à l'enfant. Pour cette raison, la situation familiale de ces enfants doit être considérée comme présentant un critère d'urgence incompressible. Aussi, leur traitement se doit d'être rapide, car du jour au lendemain, d'une heure à l'autre, le drame peut survenir.

Néanmoins, il est souvent complexe notamment pour le professionnel d'apprécier le moment propice au signalement et au placement.

223. *Quid de l'appréciation du moment opportun du signalement et du placement.* – Il est à craindre que les actes de signalement et de placement interviennent trop tardivement dans la prise en charge du mineur. Mais, il ne faudrait pas pour autant qu'ils soient trop précoces, sous peine d'un échec de la mesure de protection. Aussi, pour le professionnel jauger le moment précis de l'opportunité de ces actes peut s'avérer difficile.

Ces difficultés peuvent tenir, d'une part, de la matérialité des faits. Ainsi souvent, les éléments de preuve en la possession du professionnel se résumeront à de simples présomptions ou intuitions sans valeur juridique probante et inaptes à fonder un acte de signalement. Il arrive encore que le professionnel puisse douter de la fiabilité de la dénonciation initiale. C'est le cas notamment lorsque cette dernière émane de particulier (voisin, membres de la famille) partial ou vindicatif à l'égard de la famille incriminée. De même, le professionnel peut craindre de mal interpréter ses observations ; comme par exemple, le fait de confondre des traces de violence physique avec des cicatrices laissées par des blessures que l'enfant se serait fait lui-même. Par ailleurs, dans certaines situations, la preuve des mauvais traitements n'est pas évidente. C'est le cas des violences psychologiques, plus difficiles à établir que les violences physiques. D'ailleurs, même s'agissant de sévices d'ordre physique ou de privations de soins ou d'aliments, il se peut que le temps écoulé entre la commission des faits et le moment où le professionnel rencontre ou consulte effectivement le mineur soit trop important, pour en détecter les traces.

Mais ces difficultés peuvent être imputables, d'autre part, à la personne même de l'observateur. En effet, celui-ci peut faire preuve d'une incompétence ou d'une défaillance passagère. Mais il n'est pas exclu également qu'un professionnel qualifié et attentif puisse manquer un élément alarmant. Aussi, le professionnel n'est pas infaillible. En outre, ces experts ne peuvent pas toujours assurer de manière continue le suivi de toutes les familles. « *Les intervenants psychosociaux ou médicaux ne peuvent pas faire preuve d'éveil et de résonance face à toutes les familles qu'ils reçoivent ou qu'ils côtoient pour des motifs divers, et suspecter toute erreur éducative d'ouvrir la porte à une maltraitance* »⁹⁴⁰. Enfin, il existe chez le professionnel – comme chez tout citoyen – une appréhension réelle face à l'acte de signaler. L'être humain a cette propension naturelle – voire même un instinct de survie – à occulter le pire afin de continuer à vivre sereinement. Or l'horreur indicible que peuvent renfermer certains foyers en fait partie.

Au surplus, le signalement précoce par le professionnel d'un comportement rapporté par la jeune victime, pourrait conduire à braquer cette dernière. Dès lors, au moment de son audition par les services enquêteurs, elle pourrait être amenée à démentir la totalité de ses confidences. Il est nécessaire, surtout dans la relation de professionnel à enfant, de créer des rapports de confiance pour libérer la parole du mineur. Ces entretiens répétés seront aussi l'occasion de débiter avec lui un travail de prise de conscience quant au caractère anormal des sévices qui lui sont infligés. Ainsi, il n'est pas rare que le professionnel retarde le moment du signalement.

De la même manière, le placement du mineur ne doit pas être décidé de façon hâtive sous peine d'erreurs de jugement. Ainsi, par exemple, dans le système anglo-saxon de protection de l'enfance, tout soupçon de mauvais traitements sur le mineur suffit à justifier son retrait de la famille d'origine et son placement en famille d'accueil. Le placement y est donc perçu comme une mesure préventive aux violences vraies ou seulement supposées. Bien que ce dispositif « *a priori* » ait le mérite de mettre l'enfant à l'abri de parents véritablement maltraitants, il conduit parfois à de mauvaises interprétations quant à l'origine des fractures, blessures et hématomes relevés sur l'enfant⁹⁴¹. En somme, ce mécanisme d'anticipation

⁹⁴⁰ I. Angelino, *L'enfant, la famille, la maltraitance*, Paris, Dunod, 2004, p. 88.

⁹⁴¹ S. Kraland, « Royaume-Uni : le scandale des enfants retirés abusivement à leurs parents par les services sociaux », *Le Huffingtonpost*, 14 janvier 2013. Après l'établissement par les médecins de plusieurs fractures de la jambe de leur enfant nouveau-né, Nicky et Marc Webster sont poursuivis pour mauvais traitement à enfant.

précoce des violences infantiles par le biais du placement semble, à plus d'un titre, excessivement arbitraire. Une fois la spirale judiciaire mise en marche, il devient quasi impossible d'en sortir indemne : à la fois, pour les parents qui auront été accusés à tort de mauvais traitements sur leurs enfants, pour les enfants qui auront été violemment séparés d'une famille aimante, ou pour les éventuelles familles adoptives qui auront nourri l'espoir vain d'accueillir un enfant au sein de leur foyer.

224. La réforme française de la protection de l'enfance en danger. – La politique française de la protection à l'enfance a récemment été réformée par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant⁹⁴². À dire vrai, ce texte contribue davantage à une réaffirmation des objectifs principaux de la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance⁹⁴³. En effet, depuis 2007, le législateur privilégie une protection **sociale** de l'enfance en danger. Aussi, la logique de protection de l'enfance repose essentiellement, en France, sur une approche préventive. Ce n'est que dans le cas où l'action des services sociaux aura été infructueuse que la saisine des instances judiciaires interviendra. Aussi, la protection repose-t-elle, avant tout, sur la faculté des services sociaux à remédier à la situation du mineur. Cette idée de prévention s'observe notamment dans la procédure de recueil des signalements, mise en place par la loi du 5 mars 2007. En effet, avant cette loi, tout soupçon de mauvais traitements pouvait justifier la saisine du parquet, ce qui aboutissait à son engorgement. Depuis 2007, une cellule départementale de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes a été créée. Elle est placée sous l'égide du président du conseil départemental qui reçoit des différentes structures et institutions, les informations préoccupantes concernant un mineur présumé ou avéré se trouver en situation de danger.

Selon l'article L. 226-3, alinéa 3 du code de l'action sociale et des familles, ces informations sont prétraitées par une équipe pluridisciplinaire de professionnels formés à cet effet. Après évaluation, seuls les cas les plus graves feront l'objet d'un signalement au procureur de la République. Ainsi, la saisine de ce dernier par le président du conseil départemental est soumise à deux séries de conditions cumulatives prévues à l'article L. 226-4 du même code.

Leur enfant est aussitôt placé, par les services sociaux, en famille d'accueil. De plus, par mesure préventive, leurs deux enfants aînés leurs sont aussi retirés. Plusieurs années après, l'enquête a permis de démontrer que les blessures de l'enfant étaient dues à une carence alimentaire chez le bébé qui ne rejetait le lait maternel ou d'origine animal et ne supportait que le lait de soja.

⁹⁴² Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, *JO* du 15 mars 2016.

⁹⁴³ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JO* du 6 mars 2007, p. 4215.

Premièrement, elle ne sera justifiée que si le mineur est en danger ; c'est-à-dire que sa santé, sa sécurité ou sa moralité sont en péril ou si les conditions de son éducation et de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises⁹⁴⁴. Deuxièmement, l'action de protection sociale mise en œuvre par les services sociaux ne doit pas être parvenue à faire cesser la situation de danger ; soit que la famille ait refusé ou ait été dans l'incapacité de collaborer avec l'agent des services sociaux, soit que celui-ci n'ait réussi à évaluer la situation de danger du mineur, ou encore que la commission d'une infraction pénale nécessite l'intervention du procureur⁹⁴⁵.

Cependant, la nouvelle loi de 2016 semble importante, en ce qu'elle est venue redéfinir et repenser le but même de la protection à l'enfance. En effet, auparavant, la loi prévoyait que cette protection devait s'insérer dans le cadre de l'autorité parentale. Les parents restaient, à ce titre, les premières personnes responsables du mineur. Aujourd'hui, l'article premier de la loi du 14 décembre 2016, modifiant l'article L. 112-3 du code de l'action sociale et des familles, rappelle que : « *la protection de l'enfance [doit] viser à garantir la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant, à soutenir son développement physique, affectif, intellectuel et social et à préserver sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation, dans le respect de ses droits* ». Par là, contrairement à l'ancienne rédaction de ce texte⁹⁴⁶, le législateur affiche une véritable volonté de replacer le mineur au cœur de la prise en charge sociale et judiciaire de l'enfance en danger. Les parents du mineur sont considérés aujourd'hui comme de « *simples ressources mobilisables* » et non plus comme des acteurs indispensables à son équilibre. À l'initiative de cette élaboration législative se trouvait le désir de porter un « *nouveau socle de valeurs communes* » à la politique de la protection de l'enfance, en affirmant que chaque action en ce sens doit avoir pour visée première « *la recherche du meilleur intérêt de l'enfant* » et « *la perspective de [sa] bienveillance* »⁹⁴⁷. Il

⁹⁴⁴ Art. L. 226-4 du CASF renvoyant à l'art. 375 du C. civ.

⁹⁴⁵ V. Art. 226-4, II du CASF. Ce texte a sauvegardé la possibilité d'une saisine directe du procureur de la république par les structures sociales. Toutefois, cette démarche doit rester exceptionnelle et est soumise à la particulière gravité des faits signalés. De plus, le président du Conseil départemental doit recevoir copie de cette saisine. Le procureur de la république s'engage également à lui communiquer toutes informations en sa possession.

⁹⁴⁶ Initialement, cet article prévoyait que « la protection de l'enfance [avait] pour but de prévenir les difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives, d'accompagner les familles et d'assurer, le cas échéant, selon des modalités adaptées à leurs besoins, une prise en charge partielle ou totale des mineurs [...] ».

⁹⁴⁷ Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, *Feuille de route pour la protection de l'enfance*, juin 2015, p. 5 (en ligne) : http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/feuille_de_route_protection_enfance_2015-2017-3.pdf.

semble qu'il faille interpréter ce discours empli de bienveillance de la manière suivante : dans le cas où le placement, à court ou à plus long terme, de l'enfant représenterait le meilleur moyen pour garantir sa sécurité, il conviendra de le privilégier à tout maintien dans le foyer.

Aussi, semble-t-il intéressant d'évoquer, sans toutefois s'y attarder, certaines mesures adoptées par la réforme. Parmi celles-ci figure notamment un objectif de sécurisation du parcours de l'enfant placé⁹⁴⁸. En effet, il devenait nécessaire de pallier les nombreuses défaillances et discontinuités des trajectoires de placement souvent émaillées, celles-ci étant peu propices à la stabilité de l'enfant, déjà fragilisé par ses antécédents familiaux. Ainsi, l'article L. 221-2-1 nouveau du code de l'action sociale et des familles vient compléter les missions de l'Aide sociale à l'enfance (Ase). Il prévoit notamment, la possibilité pour celle-ci de décider d'une prise en charge du mineur par un tiers en vue d'un accueil durable et bénévole. Une telle solution de prise en charge pourrait aisément s'adapter à un accueil de l'enfant par un membre majeur de sa famille ou de son entourage. Bien sûr, ce tiers fera l'objet d'un accompagnement et de contrôles par un référent désigné par l'Ase.

En outre, des centres parentaux – jusqu'alors mis en place à titre expérimental dans quelques départements – sont généralisés. Selon l'article 20 de la nouvelle loi, les enfants de moins de trois ans accompagnés de leurs parents, en besoin de soutien dans leur rôle parental, pourront y être hébergés. Cet hébergement est aussi possible pour les futurs parents qui souhaiteraient être suivis dans la préparation de la naissance de l'enfant.

Section II. Vers une meilleure formation des professionnels au contact de la famille

225. L'importance de la formation des professionnels au contact des familles. – La formation des professionnels au contact des familles, sur la spécificité de la criminalité intrafamiliale est essentielle. Il est vrai que, ces dernières années, les progrès réalisés en la matière sont appréciables. Ils ont d'ailleurs été impulsés, notamment, avec l'intervention dans les commissariats et gendarmeries, d'un personnel associatif ou de psychologues formés à l'accueil des victimes, ou encore la création de brigades de protection des familles. Toutes ces mesures ont, en effet, contribué à une sensibilisation spontanée des fonctionnaires de police et

⁹⁴⁸ Art. L. 221-1, 7° du CASF : « *Le service de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes : 7°) Veiller à la stabilité du parcours de l'enfant confié et à l'adaptation de son statut sur le long terme [...]* ». L'élaboration de la loi du 14 décembre 2014 repose sur trois principaux piliers : l'amélioration de la gouvernance de la protection de l'enfant, l'adaptation du statut de l'enfant placé sur le long terme et la sécurisation du parcours du mineurs faisant l'objet d'un placement.

des gendarmes à la question des violences domestiques. Toutefois, ces efforts doivent se poursuivre par une généralisation et une systématisation des formations à l'attention de tous les acteurs judiciaires et sociaux appelés à rencontrer, soigner ou accompagner des victimes de violences familiales. Cela est en particulier important s'agissant des avocats, magistrats, experts judiciaires, psychiatres et psychologues, personnel enseignant, médecins intervenants dans tous les corps de métiers (gynécologie et puériculture, urgences, médecine générale, médecine du travail, médecine scolaire). En effet, ces professionnels sont les plus à même de repérer et de prendre en charge les victimes concernées, car intervenant pour la plupart en amont d'une éventuelle procédure judiciaire. Or, paradoxalement, ils sont aussi ceux qui reçoivent le moins de formations à cette fin⁹⁴⁹.

Cette formation doit permettre aux professionnels, d'une part, de tenir un rôle actif dans la détection des dysfonctionnements familiaux rencontrés au cours de leur carrière (§1). D'autre part, à terme, elle contribue à une meilleure définition de l'orientation à donner au traitement de ces dysfonctionnements (§2).

§1 - Le caractère essentiel de la formation à la détection des dysfonctionnements intrafamiliaux

226. L'enjeu de la détection, une lecture en filigrane des dysfonctionnements. – Précédemment, nous avons insisté sur le fait que, de la propension de la victime ou d'un tiers à dénoncer les faits délictueux intrafamiliaux, dépendait tout le système de révélation et de répression du dysfonctionnement. Toutefois, dans certains cas, ce comportement attentiste peut être fatal au membre de la famille – mineur ou majeur – victime de violences domestiques. Dès lors, l'unique palliatif à cette situation réside dans la capacité du professionnel à le détecter de manière anticipée.

Dans bon nombre d'affaires contemporaines de mauvais traitements à enfant, les services enquêteurs et autres acteurs de la justice sont restés aveugles à la détresse du mineur, en dépit des multiples auditions et expertises psychiatriques réalisées⁹⁵⁰. En effet, étrangement, le professionnel attend de la jeune victime qu'il dénonce son ou ses bourreaux. Or, une telle attente semble illusoire lorsque l'on sait que l'enfant battu par ses parents est profondément

⁹⁴⁹ Ministère des Solidarités et de la cohésion sociale, Plan interministériel de lutte contre les violences faites aux femmes, 2011-2013, p. 16 (en ligne) consultable sur le site du Ministère de l'intérieur : <http://www.interieur.gouv.fr/SG-CIPDR/Strategie-nationale/Programme-d-actions-pour-ameliorer-la-prevention-des-violences-faites-aux-femmes/Lutte-contre-les-violences-a-l-encontre-des-femmes-une-priorite>.

⁹⁵⁰ A. Mogaïzel, « *Parents criminels : l'omerta française* », LCP, 17 février 2014.

aliéné à sa famille. Selon, Daniel Rousseau, pédopsychiatre, « *l'enfant imagine qu'il ne peut dépendre que de ses parents [...] et que, comme dans un fonctionnement sectaire, ce qu'il vit est parfaitement normal* »⁹⁵¹. D'ailleurs, on remarquera que cet enfant éprouvera toujours un amour sincère pour ses parents et cherchera à les protéger de la sanction pénale. Aussi, dans ces cas particuliers, la vérité n'est pas à rechercher de la bouche de l'enfant, mais bien dans ses comportements et attitudes ; en somme, dans ce qu'il ne dit pas. Or, comprendre un tel phénomène nécessite du professionnel, profane dans la psychologie de l'enfant et le processus de la violence familiale, une initiation à cette thématique.

De la même façon, la détection de violences sexuelles intrafamiliales exige du professionnel - Notamment médical – qu'il fasse preuve de vigilance et de précaution dans lecture qu'il fait des signaux observés chez la victime et son entourage. En vertu des recommandations de bonne pratique de la Haute autorité de santé⁹⁵², il doit prêter attention au comportement du mineur, autant qu'à ses propos. L'existence d'un décalage (contradictions, rétractations, variations dans le discours ou hésitations) peuvent être révélatrice. De même, des troubles alimentaires ou du sommeil, un décrochage scolaire, une fugue ou une érotisation précoce sont autant d'indices – qui corrélés – peuvent conduire à soupçonner des abus. En outre, le comportement du parent de l'enfant doit aussi interpeller le praticien (reports répétés des consultations, incohérences ou une tendance à minimiser les symptômes du mineur). Mais, surtout, il faut garder présent à l'esprit que l'accompagnateur du mineur peut également être l'auteur ou le témoin passif de agressions sexuelles. Cela restreint donc considérablement le champ d'action du professionnel et la liberté de parole de la victime potentielle.

227. La grossesse, un moment capital pour le dépistage des violences intrafamiliales. –

Il est important de mobiliser l'expertise des professionnels, essentiellement, de santé au moment de la grossesse. En effet, il est établi que cette période constitue un facteur risque important dans l'apparition ou l'aggravation des violences conjugales⁹⁵³. Ainsi, on estime que

⁹⁵¹ A. Mogaïzel, « *Parents criminels : l'omerta française* », entretien avec Daniel Rousseau, pédopsychiatre, LCP, *op. cit.*

⁹⁵² Haute autorité de la santé, *Repérage et signalement de l'inceste par les médecins : reconnaître les maltraitances sexuelles intrafamiliales chez le mineur*, Recommandations de bonne pratique, Mai 2011, p. 8-11 (en ligne) consultable sur le site de la Haute autorité de la santé : http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1067136/fr/reperage-et-signalement-de-l-inceste-par-les-medecins-reconnaitre-les-maltraitances-sexuelles-intrafamiliales-chez-le-mineur.

⁹⁵³ Pour plus d'éléments sur ce point, V. H. Joudrier, *Violences conjugales, grossesse et médecine générale*, Thèse de doctorat, Université Pierre et Marie Curie, 2012.

pour une femme sur trois, le premier acte de violence subi au cours de leur vie survient au moment de la première grossesse⁹⁵⁴. De même, l'exercice de violences est décelé dans 3 à 8% des grossesses⁹⁵⁵. Ce phénomène peut s'expliquer, tout d'abord, par la vulnérabilité particulière de la femme. Ainsi, la mainmise que son conjoint violent exerce sur elle est totale. Mais il arrive aussi que le conjoint soit déstabilisé par l'arrivée de l'enfant à naître, qu'il vit comme un rival lui dérobant sa place de dominant vis-à-vis de son épouse. Il se peut encore, que l'homme estime détenir un droit de vie et de mort tant sur la femme que sur l'enfant à naître⁹⁵⁶. Enfin, pendant cette période, il est fréquent que la future mère devienne l'objet de compliments et d'attentions particulières et que son compagnon ne le supporte pas.

La détection de ces violences au moment de la grossesse est d'une importance primordiale, puisqu'elles portent une atteinte évidente à la santé de la mère, mais également à la vie de l'enfant à naître.

Par ailleurs, le temps de la grossesse représente une période charnière, chargée d'une symbolique (positive ou négative) forte, pour toute future mère. Ainsi, c'est également à cette occasion que pourront être détectés certains signes avant-coureurs de mauvais traitements à l'enfant. En effet, la grossesse peut laisser place à de profondes résurgences chez la mère, (comme chez le père)⁹⁵⁷. C'est par exemple, le cas lorsque la femme aura été victime de violences sexuelles incestueuses au cours de son enfance⁹⁵⁸. La nouvelle de la grossesse peut alors être vécue comme une reviviscence de l'abus. L'enfant à naître est perçu comme un intrus⁹⁵⁹ ou pire, comme un alias du parent incestueux (en particulier si cet enfant est de sexe masculin)⁹⁶⁰. Dans un contexte aussi troublé, il n'est pas exclu que la mère puisse se rendre coupable d'un infanticide ou que l'enfant devienne, dès son plus jeune âge, un martyr.

⁹⁵⁴ Ministère des droits des femmes, Plan interministériel de prévention de lutte contre les violences faites aux femmes, 4^e, 2014-2016, p. 9 (en ligne) consultable sur le site du Ministère de l'Intérieur : <http://www.interieur.gouv.fr/SG-CIPDR/Strategie-nationale/Programme-d-actions-pour-ameliorer-la-prevention-des-violences-faites-aux-femmes/Lutte-contre-les-violences-a-l-encontre-des-femmes-une-priorite>.

⁹⁵⁵ Ministère des droits des femmes, Plan interministériel de prévention de de lutte contre les violences faites aux femmes, 4^e, 2014-2016, *op. cit.*, p. 9

⁹⁵⁶ I. Angelino, *op. cit.*, p. 10-11.

⁹⁵⁷ I. Angelino, *ibidem*, p. 13.

⁹⁵⁸ Notons, également que le déni de grossesse de la mère infanticide est souvent évoqué à l'appui de sa défense. Le déni de grossesse désigne une absence totale de manifestations physiques visibles de l'état de gestation de la femme. Celle-ci ignore elle-même être enceinte. Il s'agit ici d'une occultation psychique collective liée à un « mécanisme de défense puissant » développé par la future mère, mais aussi par son entourage qui assure après coup n'avoir rien vu de l'état de grossesse de l'intéressée, V. H. Romano, « Meurtres sans Moi et figures du néonaticide », in *Violence et Famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 345-347.

⁹⁵⁹ M. Lefebvre, *Grossesses et accouchement chez les femmes victimes d'inceste*, Mémoire de Master II, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2011.

⁹⁶⁰ I. Angelino, *L'enfant, la famille, la maltraitance*, Paris, Dunod, 2004, p. 13.

En conséquence, on le voit, un repérage *a priori* de ces situations parentales et familiales à risque permet d'anticiper efficacement d'éventuelles violences futures. La prise en charge de la mère est donc particulièrement souhaitable, surtout en cas de grossesse non désirée. En l'occurrence, la capacité de la puéricultrice au dépistage précoce d'indices de troubles chez la mère (gênes physiques, impatience et agacement, impulsivité, difficultés à créer un lien avec l'enfant) sera déterminante. Elle permettra alors de poser la question de l'opportunité d'un suivi de la famille, sur un temps plus ou moins long. Il est de plus important que cet accompagnement ne s'arrête pas avec l'hospitalisation de la femme, lorsque cette dernière présente de réelles difficultés relationnelles avec son enfant. Ainsi, dès 2007, les missions de la Protection maternelle et infantile (PMI) avaient été développées dans le sens d'une systématisation d'un entretien avec les futurs parents, pour détecter de manière anticipée toute anomalie, dès le quatrième mois de grossesse⁹⁶¹. Également, après la période post-natale, la PMI met en principe en œuvre un suivi de la famille, soit à leur domicile, soit en consultation, lorsque cela est nécessaire. Cependant, dans plusieurs des affaires récentes d'infanticides, dans lesquelles étaient relevées pourtant des grossesses non désirées, aucune mesure d'accompagnement n'a été mise en place après le retour des conjoints au domicile⁹⁶².

§2 - Une meilleure définition de l'orientation à donner au traitement des dysfonctionnements familiaux

228. L'inadaptation de la médiation pénale et du rappel à la loi et du classement sans suite au traitement des violences conjugales. – Il n'est pas rare de constater une assimilation de la « violence conjugale » à la notion du « conflit conjugal », dans l'appréciation des magistrats⁹⁶³. Ainsi, ces violences conjugales sont souvent considérées comme une sous-catégorie de conflit conjugal. Ce rapprochement aisé et hâtif conduit malheureusement à une banalisation du phénomène. Il vient, même parfois, justifier une inaction consciente et volontaire de certains parquets, face au traitement de ces violences

⁹⁶¹ Art. L. 2112-2, 4° du CSP.

⁹⁶² La mère de Bastien, Charlène Cotte, n'avait par exemple fait l'objet d'aucun suivi à domicile, V. *supra*, n°221.

⁹⁶³ I. Corpart, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ Fam.* 2009. 155 ; D. Ganancia, « Le juge écartelé dans les séparations conflictuelles », *AJ Fam.* 203. 264 ; A. Gouttenoire, « Atteintes à l'autorité parentale », *Rép. pén.* 2003, n°48 (actualisation en 2012).

intraconjugales⁹⁶⁴. Pourtant, ce dysfonctionnement familial ne peut s'apparenter à une simple situation conflictuelle, en raison de leur différence de nature. D'un côté, le conflit suppose une opposition d'opinions, d'idées ou d'intérêts entre deux ou plusieurs protagonistes, sur un sujet ou une situation déterminés. Les deux interlocuteurs en désaccord sont placés sur un même pied d'égalité. D'un autre côté, la relation dysfonctionnelle – et la violence en particulier – repose sur une quête de pouvoir, de domination ou de contrôle sur la personne même de l'autre. Ainsi, il est évident, par exemple, que dans le cadre de violences conjugales ayant duré plusieurs années, la dynamique relationnelle est profondément déséquilibrée. Par principe même, les membres d'un couple « agresseur-agressé » ne peuvent être considérés comme égaux.

L'intérêt d'une telle distinction sémantique n'est pas négligeable. En l'occurrence, de cette distinction dépendront les modalités de prise en charge du dysfonctionnement familial et le caractère adapté des réponses à y apporter. Par exemple, si la médiation pénale est une mesure dont la promotion est intéressante s'agissant du règlement d'un conflit familial, elle s'avère particulièrement inadaptée au règlement des violences conjugales.

En effet, d'une part, la médiation pénale suppose par nature, pour son efficacité, que les deux parties puissent interagir d'égal à égal, avec le soutien d'un tiers médiateur. Or, ce qui caractérise et encourage ces violences au sein de la famille, c'est précisément le pouvoir de domination et de dépendance qu'exerce l'un des conjoints sur l'autre ; de sorte que la parole de la victime demeurera prisonnière par peur de représailles. Car, en effet, il ne faudrait pas oublier que l'espace et le temps de la justice et notamment de la médiation pénale ne sont pas ceux de la vie conjugale. La victime est consciente que le fait de se confier à un tiers – sur la réalité du calvaire quotidien qu'il subit – pourrait exposer sa propre personne, ses enfants ou ses proches au danger d'une nouvelle attaque. Au retour au domicile familial, rien ne garantit que l'auteur des violences ne réitère pas ses, scellant ainsi les portes de l'intimité sur des souffrances inavouables.

⁹⁶⁴ G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, propos de Luc Frémiot, ancien Procureur de la République de Douai, Rapport n°1799 au nom de la mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, Assemblée Nationale, 7 juillet 2009, p. 227 : « Je suis choqué de voir certains de mes collègues considérer ces violences comme des conflits à l'intérieur du couple qui ne les regarderaient pas. [...] Le parquet de Lyon ne veut pas mener une action du type de celle que nous menons à Douai. Ce n'est pas par méconnaissance, puisqu'il ne se passe pas un mois sans qu'une émission de télévision n'évoque le sujet : il faudrait être aveugle et sourd pour ne pas la connaître. C'est une question de volonté ».

D'autre part, cette mesure alternative ne prend pas en considération la gravité de ces violences, puisque les violences intrafamiliales sont souvent dissimulées. Rappelons que la première plainte coïncide rarement avec le premier passage à l'acte.

Enfin, dans certains parquets, la mise en œuvre de la mesure de médiation, menée par le délégué du Procureur de la République, ne permet pas une réelle discussion des deux parties, qui sont reçues l'une après l'autre par le médiateur. De sorte que la médiation à la française s'apparente presque davantage à un simple rappel à la loi, qu'à un véritable échange constructif entre auteur et victime.

Par ailleurs, la réussite de cette justice participative repose implicitement sur la propension de l'infracteur au repentir et sur l'aptitude de la victime au pardon. Or, un des travers de ce système est la « survictimisation », c'est-à-dire une difficulté pour la victime à se reconstruire après l'infraction et une tendance à s'enliser dans un cycle victimaire néfaste. En effet, nous pensons que le droit à l'oubli pour la victime est gageure de sa reconstruction et son salut. C'est pour cela que la relation avec son bourreau doit demeurer nécessairement temporaire, voire inexistante en fonction des cas et de la personnalité des personnes concernées (auteur et victime). Par conséquent, la médiation pénale dans le cadre de violences conjugales, se soldera au mieux par une inefficacité de la procédure, au pire par une mise en danger imminente de la victime.

Par ailleurs, eu égard à la gravité de la violence intraconjugale et au nombre de répétitions des actes de violences comptabilisés avant le premier dépôt de plainte, le rappel à la loi semble être une mesure parfaitement inefficace pour répondre à ce phénomène criminel. Bien au contraire, l'orientation de la réponse pénale vers ces mesures alternatives aux poursuites a plutôt tendance à renforcer, chez l'auteur des violences, un sentiment de puissance et d'impunité. Alors que dans le même temps, elles sapent encore davantage l'estime que la victime a d'elle-même et sa confiance dans le système judiciaire.

Aussi, le Guide de l'action publique a-t-il préconisé aux magistrats du parquet de n'avoir recours à la médiation pénale que de manière résiduelle voire exceptionnelle⁹⁶⁵. En guise de rempart, la désignation d'un avocat assistant les deux parties est recommandée. En outre, depuis la loi du 9 juillet 2010, l'article 41-1, 5° du code de procédure pénale prévoit que seule la victime puisse demander ou consentir librement à la mesure de médiation. Le procureur de

⁹⁶⁵ Direction des Affaires criminelles et des Grâces, *Les violences au sein du couple*, Guide méthodologique de l'action publique, novembre 2011, p.54-55.

la République ne peut donc plus requérir l'accord du mis en cause. S'agissant du rappel à la loi, enfin, le Guide rappelle qu'il doit être strictement encadré et qu'il ne peut constituer un moyen privilégié de traitement de ces violences⁹⁶⁶.

Enfin, s'agissant du classement sans suite, il semble évident que tout classement abrupte et d'opportunité, doive être rejeté. En effet, cette solution pourrait provoquer chez la victime une perte de confiance irrémédiable quant à la capacité et la volonté des instances publiques à la protéger. Or, trop longtemps, la société est restée sourde à la détresse de ces personnes.

Le classement assorti d'une condition ne semble pas davantage une meilleure solution : en effet, s'il s'accompagne d'un rappel à la loi, par exemple, il aura la même valeur et efficacité qu'une mesure alternative de rappel à la loi classique... En revanche, le classement de certaines affaires, de moindre gravité ou dans le cas où la victime aurait souhaité retirer sa plainte, semble inévitable. Toutefois, à tout le moins, le Procureur de la République peut-il enjoindre à cette dernière de se rapprocher d'une association en vue d'un accompagnement. Afin d'éviter toute sortie « sèche » de la victime – c'est-à-dire sans suivi psychologique et/ou social – du « périmètre judiciaire », il pourrait être intéressant que le Procureur se concerte avec le responsable de l'association en vue de l'élaboration d'un suivi. De cette façon, l'initiative de l'accompagnement n'est pas laissée à la discrétion de la victime, qui souvent n'en fait pas la démarche alors même qu'elle en aurait l'utilité. Ainsi, c'est le responsable de la structure qui contacterait la victime en vue de s'enquérir de sa situation et de lui proposer un accompagnement adéquat.

⁹⁶⁶ Cette alternative ne pourra être retenue que dans le cas où le fait de violence était isolé et de faible gravité, ou lorsque l'auteur est un primo-délinquant. De plus, lorsque la victime atteste vouloir reprendre la vie commune à son conjoint, le rappel à la loi constitue une mesure adaptée. Il en va de même lorsque les faits dénoncés sont anciens et que la révélation survient après la rupture du couple, V. Direction des Affaires criminelles et des Grâces, *op. cit.*, p. 48-49.

Conclusion du Titre II

229. L'apparition du dysfonctionnement familial. – Après avoir défini le dysfonctionnement familial, il est nécessaire de préciser le moment de sa révélation aux autorités répressives. C'est, en effet, à compter de cet instant seul que le droit pénal sera autorisé à capter l'institution familiale. Aussi, la seule existence du dysfonctionnement ne suffit-elle pas. Encore faut-il qu'elle soit portée à la connaissance des acteurs directs ou indirects de la justice pénale. Or, une telle démarche n'a rien d'évident. En effet, ce qui caractérise le mieux la criminalité intrafamiliale, c'est sa dissimulation. Par conséquent, faute d'une dénonciation, le dysfonctionnement pourra perdurer plusieurs années, sans que jamais le droit pénal n'intervienne dans la sphère familiale. Cette difficulté à lever le voile sur le dysfonctionnement tient à deux obstacles. Le premier réside dans l'estimation de la criminalité familiale réelle. En effet, en raison de l'intimité dans laquelle elle a lieu, de son taux de dénonciation particulièrement faible et des données statistiques lacunaires dont elle fait l'objet, cette délinquance compte parmi les plus insaisissables. Le deuxième obstacle réside, quant à lui, dans des difficultés probatoires auxquelles sont confrontées les victimes de violence intrafamiliale, surtout lorsque celle-ci est d'ordre psychologique.

Toutefois, il arrive que même dans les cas où le dysfonctionnement est apparu aux autorités publiques, il n'entraîne aucune réponse pénale. Deux situations sont à distinguer ici : soit, objectivement, le dysfonctionnement ne constitue pas un fait délictueux répréhensible en droit pénal ; soit subjectivement, les acteurs de la justice criminelle choisissent de ne pas lui faire produire d'effets répressifs notoires.

230. Le traitement pénal du dysfonctionnement familial. – Au cours de ces cinq dernières années, l'intensification de l'investissement des autorités gouvernementales, législatives, judiciaires et sociales dans le traitement de la délinquance intrafamiliale, a été patent. Aussi, il est à noter une nette amélioration dans la recherche de mesures adaptées à la lutte du phénomène criminel intrafamilial, notamment au sein du couple et à l'égard de l'enfant. De même, une prise de conscience générale quant à l'ampleur de ce phénomène criminel a permis de mettre en exergue l'importance de la formation des professionnels au contact des familles sur la spécificité de celui-ci. Toutefois, certaines carences et imperfections demeurent, notamment l'absence – en pratique – d'une application uniforme et efficiente de ces mesures de lutte sur l'ensemble du territoire national.

Conclusion de la Partie I

231. Une condition indispensable à l'intervention du droit pénal dans la famille, un « dysfonctionnement familial ». – L'action du droit pénal est dirigée par un principe de nécessité, ou autrement formulé, « *une obligation de ne pas intervenir sans nécessité* »⁹⁶⁷. *A fortiori*, lorsqu'il interviendra dans la sphère familiale, son concours devra être strictement nécessaire. Ainsi, l'existence d'un trouble à l'ordre social doit être relevé pour que se justifie cette intervention. S'agissant de la famille, ce trouble se traduira par l'existence d'un dysfonctionnement, première condition indispensable à l'intrusion d'un droit répressif dans la famille. Sans cela, cette dernière paraîtrait tyrannique et fortuite.

Partant de ce constat, une délimitation des contours de la notion de dysfonctionnement familial s'impose. Or, le dysfonctionnement familial, notion a-juridique, doit être défini de telle façon qu'il puisse être appréhendé en droit pénal. Fondé sur une approche purement fonctionnelle de la famille, il permet de différencier les familles saines des familles non saines, selon leurs aptitudes objectives à remplir un certain nombre de fonctions matérielles, symboliques et affectives déterminées. Dès lors, le dysfonctionnement consiste dans les contrariétés qui porteraient atteinte au « bon vivre ensemble » – c'est-à-dire qui heurteraient l'intégrité physique ou morale d'un ou plusieurs membres de la famille, ou au « bien vivre ensemble » – c'est-à-dire qui heurteraient les conditions matérielles de vie de ces personnes.

Ainsi défini, le dysfonctionnement familial apparaît comme une notion particulièrement large. Il arbore des formes et des natures multiples. Il pourra alors s'agir de violences physiques ou sexuelles, psychologiques ou par intimidation. Mais, il pourra également se traduire par la commission d'homicides intrafamiliaux, volontaires ou involontaires. Enfin, s'agissant particulièrement des contrariétés au bien vivre ensemble, il sera question de défaillances et de carences familiales. Cependant, pour être effectivement appréhendé par le droit pénal, le dysfonctionnement devra être révélé. Soumise à une dissimulation forte, la dénonciation constitue l'acte principal permettant d'informer les autorités compétentes de l'existence du dysfonctionnement. Cependant, encore aujourd'hui, cette criminalité fait l'objet d'un taux de révélation extrêmement bas et de difficultés probatoires évidentes.

⁹⁶⁷ R. Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politiques criminelles. Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, 2014, p. 246.

Aussi, les chances de découverte effective de cette criminalité dépendra-t-elle en grande partie, des différentes mesures d'action mises en place par l'autorité dirigeante, en vue de lutter contre ce phénomène. À ce propos, il est indéniable que l'engagement des autorités publiques, dans cette voie, s'est intensifié au cours de ces cinq dernières années. Il est, en effet, passé de simples discours d'intention bienveillants, à un véritable plan d'action – bien que celui-ci connaisse encore quelques insuffisances et maladresses.

La première condition d'intervention du droit pénal dans la cellule familiale posée, il faut désormais s'intéresser à la seconde, à savoir la protection pénale de valeurs sociales et familiales.

Deuxième Partie

UNE CONDITION NÉCESSAIRE DE L'INTERVENTION, LA PROTECTION DE VALEURS SOCIALES ET FAMILIALES

232. La protection de valeurs sociales et familiales, une condition cumulative. – Outre l'existence d'un dysfonctionnement dans la famille, l'action du droit pénal dans celle-ci, semble encore devoir se justifier par la violation d'une valeur sociale protégée. Cette deuxième condition est cumulative de la première, en ce qu'elle apparaît indispensable à la conception d'une intervention du droit pénal dans la famille, comme dans tout autre espace. En effet, Sutherland expliquait que le crime, c'est-à-dire « *toute infraction aux règles en vigueur dans une culture* », suppose que « *les valeurs ignorées ou niées par les criminels soient appréciées par la majorité globale ou, du moins, par ceux qui sont politiquement les plus importants* »⁹⁶⁸.

La sauvegarde de valeurs sociales rationalise l'action du droit pénal dans cette sphère. Ainsi, si le dysfonctionnement familial constitue un prérequis à cette intervention, les valeurs protégées en sont la finalité. Ce sont elles qui viennent déterminer la répression, ou au contraire l'absence de répression du fait familial. Aussi, avons-nous précisé en première partie de cette étude, que dans certains cas, même lorsque l'existence du dysfonctionnement était avérée, celui-ci ne tombait pas nécessairement sous le coup de la loi pénale⁹⁶⁹. Ce constat trouve précisément sa justification dans la protection, par le droit pénal, de valeurs sociales essentielles.

Pour preuve, dans l'hypothèse où le dysfonctionnement familial léserait une valeur sociale protégée, une réponse pénale doit lui être apportée. Par exception, lorsque la répression de ce dysfonctionnement porterait une atteinte trop importante à une valeur sociale tenue pour supérieure, le droit pénal fera le choix de l'inaction. Aussi, comprend-on que la sanction du dysfonctionnement familial, d'une part, et la protection de valeurs sociales, d'autre part, sont intimement liées.

Dès lors, il convient de comprendre selon quel mécanisme le droit pénal contribue à la protection de ces valeurs juridiquement essentielles, lorsqu'il se voit appliqué à la famille. Dans un premier temps, la matière pénale doit indubitablement être regardée comme

⁹⁶⁸ Edwin H. Sutherland, sociologue et criminologue américain, est considéré comme le fondateur de la sociologie criminelle américaine, V. Encyclopédie Universalis, éd. Encyclopedia Universalis, 1996, « Sociologie de la délinquance ».

⁹⁶⁹ V. *supra*, n° 181 et s.

accessoire aux autres branches juridiques régissant la famille – adoptant ainsi une modalité d'intervention classique (**TITRE I**). Mais, dans un second temps, il semble possible de se questionner sur l'avènement d'une modalité novatrice du droit pénal dans ce domaine (**TITRE II**).

Titre I - UNE MODALITÉ D'INTERVENTION CLASSIQUE DU DROIT PÉNAL

233. Rappeler que le droit pénal tend à la protection de valeurs sociales essentielles nécessite encore d'analyser la forme que prend cette protection. De manière classique, il est vrai, l'action du droit pénal ne se justifie pas de plein droit, pas plus qu'elle ne se conçoit seule. Subordonnée aux règles de droit édictées par d'autres disciplines juridiques principales, l'application du droit pénal apparaît essentiellement indirecte, orbitale.

234. Ce constat de l'indexation du droit pénal est général. Au cours des dernières décennies, une augmentation de l'activité pénale s'est sensiblement fait ressentir, dans tous les domaines de la vie juridique. Une telle intensification répressive est le corollaire d'une spécialisation juridique toujours plus accrue. Cette-dernière, en effet, conduit – de manière assez logique – le législateur à recourir d'une part, à la force contraignante du droit pénal en vue de garantir le respect des obligations qu'il fixe, et d'autre part, à rechercher, en dehors du droit commun, des outils de régulation adaptés aux dispositions de la discipline *support* qu'il entend régir. Nous ne livrerons que quelques exemples de cette tendance. Elle est, par exemple, remarquable s'agissant du droit de la consommation affublant au droit pénal, un réel rôle de protection du consommateur⁹⁷⁰. De la même manière, le droit public, lui non plus, n'a pas échappé à cette vague de pénalisation ; en témoigne l'adoption, suite aux scandales économiques et financiers récents qui ont bouleversé l'élite politique, de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique visant essentiellement à moraliser la vie publique et porteuse de dispositions pénales⁹⁷¹. Plus récemment, certaines disciplines juridiques spécialisées telles que le droit de l'informatique ou le droit de la bioéthique se sont vues greffer un droit pénal accessoire. Alors que s'agissant du premier, les auteurs y déplorent une certaine sévérité de la sanction pénale⁹⁷², s'agissant du second ils mettent en exergue l'instrumentalisation de celle-ci, par ce dernier à des fins personnelles

⁹⁷⁰ Notamment, un élargissement du champ du droit pénal de la consommation en raison de l'adoption de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2003 créant un délit de pratiques commerciales agressives, art. L. 122-11 et s. du c. consom. V. A. Lepage, « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007- avril 2008) », *Dr. pén.* n°5, mai 2008, chron. 4, passim ; Ph. Conte, « 1905-2005 : Cent ans de protection pénale du consommateur », *Dr. pén.*, n°3, mars 2006, étude 4, passim.

⁹⁷¹ Art. 16, art. 26 et art. 28 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JO* du 12 octobre 2013, p. 16829.

⁹⁷² A. Lepage, « Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel », *op. cit.*, étude 5, n° 24 sq.

voire égoïstes⁹⁷³. *A contrario*, entre le droit pénal et le droit du travail se sont tissées depuis de nombreuses années, des relations étroites de « *compagnonnage* », l'un enrichissant l'autre⁹⁷⁴.

Enfin, la vie des affaires fut également soumise à une forte moralisation pénale dès 1867⁹⁷⁵ – qu'il s'agisse alors du droit des sociétés, du droit de la concurrence⁹⁷⁶ ou du droit de la consommation précédemment évoqué⁹⁷⁷. Pourtant, dès le début du XX^e siècle, le désir d'une dépenalisation considérée comme opportune, voit le jour au sein de la doctrine majoritaire, conduisant ainsi à un mouvement de reflux⁹⁷⁸ du droit pénal au sein du droit des affaires. Ainsi, bien que silencieux sur certains points, le rapport remis au Garde des Sceaux, le 20 février 2008, par le groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon, ancien Premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris, a eu le mérite d'apporter des éléments de réponses intéressants quant à la place excessive qu'occupait le droit pénal dans ce domaine. Mettant notamment l'accent sur l'emploi de mesures alternatives à l'audience correctionnelle – telles que la composition pénale, le classement sans suite sous condition ou la transaction – ce rapport proposait de désincriminer la vie des affaires, soit en supprimant purement et simplement certaines infractions pénales, soit en substituant d'autres par des sanctions civiles ou administratives (injonction de faire ou nullité s'agissant du droit des sociétés)⁹⁷⁹.

Précisons que tout récemment, la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit⁹⁸⁰ est encore venue décriminaliser le droit des sociétés, abrogeant ainsi plusieurs infractions⁹⁸¹.

⁹⁷³ A. Prothais, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC*. 2000. 39, n° 3-4 ;V. aussi sur le manque de cohérence et d'intelligibilité du droit pénal de la bioéthique P. Mistretta, « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », *JCP* éd. G, n°29, act. 845, 2011, p. 1408-1409.

⁹⁷⁴ A. Coeuret et E. Fortis, « La place du droit pénal dans le droit du travail », *RSC*. 2000. 25, spéc. p. 25 sq.

⁹⁷⁵ La place du droit pénal dans le monde des affaires a commencé à s'étendre dès l'entrée en vigueur de la loi de 24 juillet 1867, pour s'intensifier avec celle de la loi du 24 juillet 1966, V. M.-C. Sordino, « Flux et reflux du droit pénal au sein du droit des affaires », *Gaz. Pal.* 2008, p. 2.

⁹⁷⁶ C'est à la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales que nous devons une création massive d'incriminations dans ces domaines V. B. Bouloc, « La place du droit pénal dans le droit des sociétés », *RSC*. 2000. 17, spéc. p. 17-19.

⁹⁷⁷ Le droit de la consommation aussi entre dans le droit des affaires, cependant il connaîtra une dépenalisation plus ténue que celle du droit commercial ou de la concurrence. V. A. Lepage, *op. cit.*, n°1 ; Ph. Conte, *op. cit.*, n°3.

⁹⁷⁸ J.-M. Coulon dir., *La dépenalisation de la vie des affaires*, La Documentation Française, 2008, p. 11 (en ligne) disponible sur le site de la Documentation Française : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000090/0000.pdf>.

⁹⁷⁹ H. Matsopoulou, « Les propositions sur la « dépenalisation de la vie des affaires », *Rev. Sociétés*, 2008, p.1 ; M.-C. Sordino, « Flux et reflux du droit pénal au sein du droit des affaires », *op. cit.*

⁹⁸⁰ Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JO* du 23 mars 2012, p. 5226.

⁹⁸¹ B. Saintourens et P. Emy, « Nouvelle étape de simplification du droit des sociétés par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 335.

En conséquence, il n'est pas un aspect de la vie juridique auquel le droit pénal ne se voit pas affecté. Or, il intervient, de manière constante, selon un mécanisme de subsidiarité vis-à-vis de la branche du droit qu'il vient suppléer. Appliqué à la famille, il se verra imposer les valeurs propres à cette sphère (**Chapitre I**). Malheureusement, cette subsidiarité contribue à sa dénaturation (**Chapitre II**).

Chapitre I. La subsidiarité du droit pénal dans la famille

235. « Le droit criminel vient au secours de certaines règles de fond d'une grande importance sociale » et « entoure les autres disciplines – les disciplines normatives – d'une véritable ceinture de force »⁹⁸². La subsidiarité du droit pénal est donc largement reconnue. Placé au cœur de la famille, ce caractère subsidiaire du droit pénal doit s'apprécier d'une part vis-à-vis des valeurs sociales propres à celle-ci (**Section I**) et d'autre part, quant aux fonctions qu'il y occupe (**Section II**).

Section I. Une subsidiarité du droit pénal quant aux valeurs sociales attenantes à la famille

236. Le droit pénal, « peut s'analyser comme un système de valeurs et d'intérêts protégés. L'incrimination d'un comportement correspond donc à la défense d'institutions et de croyances fondamentales, spécifiques à chaque société et propres à chacune de ses périodes historiques »⁹⁸³. Cependant, il est intéressant d'observer que s'il est chargé de la défense desdites valeurs – vues comme des institutions et croyances fondamentales – en revanche ce n'est pas lui qui les formalise. En effet, la défense de ces intérêts assurée par le droit pénal ne semble pouvoir prendre qu'une forme secondaire.

Ainsi, ce n'est pas davantage le droit pénal qui reconnaît la famille comme valeur sociale, cette compétence appartenant à d'autres disciplines juridiques principales qu'il vient suppléer (§1). En effet, en qualité de droit sanctionnateur, seule en principe la protection effective des valeurs dont la famille est porteuse incombe au droit pénal, de manière accessoire (§2).

⁹⁸² R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, 7^{ème} éd, Cujas, 1997, n°146.

⁹⁸³ P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Hachette, 1989, p. 11.

§1 - La famille, une valeur sociale non consacrée par le droit pénal

237. La famille constitue une valeur sociale consacrée en droit positif. Ceci étant dit, encore faut-il définir le concept de valeurs sociales. Ce concept n'est pas juridique, mais est pleinement appréhendé en droit. Toutefois, comme nous l'avons précisé précédemment, la reconnaissance juridique d'un tel concept dépendant de disciplines extra-pénales principales, le pénaliste qui prétend se forger une idée de ce qu'est une valeur sociale protégée, doit nécessairement quitter le champ de sa matière pour répondre à son interrogation. Ce n'est alors qu'une fois cette démarche de prospection réalisée, qu'il pourra confronter les résultats de cette analyse avec les préceptes de sa discipline et interpréter l'application de ceux-ci au regard des dits résultats.

238. Une telle entreprise de la délimitation des contours de la notion de *valeur sociale protégée*, n'est pas sans poser certaines complexités, en particulier s'agissant de son contenu. Celui-ci, en effet, intimement lié à l'évolution d'axiomes qui, à une époque donnée – plus ou moins persistante dans le temps, dessineront les principes identitaires d'une société, est fluctuant. Ceci s'explique d'ailleurs assez logiquement puisque, par nature, la valeur trouve sa source dans un jugement qualitatif. Ainsi, elle peut être du point de vue de l'individu, « ce qui est *estimable, appréciable, désirable* », ou d'une manière plus générale, « *ce qui est considéré comme bon, utile, digne d'estime* »⁹⁸⁴.

Dans ces deux hypothèses, l'idée de valeur fait une large part à la subjectivité et donc, à la relativité. En effet, qu'il s'agisse d'un individu – imprégné par son propre système de valeurs⁹⁸⁵, résultante de facteurs socialisants, familiaux, environnementaux, ou émotionnels déterminants, ou encore d'une société – marquée par son histoire politique, culturelle ou idéologique – certaines valeurs se verront successivement, dénier ou attribuer une certaine prévalence dans une durée et un espace clés.

Dès lors, cette relativité pose encore le problème de l'imprécision de la notion. En effet, déterminer le contenu de la notion de valeurs protégée reviendrait, ni plus ni moins, à

⁹⁸⁴ G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., PUF, 2016, « Valeur ».

⁹⁸⁵ J.-C. Rocher, *Philosophie du droit. Méthodologie et perspectives*, Editions fac 2000, 1999, p. 61.

déterminer ce qui doit ou non, figurer dans cette catégorie, c'est-à-dire évaluer les principes qui méritent d'être érigés en une valeur suffisamment fondamentale, pour faire l'objet d'une protection. Or, un tel arbitrage ne semble pas pouvoir valablement reposer sur une technique juridique pure et exacte. Ainsi, définir la notion de *valeur sociale* ne saurait se départir de considérations éthiques, philosophiques et sociologiques. Cependant, cela ne doit pas décourager le juriste dans sa démarche de définition. En effet, fréquemment, il devra faire face à des données factuelles et réalités sociales qu'il sera amené à utiliser et à réglementer pour les besoins et la cohérence de sa discipline. D'ailleurs, certaines situations de pur fait sont d'ores et déjà pris en compte par le droit : tels que le concubinage, la possession d'état, la définition de la notion de maladresse en droit médical ou encore la reconnaissance de sociétés créées de fait.

Néanmoins, dans un souci de rigueur, si le juriste s'éloigne du « *champ de la dogmatique juridique* », en vue de discuter les thèses développées et objectifs poursuivis dans d'autres domaines a-juridiques, c'est ensuite pour y revenir « *mettre en place des moyens de droit au service de ces objectifs* »⁹⁸⁶. Et, nous serions, pour notre part, tentés de parler de *ses* propres objectifs ici, puisqu'en effet, il ne s'agit pas tant de borner des objectifs étrangers au droit par le biais de moyens juridiques, mais bel et bien – par la captation de réalités purement subjectives, aléatoires et sociales – de servir des objectifs de droit. Il appartiendra alors au juriste de procéder à une opération de conceptualisation, c'est-à-dire à la production d'un concept de droit.

239. L'absence de concept de valeurs protégées clairement défini en droit. – Le concept de droit nécessite pour son existence une organisation, une unité et une abstraction⁹⁸⁷ et suppose donc une certitude ; il est en d'autres termes une « *représentation mentale générale et abstraite* »⁹⁸⁸ qui, grâce à l'opération fictive de la qualification juridique, se voit

⁹⁸⁶ E. Millard, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Thèse de doctorat, Université Lyon III, 1994, p. 34.

⁹⁸⁷ Sur la définition du concept de droit, V. S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. Lucien François, Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 2002, p. 17.

⁹⁸⁸ V. R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2015, n°30.

reconnaître une légitimité juridique, c'est-à-dire un statut, un régime et des effets juridiques⁹⁸⁹ clairement identifiables et identifiés.

Or, tel n'est pas le cas s'agissant des valeurs sociales protégées. En effet, en droit positif français, la notion de *valeur sociale protégée* ne peut être regardée comme un véritable concept juridique. Si elle est souvent employée dans les écrits doctrinaux, paradoxalement cette expression fait rarement l'objet d'un effort de conceptualisation. Pour cause, il s'agit d'une notion à la sémantique variable prenant l'appellation tantôt d'« intérêt protégé »⁹⁹⁰, tantôt de « bien juridique »⁹⁹¹. Et, à ce propos, un auteur faisait, à très juste titre, remarquer que « *la seule assimilation des idées de bien juridique protégé, d'intérêt protégé et de valeur protégée révélait déjà l'inexistence d'un concept véritable* »⁹⁹². C'est dire que cette dénomination de « valeur sociale » ne présente pas une homogénéité suffisante, permettant de la formaliser en tant que concept juridique – contrairement à son homonyme : le « bien juridique ».

En effet, bien que celui-ci ait fait son apparition dans la doctrine française pour la première fois dans les écrits du célèbre avocat et professeur Garraud⁹⁹³ au XX^{ème} siècle, et plus tardivement chez d'autres auteurs⁹⁹⁴, c'est dans la doctrine étrangère qu'il a connu son rayonnement⁹⁹⁵. Il y fait l'objet d'une réelle réflexion conceptuelle et dogmatique, que nous exposerons et utiliserons tout au long des développements à venir. Ainsi, le concept plus abouti de *bien juridique* devra servir utilement d'outil de clarification de celui, plus sibyllin, de *valeurs sociales*, dont nous tenterons de délimiter les contours⁹⁹⁶.

⁹⁸⁹ R. Cabrillac, *op. cit.*

⁹⁹⁰ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, tome 2, Ed. Cujas, 1982, n°22.

⁹⁹¹ M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 2009, passim.

⁹⁹² M. Lacaze, *op. cit.*, p. 9, n°3.

⁹⁹³ R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3^{ème} éd., tome I, Sirey, 1913, p. 215.

⁹⁹⁴ J.-A. Roux, *Droit criminel français*, 2^{ème} éd., tome I, Sirey, 1927, n° 1 ; ou plus récemment M. Lacaze, *op. cit.*, passim qui propose une véritable analyse du concept du bien juridique comme composante de l'infraction pénale.

⁹⁹⁵ A titre d'exemples, mais cette liste n'est pas exhaustive : F. Von Liszt, *Traité de droit pénal allemand*, trad. René Lobstein, Paris, Giard et Brière, 1913 ; H. Hormazabal Malarée, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, Barcelona, PPU, 1991 ; E. Dolcini et G. Marinucci, « La constitution et le droit pénal en Italie. Structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996, p. 317 sq ; G. D. Fernandez, *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, 2004.

⁹⁹⁶ Notre ambition ici ne sera pas d'exposer toutes les théories relatives à ces deux notions, sinon d'envisager au gré de notre proposition de définition de la notion de valeurs sociales, celles qui nous paraîtront intéressantes.

240. La définition d'un concept applicable à la famille. – Il convient de ne pas perdre de vue que cette recherche ne porte pas sur l'étude d'un concept de *valeurs protégées*, une telle réflexion pouvant faire l'objet d'une thèse à part entière. Aussi, la conceptualisation du phénomène de valeurs sociales que nous proposons, ne peut être que resserrée, ciblée et d'opportunité. En effet, l'objectif de cette étude consiste dans la compréhension d'un phénomène précis : l'intervention du droit pénal dans la famille. Un des arguments de cette intervention réside précisément dans l'idée que cette branche du droit vient garantir un certain nombre de valeurs sociales indispensables dans cette cellule. Or, la définition du concept de valeurs sociales est applicable à la famille. Et pour cause, cette dernière doit être considérée comme une valeur sociale (A) consacrée en droit (B).

A. La famille, reconnue comme valeur sociale essentielle

241. Avant que de l'appliquer à la famille (2), le concept de valeurs sociales doit être défini (1).

1) L'appréhension du concept de valeurs sociales protégées

242. Parce qu'elle prend sa source dans l'éthique (a), la valeur sociale préexiste au droit (b).

a) La source de la valeur sociale, l'éthique

243. L'éthique : notion. – La théorie des valeurs sociales, l'axiologie, relève de l'éthique⁹⁹⁷. Ceci doit conduire à se questionner sur la définition, même succincte, de celle-ci ; et pour ce faire les deux dimensions de ce concept doivent être précisées.

Premièrement, l'éthique apparaît comme le langage – « le référent commun » – neutre qui se construirait entre deux individus, tous deux conscients de l'humanité de l'autre. En effet,

⁹⁹⁷ V. not., J.-C. Rocher, *op. cit.*, Ed. fac 2000, 1999 p. 62 ; A. De Lastic, *op. cit.*, p. 3. ; M. Scheler, *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs. Essai nouveau pour fonder un personnalisme éthique*, trad. Maurice de Gandillac, Gallimard, 1955, passim.

« toute l'éthique naît de ce redoublement de la tâche [...] : faire advenir la liberté de l'autre comme semblable à la mienne. L'autre est mon semblable ! Semblable dans l'altérité, autre dans la similitude »⁹⁹⁸. Ainsi elle aboutit à une reconnaissance chez l'autre d'un droit à l'existence et au respect de sa liberté, de sa personne et de son développement. Par conséquent, la visée de l'éthique ne peut être égoïste, individuelle. Il s'agit de vouloir pour l'autre ce que l'on souhaite pour soi-même.

Deuxièmement, ce langage ne doit pas être seulement neutre, mais également nécessaire, sans quoi il serait dénué de toute utilité, de tout fondement. Elle apparaît ainsi indispensable à l'action humaine, en ce qu'elle est le lien qui existerait corrélativement entre le désir et le manque de l'être humain, tendant dans le souhait d'une vie accomplie⁹⁹⁹. L'éthique désigne donc la quête du bonheur, la recherche d'un bien-vivre, le « *souhait d'une vie bonne* »¹⁰⁰⁰ non seulement pour soi, mais aussi dans l'intérêt des autres.

Par conséquent, s'il fallait donner une définition de l'éthique, il s'agirait du médiateur neutre qui existerait entre les individus d'une société et visant à l'instauration de principes et de valeurs de vie harmonieuse en collectivité¹⁰⁰¹. L'éthique suppose donc qu'émerge un ordre axiologique commun reposant sur l'idée que les valeurs sociales protégées soient intériorisées par le plus grand nombre afin de parvenir à un progrès social¹⁰⁰².

244. La distinction entre l'éthique et la morale. – Toutefois, il convient de ne pas confondre éthique et morale¹⁰⁰³. En effet, bien que les divergences entre les notions d'éthique, de valeurs et de morale soient ténues¹⁰⁰⁴, elles présentent tout de même une importance, notamment pour la suite de nos développements¹⁰⁰⁵. Morale et éthique font toutes deux

⁹⁹⁸ P. Ricoeur, « Fondements de l'éthique », *Autres Temps. Les Cahiers du christianisme social*, n°3, 1984, p. 64.

⁹⁹⁹ P. Ricoeur, *Le juste*, Esprit, coll. Philosophie, 1995, p. 17.

¹⁰⁰⁰ P. Ricoeur, *Le juste*, *op. cit.*

¹⁰⁰¹ F. Collin, « Repenser l'éthique », *Les Cahiers du GRIF*, n° 29, 1984, p. 97-98. Dans le même esprit, l'auteur parle du « comment vivre » et du « comment vivre avec ».

¹⁰⁰² On retrouve ici donc l'idée de socialisation de l'individu dès son plus jeune âge, en principe assurée par sa famille.

¹⁰⁰³ J. Lagarrigue et G. Lebe, « Éthique ou morale ? », *Recherche & Formation. Conscience étique et pratiques professionnelles*, n°24, 1997, p. 121-130.

¹⁰⁰⁴ H. Matsopoulou, « L'éthique et le droit pénal », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 315. L'auteur rappelle que le terme « éthique » d'origine grecque n'est autre que le pendant de celui de « morale » d'origine latine.

¹⁰⁰⁵ Le droit pénal ne doit pas être accessoire à la loi morale en matière de famille, V. *infra*, n° 251 et s.

référence à la perception du Bien et du Mal¹⁰⁰⁶. Elles viennent donc régir les comportements des individus vivant en société. Pourtant, alors que l'éthique se situe encore dans le registre de ce qui paraît souhaitable, pour le bonheur de tous et de chacun, la morale elle semble davantage emprunter des allures de loi. KANT, faisant abstraction de tout scepticisme ou dogmatisme, estimait d'ailleurs clairement que la morale ne trouvait aucunement son fondement dans « *la quête du bonheur[...], mais dans l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire dans le fait pour la volonté d'être législatrice, de poser elle-même ses lois* »¹⁰⁰⁷.

La loi morale, principalement formulée en des termes négatifs, relève de l'interdiction (« il ne faut pas voler », « il n'est pas bien de mentir », « tu ne tueras pas ton prochain », etc. ...). À ce propos, DURKHEIM rappelait que « *la morale est un système de règles d'action qui prédéterminent la conduite [...]. Elles disent comment il faut obéir dans des cas donnés ; et bien agir, c'est bien obéir* »¹⁰⁰⁸. On ne peut ignorer, qu'aujourd'hui, la morale pâtit d'une perception négative, en ce qu'elle est vue comme un concept tendant à régler, parfois de manière intrusive, des domaines relevant de l'intimité de l'individu – restreignant par là même ses libertés individuelle¹⁰⁰⁹. Cela explique que la notion d'éthique « *plus proche de la notion du sens ou de la fonction attribuée à la déontologie* », soit préférée par le pénaliste¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁶ Kant estimait que « *bon moralement signifie bon sans restriction* », c'est-à-dire en toute circonstance. La morale était, sur ce point, pour lui synonyme de vertu et d'éthique, V. O. Höffe, *Introduction à la philosophie pratique de Kant. La Morale, le droit et la religion*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1993, p. 57-60 ; F. Palhoriès, « La morale et la Sociologie », *Revue néo-scolastique de philosophie*, 17^e année, n°68, 1910, p. 512.

¹⁰⁰⁷ E. Gaziaux, « Trois modèles d'autonomie en morale : Kant, Steinbüchel, Auer », *Revue théologique de Louvain*, 28^e année, fasc. 3, 1997, p. 339 ; O. Höffe, *op. cit.*, p. 49 sq ; La morale suppose un échange entre deux personnes, celle qui crée la norme et celle à qui elle s'adresse, l'« *adressataire* ». Toutefois, il est possible de concevoir qu'une personne puisse s'adresser à elle-même une norme morale. C'est à la condition que « *sa conscience se divise en deux personnalités, un ego et un alter ego, de sorte que l'un pose les normes qui sont adressées à l'autre, c'est-à-dire statue le comportement de l'autre comme obligatoire* », V. H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. Olivier Beaud, 1^{ère} éd. 1979, Mans Verlag Wien, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 36-38 ; V. également, E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2014, p. 119.

¹⁰⁰⁸ E. Durkheim, *L'éducation morale*, Paris, PUF, 1963, p. 21. Selon Durkheim, une des caractéristiques de la morale est l'*obligation*. Mais à cette caractéristique doit s'ajouter une autre, celle de la *désirabilité*. En effet, il concevait mal qu'un individu soit contraint à obéir à une règle morale qu'il n'estimerait pas juste. Toutefois, cette désirabilité ne doit pas se confondre avec l'*hédonisme*. L'auteur met en avant l'idée du dépassement de soi, de l'effort et le devoir de respecter les règles, V. H.-P. Müller, « Société, morale et individualisme. La théorie morale d'Emile Durkheim », trad. Didier Renault, *Trivium*, 2013, n° 13-19 (en ligne) : <https://trivium.revues.org/4490>. Durkheim précise encore que la morale n'est pas qu'universelle, elle est également individuelle. Selon lui, « *on entend par là un ensemble de jugements que les hommes, individuellement ou collectivement, portent sur leurs propres actes comme sur ceux de leurs semblables, en vue de leur attribuer une valeur très spéciale* », V. E. Durkheim, « Introduction à la morale », *Revue philosophique*, n°89, 1920, p. 81.

¹⁰⁰⁹ V. Malabat, « Morale et droit pénal », in *Droit et morale. Aspects contemporains*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 220.

¹⁰¹⁰ V. Malabat, « Morale et droit pénal », *op. cit.*, p. 219-220.

Ainsi, on le voit, l'éthique apparaît comme le vecteur intersubjectif inné qui se construit presque inconsciemment. La morale, elle, s'impose non plus seulement comme une modalité d'agissements possibles, mais véritablement comme l'imposition d'un modèle, d'un cadre normal auquel il convient de ne pas déroger¹⁰¹¹. La morale apparaît donc comme « *aliénante* »¹⁰¹² et l'éthique comme la « face objectivée »¹⁰¹³ de cette dernière.

Aussi, dans le cadre de cette étude, préférons-nous rattacher strictement la valeur sociale au concept d'éthique présentant des vertus de neutralité.

b) La valeur sociale préexistante au droit

245. La valeur sociale n'est pas la norme. – Les concepts de valeur et de norme ont souvent fait l'objet d'une confusion. En effet, dans les thèses *jus naturalistes*¹⁰¹⁴, le droit était vu comme « *l'émanation, le produit de la Raison* »¹⁰¹⁵, la même raison qui conduit l'homme à adopter la conduite la plus responsable et la plus morale. Dans cette conception, le droit est l'instrument évident au service de l'éthique et la morale. Aussi, ces thèses ne distinguaient-elles pas droit et morale, ni normes et valeurs.

Le *jus positivisme* lui est fondé sur l'idée essentielle que droit et morale (ou indistinctement employée, l'éthique) sont diamétralement opposés. Néanmoins, ce courant d'idée utilisait tout de même, le terme « norme » pour désigner à la fois les règles juridiques et celles qui relevaient uniquement de la morale, de l'éthique ou des valeurs¹⁰¹⁶.

Pourtant, la valeur protégée n'est pas la norme juridique, et pour cause ces deux concepts suivent des sémantiques différentes. La norme, en effet, correspond à « *la règle juridique,*

¹⁰¹¹ V. P. Ricœur, « Fondements de l'éthique », *op. cit.*, p. 69.

¹⁰¹² F. Collin, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰¹³ P. Dubouchet, *Droit et Philosophie. Une critique des sciences humaines*, L'Harmattan, 2009, p. 50.

¹⁰¹⁴ Les thèses *jus naturalistes* s'inspirent largement des travaux du juriste canonique Tomas d'Aquin, pour plus de précisions V. H. Rabault, *op. cit.*, p. 3 sq [En ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/rabaultTD5.pdf>].

¹⁰¹⁵ H. Rabault, *op. cit.*, p. 4-13.

¹⁰¹⁶ KELSEN est l'un des auteurs incontournables du *jus positivisme*. Il estimait que toutes les normes sociales n'étaient pas juridiques, ainsi « *on peut grouper l'ensemble des normes sociales autres que juridiques sous la dénomination de morale, et l'on peut nommer l'éthique la discipline qui entreprend de les connaître et de les analyser* » V. H. Kelsen, *Théorie de pur droit*, trad. Charles Eisenmann, 1^e éd. 1962, Dalloz, Inst Kelsen, LGDJ, 1999, p. 65.

obligatoire, générale et impersonnelle »¹⁰¹⁷. Elle répond dès lors au registre de l'obligation, de la permission ou de l'interdiction¹⁰¹⁸. A contrario, la valeur, elle, est intimement liée à la capacité de l'individu à distinguer le « bon » du « mauvais »¹⁰¹⁹. Par conséquent, la notion de valeur renvoie à des considérations d'ordre éthique. Dès lors, on le pressent, l'idée même de valeurs renvoie à la versatilité. Ainsi, les systèmes de valeurs sont changeants et évolutifs en fonction des individus et des sociétés dans lesquelles s'observeront ces valeurs, à un moment donné. Les valeurs s'actualisent donc en permanence¹⁰²⁰. KELSEN, éminent philosophe du droit d'origine autrichienne, né à Prague en 1881, estimait alors qu'il existait une pluralité de valeurs, sans qu'il soit possible d'établir une hiérarchie entre elles, puisque selon lui, « *il n'existe pas de morale absolue* »¹⁰²¹. C'est ce que renferme son idée de « *relativisme axiologique* »¹⁰²². La théorie kelsénienne de la valeur rappelle alors le constat précédent, relativement aux difficultés d'appréhension juridique de la notion factuelle de « valeurs sociales », de l'imprécision de cette dernière. En effet, les valeurs reposent sur des préférences, de l'affect, un jugement. Elles apparaissent comme substantiellement « *irrationnelles* » et ne peuvent valablement constituer des éléments sur lesquels « *on ne peut tenir un discours de vérité scientifique* »¹⁰²³.

Il importe, dans notre effort de distinction des notions de valeur et de norme, d'insister sur ce concept de « vérité scientifique », car en effet, la vérité scientifique n'est pas la vérité absolue. Lorsque le juge pénal forge son intime conviction sur la culpabilité d'un individu, au regard des divers éléments de preuves qui lui sont rapportés, il ne peut faire fi de son humanité et sa subjectivité. La décision qu'il prononce ne s'apparente pas à une vérité absolue, sinon à une vérité judiciaire. Toutefois, parce qu'il se détermine en terme de légalité ou d'illégalité – critère de référence admis et éprouvé – le juge tend à s'approcher d'une vérité scientifique

¹⁰¹⁷ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2014, « Norme ».

¹⁰¹⁸ A. De Lastic, (2011) « Une approche philosophique du sens des valeurs. Se transformer soi-même pour transformer le monde ? », in *CCFD-Terre Solitaire. Gouvernance et responsabilité. Propositions pour un développement humain et solidaire*, Musée du quai Branly, Paris, décembre 2011, p. 3 [En ligne : <http://ccfd-terresolidaire.org/IMG/pdf/valeurs-delastic.pdf>].

¹⁰¹⁹ A. De Lastic, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰²⁰ J.- C. Rocher, *ibidem*, Ed. fac 2000, 1999, p. 62.

¹⁰²¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰²² C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Les Presses de l'Université Laval, Coll. Diké, 2004, p. 29 ; H. Rabault, *Droit et axiologie : la question de la place des "valeurs" dans le système juridique*, Droit constitutionnel et théorie et philosophie du droit, atelier n°5, Acte du 8^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, Université Nancy II, 2011, p. 6 [En ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/rabaultTD5.pdf>].

¹⁰²³ C. M. Herrera, *op. cit.*, p. 28.

ayant pour fondement la loi ou la norme. Et c'est bien ce qui différencie la norme juridique de la valeur. La norme, en effet, n'est pas relative. Si elle se diversifie selon les disciplines judiciaires et évolue nécessairement, en revanche elle représente un cadre unitaire, homogène, cognitif et rationnel. Ainsi, la norme est la règle selon laquelle l'individu **doit** se comporter ; étymologiquement, le mot vient du latin « norma » qui signifie « équerre, règle ». Et, cette idée de rectitude se retrouve encore dans le mot « droit » qui dérive du terme latin « dirigere », signifiant « tracer une ligne droite ». Par conséquent, la norme juridique semble devoir se départir de déviations, d'imprécisions. Toutefois, la norme n'exclut pas l'imperfection ; elle s'en enrichit, s'en inspire. Il n'existe nulle norme, nulle loi, qui ne trouve pas son explication dans une valeur, et en particulier en droit pénal. Ainsi, la norme est la formalisation objective des valeurs. Le droit ne relève pas de la nature et n'a point émergé seul, mais bien par l'action de l'homme, qui en prise à ses propres valeurs, mais aussi à des valeurs communes, a ressenti le besoin de les mettre en forme au sein d'une science juridique rationnelle. Les valeurs protégées par conséquent dominant le droit¹⁰²⁴, de sorte que cette discipline ne peut se passer de ces dernières. La valeur est donc positivée dans la norme, c'est elle qui participe de sa rationalisation.

246. Des valeurs, le fruit d'une société. – Si l'on admet que la valeur se situe au cœur du droit, faut-il, pour autant, en conclure que le droit crée les valeurs qu'il garantit par ailleurs ? Ou, au contraire que ces valeurs préexistent au droit ?

La valeur, qui recevra une protection juridique *a posteriori* n'est pas l'œuvre du droit, celui-ci venant seulement constater l'existence de valeurs *de facto* présentes au sein d'une société donnée. Ainsi, le droit n'est pas créateur de valeurs, il les élève au rang de valeurs sociales juridiquement protégées.

En ce sens, la théorie de Franz VON LISZT nous semble particulièrement fine s'agissant de sa conception du bien juridique protégé. Éminent professeur et criminologue, né à Vienne en

¹⁰²⁴ Cette vision s'oppose à celle des théories de la communication, représentées notamment par Jürgen Habermas, V. *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, p. 277-279. Selon ces théories, le droit ne fait appel aux valeurs que lorsqu'il ne dispose plus de mécanismes juridiques de résolution des problèmes. Il tient les valeurs à distance. Ces théories privilégient la norme, à caractère obligatoire et rationnel (« une validité à caractère binaire » laissant peu de place au relativisme), aux valeurs intersubjectives, préférentielles et théologiques.

1851, VON LISZT¹⁰²⁵ estime que les biens juridiques proviennent du réalisme social. Selon lui, le bien juridique désigne les intérêts vitaux des individus entre eux et dans leurs relations avec la société¹⁰²⁶. Remarquons qu'une telle définition du bien juridique rappelle notre idée précédente de la valeur coexistant avec toute réalité collective. Ainsi, la vision de VON LISZT s'applique aisément à notre notion de *valeur*. En effet, à travers cette vision d'une valeur issue de la société, l'emploi du vocable de *valeur sociale* apparaît plus clair, plus concret.

De plus, VON LISZT insiste sur le fait que ces intérêts vitaux ne sont pas créés par le droit. Dès lors, dans sa pensée, « *les biens juridiques sont les intérêts protégés par le droit* »¹⁰²⁷, c'est-à-dire reconnus comme suffisamment essentiels par celui-ci pour être élevés au rang de bien juridiques. Il s'agit donc là d'une véritable mutation, le bien juridique est en réalité issu de la reconnaissance juridique de l'intérêt social. Dès lors, les esprits contradicteurs pourraient rétorquer que, si l'intérêt à l'état primitif est effectivement un objet social, c'est bien le droit qui le sort de son existence sociale pour en créer l'aspect dogmatique. Cependant, le mot « création » suppose de faire naître une chose du néant. Or tel n'est pas le cas ici. Le droit se contente d'habiller un fait social (un intérêt vital), d'une existence juridique nouvelle (valeur sociale ou bien juridique). Il ne peut donc tout au plus qu'être question ici d'une novation. Et c'est d'ailleurs bien ce qu'exprime VON LISZT en ces termes : « *l'ordre juridique ne crée pas l'intérêt, c'est la vie qui le crée ; mais la protection de droit élève l'intérêt vital au rang de bien juridique* »¹⁰²⁸.

Aussi, le choix du vocable de *valeur sociale protégée* prend-il tout son sens. En effet, le juriste doit résister à la tentation de rebaptiser celle-ci en *valeur juridique* (à l'instar du bien juridique), en vue de matérialiser l'idée de transformation juridique d'un intérêt social. Et

¹⁰²⁵ Il est connu notamment pour sa tentative, lors de sa contribution à la réforme du Code pénal allemand en 1882, de faire reconnaître le droit pénal et la criminologie comme une seule et même science : le Droit pénal, V. L. M. Villerbu et J.-L. Viaux, *Expertise psychologique, psychopathologique et méthodologique*, L'Harmattan, 1999, p. 18.

¹⁰²⁶ « Il s'agit d'un intérêt qui existe dans la réalité sociale et qui résulte des relations de la vie entre les individus eux-mêmes ou entre les individus et la société organisée en Etat » V. M. Lacaze, *op. cit.*, p. 62, n° 64.

¹⁰²⁷ V. M. Lacaze, *ibidem*, n° 64.

¹⁰²⁸ « *Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida ; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico* » V. F. Von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, tome II, trad. L. Jiménez de Asua, 4^{ème} éd., Reus, 1999, p. 6.

pour cause, une valeur sociale n'est pas une valeur juridique. En effet, si la valeur juridique désigne le caractère probant de tout acte, susceptible de créer un certain nombre d'effets de droit, aux yeux de la loi et institutions chargées de l'appliquer ; la valeur sociale, elle, renvoie à une notion supérieure, un principe fondamental qui, né au sein de la société, se voit accorder une importance et une reconnaissance juridiques par le législateur. Néanmoins, cette reconnaissance juridique n'est pas synonyme d'une force créatrice du droit, comme nous venons de le préciser. Et, même captée par le droit, la valeur sociale conserve son essence première.

Enfin, il convient de préciser que la création de valeurs n'est pas libre. En effet, celle-ci se construit, s'oriente selon un certain déterminisme social. Ainsi, l'individu ne crée pas son système de valeurs indépendamment de toutes influences extérieures, qu'elles soient sociales, familiales ou expérimentales. C'est précisément au contact de certains phénomènes sociétaux et familiaux, qui auront marqué significativement le parcours de l'individu, que celui-ci sera amené à préférer telle valeur à une autre. En outre, les régimes politique et économique d'une nation conduiront à l'adoption de systèmes de valeurs différents, de sorte que les valeurs sociales d'un État communiste ne seront pas celles d'un État capitaliste. En conséquence, la valeur est bien issue d'une société et ce raisonnement se vérifie également lorsqu'il s'agit de la famille.

2) Un concept de valeur sociale applicable à la famille

247. La famille, passage d'un groupement naturel à une valeur sociale. – La famille est, en France, reconnue comme « *une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société* »¹⁰²⁹ selon l'article R. 112-1 du Code de l'action sociale et des familles. La famille est donc bien une valeur issue de la société. En tant que telle, la famille préexiste nécessairement au droit.

D'autres auteurs, pourtant, adoptent des thèses contraires. Une en particulier retiendra notre attention. Pour Monique Gomar¹⁰³⁰ le droit serait le support probant de volontés égoïstes et

¹⁰²⁹ Art. R.112-1 de CASF.

¹⁰³⁰ M. Gomar, « Pourquoi du droit dans la famille ? », in *La famille que je veux, quand je veux*, Toulouse, ERES, 2003, passim.

individuelles tendant à la formation d'un « *groupement de fait* » fragile, qui ne se transformerait en famille que par l'action – voire la « *contrainte extérieure* » nécessaire du droit. C'est, par conséquent, à cette seule condition de l'intervention du droit dans la famille, que celle-ci s'imposerait comme une entité durable, rationalisée et explicable. Aussi, cette vision défendrait-elle l'idée que la famille porte, dès l'origine, en elle, les éléments de sa propre juridicité, c'est-à-dire que tout ce qui est groupement n'est pas famille, et tout ce qui est famille est d'emblée juridique¹⁰³¹.

Opter pour cette dernière position reviendrait à dénier à la famille ce qu'elle possède de spontanéité et d'humanité. En effet, elle constitue initialement, un groupement naturel¹⁰³², c'est-à-dire trouvant en lui-même ses propres lois et principes¹⁰³³. Elle détient « pour *fondement l'homme, non seulement en tant que raison, mais encore en tant que donnée sensible et instinctive* »¹⁰³⁴. La simple reconnaissance objective de l'existence d'un tel groupe¹⁰³⁵, ne nécessite pas d'intervention ou d'interprétation juridique extérieure. Dès lors, la famille, en particulier contemporaine, est avant tout un agrégat d'événements – une rencontre¹⁰³⁶, la fusion des corps, la naissance d'un ou plusieurs enfants – et le bonheur qu'elle procure – le développement et l'épanouissement des membres du groupe, des périodes de paix ou de déchirement temporaires, transitoires ou irrémédiables. Mais, c'est aussi la cristallisation de sentiments – des cœurs qui battent la chamade, l'affection, l'amour, la loyauté ; ce sont autant de paramètres non anticipés, non calculés qui font de la famille « *un*

¹⁰³¹ M. Gomar, *op. cit.*, p. 8. Selon l'auteur « *la famille établit le passage de la nature à la convention* » ; elle oppose clairement le groupement de fait à la famille, qu'elle définit comme une « *société naturelle* ». Elle estime encore que « *C'est la famille seule qui, dès l'origine, est sujet de droits et d'obligations* » par opposition à ce dit groupement.

¹⁰³² J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1^{ère} éd. 1955, éd. PUF, Paris, *Quadrige Manuels*, 2004, p. 755 : Jean Carbonnier y voyait « *un phénomène à base de données biologiques, psychologiques, sociologiques – de données naturelles, en somme* ».

¹⁰³³ Il convient de reconnaître l'existence d'une famille naturelle, V. H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil. La famille*, tome I/vol. 3, 7^{ème} éd, Paris, Montchrestien, 1995, p. 35. La famille naturelle fondée par la seule « *union d'un homme et d'une femme, tout enfant né de cette union [étant] un membre de cette famille* ». La famille, dans sa conception naturelle, est donc vue de manière restrictive, puisqu'exclusive de la reconnaissance de l'homoparentalité.

¹⁰³⁴ J.-M. Trigeaud, *Essais de philosophie du droit*, Studio éditoriale di cultura, 1987, p. 19.

¹⁰³⁵ Dont la construction tient à la reproduction, la procréation et l'éducation des enfants, données inscrites dans la nature depuis des temps immémoriaux.

¹⁰³⁶ Sur le choix du conjoint V. supra, n°20 ; A. Girard, *Choix du conjoint. Une enquête psycho-sociologique en France*, Paris, Armand Colin, impr. 2012, passim ; M. Bozon et F. Héran, *La formation des couples. Textes essentiels pour la sociologie de la famille*, Paris, La Découverte, 2006, p.12.

ensemble de liens complexes que le Droit – [pêchant par sa rigidité], ne peut [...] ni maîtriser, ni former, ni rompre »¹⁰³⁷.

Par ailleurs, la famille possède nécessairement une existence sociale. En effet, s'il s'agit d'une sphère privée, c'est avant tout dans un espace public en connexion avec d'autres familles composantes d'une société appréciée comme une unité¹⁰³⁸, que la famille évolue. Or, si la société est un ensemble d'individus vivant en communauté organisée et la famille, une institution de cette dernière, il convient d'admettre qu'elle fasse – elle aussi – l'objet d'une organisation, d'une reconnaissance juridique et par la suite d'une protection. Par conséquent, la famille est une valeur éminemment sociale, juridiquement sauvegardée. Elle est apparue au législateur comme une valeur sociale centrale digne d'une protection juridique, ne serait-ce que parce qu'en tant qu'institution sociale bienfaitrice¹⁰³⁹, elle reste par principe l'intermédiaire nécessaire entre l'individu et l'État¹⁰⁴⁰. Ainsi, si l'on devait synthétiser notre pensée en une phrase, ce serait la suivante : la famille, originellement, est une valeur naturelle avant d'être une valeur sociale, et c'est en tant que valeur sociale qu'elle devient préoccupation de droit.

D'ailleurs, aujourd'hui plus que jamais, il est intéressant de se questionner sur une redéfinition des sources majeure et mineure d'influence, entre droit et famille – un peu comme si les rôles avaient été redistribués. En effet, si auparavant, la famille apparaissait fortement soumise à une pression extérieure omniprésente et aux normes qu'elles soient religieuses, coutumières ou légales ; au vu des actualités juridiques récentes, notamment l'adoption de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, nous pouvons nous demander si les évolutions de la famille française d'aujourd'hui sont encore gouvernées par le droit ? Ou, est-ce, au contraire, les comportements familiaux contemporains qui impulsent l'évolution du droit ?

Les individus n'attendent plus, en effet, un cautionnement légal de leurs choix de vie : ils s'octroient des droits individuels et familiaux, avant que la loi ne les leur reconnaisse ; ils

¹⁰³⁷ C. Atias, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, Thémis Droit, 2016, p. 296.

¹⁰³⁸ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, p. 67.

¹⁰³⁹ Nous l'avons vu, la famille peut aussi devenir une entrave pour l'individu, lorsqu'elle ne remplit plus les conditions de protection et de sécurité que l'on est en droit d'espérer de sa part, V. *supra*, n° 83.

¹⁰⁴⁰ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Op. cit.*, p. 9.

s'engagent moralement l'un envers l'autre avant que le droit ne leurs impose des devoirs juridiques¹⁰⁴¹. Par conséquent, la famille échappera toujours pour partie au droit.

Dès lors, il est possible d'affirmer que le droit donne, ni plus ni moins, une forme juridique à des processus et intérêts familiaux, d'ores et déjà, observés dans une société donnée. Aussi, élève-t-il la famille au rang de valeur sociale juridiquement protégée.

B. La famille, consacrée comme valeur sociale par des disciplines juridiques principales

248. Le droit comme révélateur nécessaire de la famille – Le droit ne crée pas les valeurs, mais les reconnaît. Cette précision n'est pas inopportune puisqu'elle permet de rappeler que si la valeur sociale préexiste au droit, pour autant elle ne peut s'en défaire.

Ainsi, dépourvue de toute enveloppe juridique, la valeur sociale demeurerait à son état primitif – brut – d'intérêt, et en tant que telle ne posséderait qu'une résonance purement personnelle – qu'elle soit par ailleurs individuelle ou collective, insusceptible de se voir octroyer une portée générale. Nous entendons ici l'intérêt comme étant, avant toute qualification, « *une considération [ou un mobile] d'ordre moral ou économique qui concerne, attire, préoccupe une personne* »¹⁰⁴². Il s'agit donc communément de ce qui va dans le sens d'une personne, ce qui est bon pour elle, lui est profitable ; c'est-à-dire en réalité d'une cause ou d'un avantage (un bénéfice) personnel détenu ou défendu par son titulaire à des fins personnelles, qu'il conviendra de distinguer des droits subjectifs du sujet¹⁰⁴³. Et cette définition se vérifie lorsque l'on parle d'intérêt de l'enfant ou de la famille, ou encore d'intérêt pour agir s'agissant de la partie civile qui souhaite faire entendre sa cause au pénal, notamment. Il s'agit bien là d'intérêts, appartenant en propre à un individu ou à un groupement. De fait, ce n'est pas l'existence de ces intérêts en eux-mêmes qui est remise en cause. Mais leur existence juridique, elle, passe par leur qualification en droit, condition de

¹⁰⁴¹ V. *supra*, n°18 et s. ; n° 31 et s. Les nouvelles formes familiales (dites monoparentales, recomposées, homoparentales), le concubinage sont une illustration parfaite de configurations familiales, parfois complexes, improvisées à l'ombre du droit.

¹⁰⁴² G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2016, « Intérêt ».

¹⁰⁴³ V. *infra*, n° 176.

leur prise en compte et protection effective. En d'autres termes, le droit confère une qualité aux valeurs.

Il en va de même pour la famille. Sa fondation et sa protection juridiques dépendent de l'action nécessaire du droit, comme nous l'avons précisé en introduction¹⁰⁴⁴. Aussi, s'il est louable de prôner une immixtion *a minima* du droit dans la famille, une absence totale de droit dans celle-ci semble inconcevable¹⁰⁴⁵. C'est le droit qui érige la famille au rang de valeur essentielle.

249. Droit positif interne et consécration de la famille. – La famille est une valeur sociale expressément reconnue en droit positif français¹⁰⁴⁶. Ainsi, illustrant cette place centrale accordée à celle-ci – l'article 1^{er} de la Loi du n° 94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille rappelle en effet que « *la famille est une des valeurs sur lesquelles est fondée la société. C'est [donc] sur elle que repose l'avenir de la Nation* ».

Cette valeur essentielle est consacrée¹⁰⁴⁷ constitutionnellement. En effet, l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » consistant notamment dans « *la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* » dus à l'enfant et à la mère¹⁰⁴⁸. C'est de cet alinéa que le Conseil constitutionnel tire pour la première fois, la reconnaissance d'un véritable droit à mener une vie familiale normale et l'obligation pour le législateur de concilier le maintien de l'ordre public et le respect de cette liberté fondamentale (entre autres) de valeur constitutionnelle¹⁰⁴⁹. De même, et de manière bien moins évidente, il

¹⁰⁴⁴ V. *supra*, n°37.

¹⁰⁴⁵ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 755. Selon l'auteur, la famille est un « *phénomène indivisiblement naturel et juridique [...] modelé par le droit* ».

¹⁰⁴⁶ Article R. 112-1 du CASF : « *La famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société* ».

¹⁰⁴⁷ Cette reconnaissance de la famille comme valeur est historique, bien que la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 ne fasse aucune mention de la famille (ce qui est étrange d'ailleurs, puisque la famille apparaît comme une donnée des droits de l'homme aujourd'hui). Ainsi, par exemple, l'alinéa IV du Préambule de la Constitution du 4 novembre 1848 de la II^{ème} République précisait expressément que « *[La République] a pour principe la Liberté, l'Egalité et la Fraternité. Elle a pour base la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre Public* ».

¹⁰⁴⁸ Alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

¹⁰⁴⁹ Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, L. relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France : « *Figurent parmi ces droits et libertés, la*

arrive que le Conseil Constitutionnel tire de cet alinéa 10 du Préambule une exigence de conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰⁵⁰ par exemple.

De même, bien que l'action du juge administratif soit principalement attachée à la sauvegarde de l'intérêt général¹⁰⁵¹, le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de reconnaître la famille comme une valeur digne de la protection de l'État¹⁰⁵². Ainsi, il n'a pas hésité à ériger le droit de mener une vie familiale normale au rang de principe général du droit dégagé du Préambule de 1946¹⁰⁵³, précité.

250. Conventions internationales et consécration de la famille. – La « sacralisation » de la famille et la reconnaissance de son essentialité sont affirmées par les conventions internationales, telle que la Convention Internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989 qui dispose que « *la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres [...], doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté* »¹⁰⁵⁴. De même, l'article 16-3 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme prévoit qu'en tant qu' « *élément naturel et fondamental de la société* », la famille a « *le droit à la protection de la société et de l'État* ».

liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et de venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale [...] ».

¹⁰⁵⁰ V. Cons. const., décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, L. ouvrant mariage aux couples de personnes de même sexe, consid. 53-54, s'agissant de la conformité de l'adoption par un couple homosexuel à l'intérêt de l'enfant.

¹⁰⁵¹ C. Escoffier-Gialdini, *La vision pénale de la famille*, thèse de Doctorat, Université d'Aix-Marseille, 1994, n°5.

¹⁰⁵² Par ex., CE, Ass., 8 juin 1973, « Dame Peynet », requête n° 80232, *Lebon* p. 406, concl. Grévisse ; *JCP* 1975. II. 17957, note Saint-Jours. : Existence d'un principe général du droit interdisant de licencier une femme enceinte, sauf dans certaines circonstances ; CE, Ass., 18 janvier 1980, « Bargain », requête n° 14397, *Lebon* p. 29. (liberté de mariage).

¹⁰⁵³ CE, Ass. 8 décembre 1978, « GISTI, CFDT et CGT », *Lebon* p. 493, 493 ; *GAJA*, 20^{ème} éd. 2015, n° 83.

¹⁰⁵⁴ Préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant, Décret no 90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990 [Consulté en ligne http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=92A4EC675FADEB65573B7E7C159884AA.tpdjo07v_1?cidTexte=JORFTEXT000000716856&categorieLien=id], consulté le 11 mars 2014.

Elle est encore reconnue comme une valeur sociale digne de protection par les conventions européennes telles que la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, notamment en son article 8, prévoyant que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Également la Charte sociale européenne adoptée par le Conseil de l'Europe le 18 octobre 1961, prévoit en son article 16 que « *la famille, en tant que cellule fondamentale de la société, a droit à une protection sociale, juridique, économique appropriée pour assurer son plein développement* ».

§2 - La famille, fédératrice de valeurs sociales protégées par le droit pénal

251. Si la famille est juridiquement reconnue comme une valeur sociale centrale par les disciplines principales que sont le droit civil, le droit public, le droit constitutionnel, le droit européen et le droit international, afin de garantir l'effectivité des intérêts juridiquement protégés qu'elles édictent, ces disciplines emploient le droit pénal en sa qualité de gendarme. Ainsi, la raison pour laquelle le droit pénal intervient dans la famille, c'est que cette dernière constitue un support créateur (A) de valeurs sociales classiques qu'il lui appartient de protéger (B).

A. La protection pénale de la famille en qualité de sujet créateur de valeurs sociales

252. La famille est, tout à la fois, un sujet titulaire (1) et créateur (2) de valeurs sociales.

1) La famille, sujet titulaire de valeurs sociales

253. La valeur sociale titularisée par le sujet. – Les valeurs sociales juridiquement protégées sont dotées de subjectivité, parce qu'elles émanent d'une préférence – d'un jugement – du législateur qui les élève à ce rang. Elles sont donc nécessairement mouvantes et évolutives d'une société à l'autre, d'une époque à l'autre. Mais elles sont également subjectives parce qu'elles sont susceptibles d'être rattachées à un sujet. Ce sujet devient

support de valeurs sociales. En effet, les intérêts juridiquement protégés n'ont pas de valeur innée. C'est la projection que fait le sujet sur ces intérêts, de considérations sociales, culturelles ou politiques, qui leur donne leur crédit juridique.

Ainsi, de la même façon que les valeurs sociales ne peuvent exister juridiquement sans l'action du droit, il semble qu'elles doivent encore être rattachées à des titulaires identifiés ou identifiables. En effet, nommer les valeurs sociales nécessite que soient détectés avec certitude des « intérêts juridiques protégés » lésés ; or le référent le plus fiable pour ce faire reste encore de déterminer qui sont les titulaires auxquels se rattachent ces valeurs sociales. Aussi, est-ce possible d'affirmer que c'est le sujet qui rend la valeur sociale suffisamment concrète.

Les thèses positivistes qui ont marqué la doctrine européenne, notamment allemande, entre le XIX^{ème} et le XX^{ème} siècle, concevaient « *le délit comme la lésion du bien juridique protégé* » – ce dernier devenant alors la raison d'être du délit, son objet¹⁰⁵⁵. Cette vision paraît également intéressante pour la valeur sociale, puisque le législateur qui décide d'incriminer un comportement, en l'établissant comme non conforme à la loi pénale, fonde bien sa démarche sur une valeur considérée, objet de l'incrimination. Dès lors, on le comprend, les titulaires des valeurs, auxquelles le législateur décide d'accorder une portée juridique, sont généralement les *sujets passifs de l'infraction*¹⁰⁵⁶, victimes de la violation de ces valeurs.

Aussi, convient-il de se demander si la famille est sujet de valeurs sociales ? Pour ce faire, il semble préalablement nécessaire de déterminer si le sujet de valeurs sociales doit être doté de personnalité juridique, en d'autres termes si le sujet de valeurs est sujet de droit ? Or, nous verrons que tel n'est pas le cas.

254. La distinction entre la valeur et le droit subjectif. – Si l'on admet que la valeur sociale n'est ni plus, ni moins qu'un intérêt vital d'un sujet, juridiquement protégé, il serait tentant de l'assimiler au droit subjectif – les définitions de ces deux notions étant quasi

¹⁰⁵⁵ La pensée de Karl BINDING, juriste allemand né en 1841, connu notamment pour son ouvrage *Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwertem Lebens* [L'autorisation de destruction de la vie de l'Indigne de vie], est représentative de ces thèses, V. M. Lacaze, *op. cit.*, p.57-58, n° 53.

¹⁰⁵⁶ R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 22. Il en va autrement, cependant, du délit de dénonciation calomnieuse prévu aux art. 226-10 à 222-12 du C. pén qui pour sa part ne trouve pas sa valeur dans l'intérêt de la prétendue victime.

identiques. Le droit subjectif s'entend, en effet, de « *la prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose ou d'exiger d'autrui une prestation* »¹⁰⁵⁷. Cette confusion des termes est d'ailleurs historique. FEUERBACH, éminent juriste allemand né en 1775, est le créateur de la théorie des droits subjectifs. Soucieux de la protection du citoyen face à l'arbitraire de l'Etat, le droit subjectif était dans sa conception une ébauche de la notion de bien juridique à venir. Le délit était alors vu comme la violation d'un droit subjectif, ce dernier étant donc l'objet même du délit¹⁰⁵⁸. Cette théorie rencontra un large écho dans la doctrine européenne et allemande particulièrement¹⁰⁵⁹.

Pourtant, droit subjectif et bien juridique ou valeur sociale ne semblent pas devoir refléter les mêmes réalités. Et BIRNBAUM¹⁰⁶⁰ d'affirmer, déjà au début du XIXème siècle, que l'infraction ne peut léser raisonnablement un droit subjectif. Ainsi, s'il est vrai que le délit porte atteinte à l'enveloppe matérielle du droit – par exemple, l'objet dérobé ou dégradé, sur lequel s'exerçait le droit de propriété – le droit en lui-même n'est pas détruit et son titulaire peut encore exiger qu'il soit mis fin à la violation dudit droit. De la même façon, le meurtre atteint l'enveloppe physique de la victime, personne physique, à laquelle il ôte la vie. Mais, il ne fait point disparaître son droit à la vie. Pour preuve, c'est en réalité ce droit qui naît dans le patrimoine du défunt (l'intérêt à agir), sous forme d'action civile et qui se transmet à ses héritiers, qui pourront alors l'exercer, à certaines conditions, au pénal.

Ainsi, il semblerait que la définition de la valeur sociale ne puisse se réduire à celle des droits subjectifs : la valeur sociale est une notion supérieure qui se rattache certes à un titulaire, mais qui le dépasse.

La distinction entre ces deux expressions présente deux intérêts principaux. Le premier tend à favoriser une retranscription la plus fidèle possible des finalités du droit pénal, et plus précisément du droit pénal spécial. En d'autres termes, s'il est aisé de concevoir que certaines infractions portent une atteinte directe à certains droits subjectifs, une telle acceptation ne semble pas aussi évidente pour d'autres. Ainsi, la victime de violences volontaires, de

¹⁰⁵⁷ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2014, « Droit subjectif ».

¹⁰⁵⁸ P. Von Feuerbach, *Tratado de derecho penal*, trad. E. R. Zaffaroni et I. Hagemeier, Hammurabi, 1989, p. 403 ; L. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal. El delito*, 5^{ème} éd., tome III, Losada, 1950, p. 102-103.

¹⁰⁵⁹ M. Lacaze, *op. cit.*, p. 44-48.

¹⁰⁶⁰ Il est reconnu comme le créateur du terme « bien juridique », dont la théorie des droits subjectifs avait commencé à poser les bases.

diffamation, de dégradations (notamment l'effraction) ou la violation de domicile est distinctement reconnaissable ; de sorte que dans ces exemples, il paraît incontestable que ces infractions sont respectivement la lésion du droit au respect de l'intégrité physique, du droit à la vie privée ou du droit à la propriété.

Cependant, pour d'autres incriminations, telles que le terrorisme, la cybercriminalité (notamment la technique du « phishing » ou « hameçonnage » informatique visant à la collecte de données informatiques confidentielles en vue d'une usurpation d'identité ultérieure), la provocation à la haine raciale, l'association de malfaiteurs ou encore les diverses atteintes à personne vulnérable, le concept de droit subjectif ne suffit plus à rationaliser l'infraction¹⁰⁶¹. Dans de tels cas, dès lors, seules les expressions d'« intérêts juridiquement protégés » ou de « valeurs sociales » permettent de comprendre pour quelles raisons certains comportements contraires au droit se voient sanctionner. En conséquence, le délit repose non pas tant sur les droits subjectifs de l'individu à proprement parler, mais sur certains de ses intérêts valorisés par le droit.

Par ailleurs, cette réalité explique, au moins en partie, que l'infraction ne soit pas édictée dans l'intérêt d'un individu en particulier, mais dans l'intérêt général et qu'elle soit sanctionnée au nom de la société¹⁰⁶². De ce fait, il est possible de constater que le législateur formule les incriminations qu'il édicte davantage au regard de « standards » d'âge (le mineur ou le majeur), de capacité, d'intelligence ou de sensibilité (l'enfant), de santé mentale, psychologique ou de discernement (la personne vulnérable qu'il s'agisse de la personne âgée, du mineur ou de l'aliéné mental), de qualités ou de statuts (l'ascendant, la personne ayant autorité sur le mineur ou occupant des fonctions particulières vis-à-vis de celui-ci), culturels ou ethniques. Ainsi, dans la conception du Code pénal, l'individu et ses intérêts apparaissent comme objectivés, dépersonnalisés. Pourrait-on donc dire que la valeur sociale, objet du délit, est l'objectivation du droit subjectif. Ainsi, contrairement à certaines thèses¹⁰⁶³, nous pensons que le droit subjectif est absorbé par la valeur sociale, dont la protection est la finalité du délit.

¹⁰⁶¹ V. notamment, E. Aguirre Obarrio, « Preludio al bien jurídico », *Lecciones y Ensayos*, segunda época/ n°1, 1981, p.19-21 (en ligne) : http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0046-1.pdf.

¹⁰⁶² Pour autant, la valeur sociale ne doit pas être assimilée à la norme pénale, V. *supra*, différence entre le droit objectif et la valeur, n°245.

¹⁰⁶³ KAUFMANN défendait l'idée que le droit subjectif est la prérogative garantie par le droit objectif pour la réalisation d'un intérêt juridiquement protégé. Le droit subjectif réunirait donc à la fois le concept de droit objectif et de bien juridique protégé, V. M. Kierszenbaum, « El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas », *Lecciones y Ensayos*, n° 86, 2009, p. 192.

En réalité, cela revient à dire que le droit subjectif est l'accomplissement formel – une prise en compte juridique – de l'intérêt ; tandis que la valeur sociale en est la valorisation juridique.

Le deuxième intérêt d'une telle distinction est de rappeler, par ailleurs, que tous les droits subjectifs des individus ne trouveront pas automatiquement leur analogue dans une valeur ; et qu'inversement la valeur ne reposera pas nécessairement sur un droit subjectif. Ainsi, droit subjectif et valeur sociale ne coexisteront pas toujours. Ce sera par exemple le cas d'infractions trouvant, pour partie, leur objet dans le non-respect d'une décision de justice civile préalable¹⁰⁶⁴, comme l'abandon de famille. Cette valeur sociale est déliée d'un droit subjectif. Également, la prohibition du dopage dans le sport – bien qu'elle tende à protéger la santé des sportifs et le regard que pose l'opinion publique sur une discipline sportive donnée – vise intrinsèquement à faire respecter les règles de compétition et d'équité entre les sportifs. Ainsi, la valeur sociale de cette infraction serait la sauvegarde d'un esprit sportif dans l'intérêt du jeu ou dit autrement le « fair-play ». Une telle valeur n'est pas en soi un droit subjectif permettant à un individu d'exiger d'une autre qu'elle exécute une obligation ou une prestation.

En conclusion, si l'individu a une conscience – une connaissance, même approximative de ses droits et devoirs, il n'a au contraire pas de conscience réelle des valeurs sociales qui sous-tendent pourtant la réalisation de ses facultés et obligations. La valeur sociale apparaît donc véritablement comme les préceptes éthiques et philosophiques qui dans une société donnée assurent le vivre ensemble. Cela rappelle l'idée que seuls les intérêts vitaux pouvant atteindre cet objectif, sauraient être érigés au rang de valeurs sociales, à l'exclusion d'autres intérêts ou préoccupations individuelles, voire égoïstes. Et, c'est précisément cela qui justifiera une hiérarchisation entre les différents intérêts juridiquement protégés. Ainsi, par exemple, l'intérêt reconnu juridiquement à un parent d'exercer librement son autorité parentale sur sa descendance ne sera tenu pour prioritaire, que dans la limite de l'intérêt supérieur de l'enfant. En somme, il convient de retenir que la valeur sociale n'est pas le droit subjectif.

¹⁰⁶⁴ À moins de considérer que l'infraction lèse l'intérêt de la justice civile, émanation de l'autorité de l'Etat.

255. L'indifférence de la personnalité juridique de la famille .– La valeur protégée est rattachée à un sujet qui peut être, entre autres¹⁰⁶⁵, l'individu ou l'État¹⁰⁶⁶. Concevoir que ceux-ci puissent être titulaires d'intérêts juridiquement reconnus et protégés ne pose pas de difficulté particulière puisqu'ils sont pourvus de la personnalité juridique ; et à ce titre, ils ont une place évidente au cœur de l'activité juridique, et notamment dans le procès pénal. Mais alors qu'en est-il de la famille ? En effet, à ce jour aucune disposition textuelle ou décision jurisprudentielle n'a consacré la famille en tant que personne morale en droit positif¹⁰⁶⁷. Dès lors, peut-on considérer que la famille est titulaire de valeurs sociales protégées, alors même qu'elle n'a pas la personnalité juridique en droit positif ? Cette question revient à se demander si le titulaire de la valeur sociale protégée doit être entendu au sens du sujet de droit. Nous ne le croyons pas.

En effet, le sujet de droits désigne la personne physique ou morale qui est détentrice de droits et de devoirs. Or la valeur sociale, comme nous l'avons démontré auparavant, n'a guère besoin de droits subjectifs pour son existence. C'est dans la sauvegarde d'un intérêt vital du sujet qu'elle trouve son essence, et non dans la protection immédiate de ses droits subjectifs. Dès lors, il importe peu que les titulaires de valeurs protégées aient la personnalité juridique. Doués ou non de cette personnalité, il suffit seulement qu'ils soient « *sociologiquement identifiables* »¹⁰⁶⁸. Par conséquent, la famille, en tant qu'entité humaine et sociale, sociologiquement identifiée, doit être considérée comme un « sujet de valeurs sociales ». Donc, la famille est titulaire de valeurs sociales à protéger – pas parce que l'on chercherait à y voir une quelconque personnalité juridique propre, mais simplement parce qu'elle porte en elle – elle fédère – des intérêts vitaux appartenant, eux-mêmes, à des individus titulaires de valeurs sociales. Ainsi, la famille apparaît tel le réceptacle d'intérêts juridiquement protégés, c'est-à-dire de valeurs sociales. Comme nous l'avons déjà évoqué, idéalement conçue, la finalité première de la famille doit être de protéger les individus qui la composent, des

¹⁰⁶⁵ Egalement, la société, la communauté internationale, la personne morale de droit privé, etc. sont des titulaires de valeurs protégées.

¹⁰⁶⁶ F. Von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, tome II, trad. L. Jiménez de Asua, 4^{ème} éd., Reus, 1999, p. 10. L'intérêt selon Liszt est conçu de manière concrète, c'est-à-dire qu'il est toujours rattaché à un titulaire (qu'il s'agisse de l'individu ou de l'Etat). Selon lui le bien juridique est en fait un intérêt juridiquement protégé, V. sur ce point, M. Lacaze, n°61.

¹⁰⁶⁷ Sur l'absence de consécration d'un intérêt familial en droit pénal, V. *infra*, n° 408.

¹⁰⁶⁸ R. Merle et A. Vitu, *Op. cit.*, n°22 Il peut s'agir, selon l'auteur, de « *l'individu, la famille, le groupe professionnel, la société, l'État, la communauté internationale* ».

agressions et intrusions externes et de contribuer à leur épanouissement personnel et collectif. C'est pour atteindre ces objectifs, qu'elle se voit attribuer un certain nombre de valeurs sociales par le législateur.

2) La famille, sujet créateur de valeurs sociales

256. Un support porteur de valeurs. – Tout comme l'individu¹⁰⁶⁹, l'entité familiale est elle-même créatrice de valeurs autour d'elle, qu'elle impose aux disciplines juridiques qui tentent de l'appréhender.

La famille constitue, premièrement, un véritable vecteur de valeurs morales, sociales, éducatives, culturelles, religieuses qu'elles contribuent à transmettre de génération en génération. En effet, elle défend la valeur de l'appartenance à un groupe, matérialisée par le nom patronymique. Elle reste encore le lieu de solidarités intergénérationnelles continues et réinventées¹⁰⁷⁰. Elle suppose encore une valeur de défense de la mémoire des morts¹⁰⁷¹.

De plus, la famille est détentrice d'une valeur « paix et cohésion familiales » qui fait écran à toute immixtion arbitraire de l'État ou qui fait obstacle à une action pénale lorsque jouent les immunités familiales. En effet, l'entité familiale garantit à ses membres une protection de leur intimité et de leur vie familiale, contre les immixtions extérieures privées ou publiques.

Enfin, elle est le support des intérêts juridiquement protégés de ses membres, que nous allons étudier ci-après, tel que l'intérêt supérieur de l'enfant (développement, éducation, santé, entretien, maintien des relations affectives de l'enfant au sein de sa famille), la protection de l'époux victimes de violences (le respect mutuel dû entre époux) et des enfants témoins ou victimes de ces dernières.

Ce sont dès lors, toutes ces valeurs familiales qui vont s'imposer au droit pénal, chargé de les défendre.

¹⁰⁶⁹ « [L'homme] engendre des valeurs, en lui et autour de lui », V. Rocher J-C, *Philosophie du droit. Méthodologie et perspectives*, Ed. fac 2000, 1999 p. 63.

¹⁰⁷⁰ V. *supra*, Introduction, n°23 et s. Ces solidarités pouvant d'ailleurs être financières ou prendre la forme de divers services rendus (ex. la garde des enfants).

¹⁰⁷¹ R. Savatier, « Une personne morale : la famille en tant que sujet de droit », *D.* 1939, chron. XIII, p. 50.

B. La protection pénale accessoire de valeurs sociales propres à la famille

257. La famille est titulaire de valeurs propres qu'elle impose au droit pénal. En effet, ces valeurs et intérêts familiaux ne sont pas définis selon les principes et préceptes du droit pénal. Ce dernier, privé en principe de toute force normative, verrait donc sa mission limitée à la seule défense de ces valeurs, abandonnant ainsi leur consécration aux sciences de première main énoncées précédemment¹⁰⁷². Nous verrons que, réduit à sa forme sécuritaire, il intervient uniquement en deuxième couche dans cette sphère familiale : ce n'est pas lui qui édicte ou consacre les valeurs et intérêts qu'il garantit, protège et scelle. En d'autres termes, il lui appartient de finaliser une protection desdites valeurs, déjà initiée alors en amont par un droit à valeur normative.

C'est donc de manière secondaire que le droit pénal viendra défendre les valeurs familiales énoncées précédemment, telles que l'intérêt de l'enfant (1°), le respect de l'intégrité physique et morale du conjoint (2°), l'institution du mariage (3°).

1) La protection pénale accessoire de l'intérêt de l'enfant

258. **L'incrimination de comportements parentaux attentatoires à l'intérêt de l'enfant.** – La protection pénale de l'intérêt de l'enfant, s'organisera de manière accessoire aux dispositions de droit civil. Nous limiterons ici notre propos aux incriminations de mise en péril et d'abandon de l'enfant. Elles consistent par exemple à incriminer le comportement du parent qui se décharge de ses obligations légales ou à réprimer le non-paiement d'une obligation alimentaire. Il peut encore s'agir d'une atteinte à l'autorité parentale lorsque l'enfant ne sera pas représenté au parent qui a le droit de le réclamer. Ces comportements parentaux potentiellement attentatoires à l'intérêt supérieur de l'enfant ont déjà été développés pour la plupart dans la première partie de cette étude, au titre des éléments constitutifs¹⁰⁷³. À

¹⁰⁷² Ainsi, par exemple, dans leur étude relative à la réforme du code pénal de 1992, Pierrette Poncela et Pierre Lascoumes, s'agissant du rôle du droit pénal dans l' « *institutionnalisation de l'ordre public* », précisait que si la Constitution et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen intervenaient « *en plein* » avec l'énonciation d'intérêts et valeurs que l'Etat est chargé de garantir, le droit pénal lui n'intervient qu' « *en creux* » en définissant les atteintes justifiant la sanction pénale : P. Poncela et P. Lascoumes, *Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du code pénal de 1992*, Convention de recherches n° RE 9522 de la Mission de Recherche Droit et Justice, Ministère de la Justice, Juin 1998, p. 45.

¹⁰⁷³ V. *supra*, n°157 et s ; n° 303 et s.

ce stade des développements, il conviendra d'envisager uniquement les obligations civiles que ces incriminations viennent garantir.

259. Les infractions sanctionnant un manquement aux devoirs civils d'entretien et d'assistance. – La section V intitulée « *De la mise en péril des mineurs* » du chapitre VII portant sur les atteintes aux mineurs et à la famille au Livre II du Code pénal prévoit différentes infractions relatives à un manquement aux devoirs accessoires à l'autorité parentale, à savoir le devoir d'entretien et de surveillance. Ces infractions tirent, par conséquent, leur source directe de l'obligation civile des parents de garantir l'enfant dans sa sécurité, sa santé, son éducation et son développement (article 371-1 du code civil). C'est le cas du délit de la privation d'aliments ou de soins incriminée à l'article 227-15 du code pénal. De la même manière, l'article 222-17-1 du même code punit de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende, le fait pour un parent de ne pas scolariser son enfant portant ainsi atteinte à son intérêt à recevoir une éducation solide.

260. L'infraction sanctionnant un manquement au devoir de garde. – Le délit d'abandon moral et matériel d'enfants codifié à l'article 227-17 du code pénal, reposant anciennement sur l'obligation des époux d'assurer direction morale et matérielle de la famille (article 213 du code civil), repose dorénavant – comme cela a été précisé plus haut – sur les obligations attachées à l'exercice de l'autorité parentale en vertu des articles 371-1 et suivants du code civil¹⁰⁷⁴.

Par ailleurs, le délit de soustraction de parent à ses obligations légales ne pèse que sur les père et mère. En effet, dès lors qu'on admet qu'il repose sur un devoir de garde, et à moins qu'une délégation de l'autorité parentale ait été judiciairement organisée en vertu de l'article 376 du code civil, seuls les parents au domicile desquels est fixée la résidence habituelle de l'enfant peuvent être poursuivis comme auteurs de cette infraction. Ainsi, il est de jurisprudence constante que le devoir de garde reste à la charge des parents quand bien même l'enfant aurait été confié à ses grands-parents¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁴ V. *supra*, n°158.

¹⁰⁷⁵ Cass. Crim., 8 février 2005, Bull. crim., n° 44, *JCP* 2005. II.10049 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 5 février 2004, Bull. civ. I, n°50.

261. L’infraction sanctionnant un non-paiement de pension alimentaire. – Il se peut encore que l’abandon du foyer prenne une dimension pécuniaire et dans ce cas, il sera question d’un délit d’abandon de famille incriminé par l’article 227-3 du code pénal¹⁰⁷⁶. Cette infraction marque à double titre l’attachement de la loi pénale aux règles civiles édictées par le droit de la famille. Tout d’abord, en effet, elle est la sanction du non-paiement de l’obligation alimentaire découlant du lien de parenté entre ascendants et descendants¹⁰⁷⁷. Cette incrimination prend également sa source directe dans les dispositions civiles relatives à l’autorité parentale. Cette dernière consiste pour ses titulaires¹⁰⁷⁸ à « *contribuer à l’entretien et à l’éducation de l’enfant* » selon l’article 371-2 du code civil. Par conséquent, l’enfant qui ne jouit d’aucune ressource a, sur le fondement de l’article 203 du code civil¹⁰⁷⁹, la faculté d’agir à l’encontre de ses parents afin d’obtenir une exécution en numéraire d’une obligation alimentaire, proportionnellement aux moyens financiers de ceux-ci¹⁰⁸⁰. De même, en vertu de l’article 342 du code civil, et attestant du fait que l’obligation alimentaire se conçoit même en dehors des liens du mariage, l’enfant naturel qui n’aura pas vu sa filiation paternelle établie, pourra agir à fins de subsides à l’encontre de celui qui aura eu des relations sexuelles avec sa mère au cours de la période légale de conception – et ce sans qu’il soit nécessaire de prouver formellement la paternité¹⁰⁸¹ et en dépit des relations adultères qu’entretenaient ses père et mère au moment de sa conception¹⁰⁸². L’indemnité attribuée à l’enfant correspond à une pension destinée à couvrir les besoins de l’enfant en fonction de la fortune et de la situation familiale du débiteur de l’obligation alimentaire¹⁰⁸³. Mais, cette obligation alimentaire pourra également être versée par les descendants au bénéfice de leurs ascendants placés en situation de besoin, selon l’article 205 du même code. En vertu de l’article 227-3 du code pénal, cette obligation alimentaire civile épousera la forme d’un versement de pension ou de subsides.

¹⁰⁷⁶ Pour plus de précisions sur les éléments constitutifs de l’abandon de famille V. *infra*, n°299.

¹⁰⁷⁷ Ou au profit du conjoint ayant conservé la garde de l’enfant en vue d’assurer l’éducation et l’entretien de ce-dernier.

¹⁰⁷⁸ Les « parents » du mineur, V. art. 371-1 du C. civ.

¹⁰⁷⁹ Ce texte vise le mariage comme condition de l’existence de l’obligation alimentaire, mais aujourd’hui le code civil ne fait plus de différence entre les situations parentales V. note 2 ss. l’art. 203 du C. civ.

¹⁰⁸⁰ Art. 208 du C. civ.

¹⁰⁸¹ Une jeune majeure accepte d’avoir des relations sexuelles avec plusieurs hommes, relations desquelles naîtra un enfant. Elle agit à fins de subsides à l’encontre de la totalité de ses amants, sur le fondement de l’art. 342 du Cc, sans avoir à prouver le lien de paternité V. Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1979, pourvoi n° 78-10.706.

¹⁰⁸² Art. 342 al. 2 du C. civ.

¹⁰⁸³ Art. 342-2 du C. civ.

2) La protection pénale accessoire de l'intégrité physique et morale du conjoint

262. Les violences conjugales. – La répression pénale des violences conjugales est le pendant du devoir civil de respect mutuel entre les époux, intégré à l'article 12 du Code civil par la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs¹⁰⁸⁴. Ce devoir implique, d'une part, une certaine correction des époux passant notamment par les concessions qu'impose le lien conjugal et la communauté de vie, et d'autre part, une indépendance et une liberté des époux relativement au maintien de leur personnalité respective¹⁰⁸⁵.

D'ailleurs, ne serons nous pas étonnés que le droit civil prenne en considération – à travers cette exigence de respect mutuel – tant les atteintes à l'intégrité physique des époux¹⁰⁸⁶, que les atteintes à leur intégrité morale telles que les injures graves¹⁰⁸⁷, les humiliations¹⁰⁸⁸ ou toute inconduite du conjoint¹⁰⁸⁹. En effet, si elles sont davantage déclinées et spécialisées aujourd'hui, il s'agit bien là des deux principales formes de violences conjugales classiques, réprimées par le droit pénal¹⁰⁹⁰.

263. Une répression accessoire au regard de l'ordonnance de protection. – La répression pénale des violences entre époux livre une parfaite illustration du caractère accessoire du droit pénal quant au droit civil, s'agissant également de l'ordonnance de protection, étudiée précédemment¹⁰⁹¹. En effet, créée par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, cette ordonnance délivrée par le juge aux affaires familiales nécessite pour sa mise en œuvre le concours du droit pénal.

¹⁰⁸⁴ 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, *JO* du 5 avril 2006, p. 5097.

¹⁰⁸⁵ Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 19^{ème} éd., Dalloz, 2015, n°1467, p. 653. ; A.-M. Leroyer, « Mariage, couple, communauté de vie. Regards civilistes sur la loi relative aux violences au sein du couple », *RTD civ.* 2006.402, n°10.

¹⁰⁸⁶ A. Bénabent, *Droit de la famille*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2014, n° 283.

¹⁰⁸⁷ Aix-en-Provence, 7 novembre 2006, *JCP G* 2007. IV. 1494.

¹⁰⁸⁸ Amiens, 1^{er} décembre 2010, n° 09/03195. Constitue une violation du devoir de respect, les humiliations perpétuelles subies par l'époux qui se fait rabrouer par son épouse, appeler par son nom de famille devant les enfants et en public.

¹⁰⁸⁹ Paris, 4 décembre 2014, n° 13/04636. Constitue un manquement au devoir de respect dû entre époux, la vente unilatérale par le mari, sans consultation de l'épouse, du logement conjugal, alors même que l'ordonnance de protection au profit de cette-dernière, suite à des violences conjugales, lui en attribuait la jouissance.

¹⁰⁹⁰ V. *supra*, n° 91 et 99.

¹⁰⁹¹ V. *supra*, n° 206.

Par ailleurs, garantissant l'efficacité de cette ordonnance, la nouvelle incrimination précitée de l'article 227-4-2 du code pénal punit le fait pour le conjoint violent de contrevenir aux obligations ou interdictions qui lui ont été imposées par le juge aux affaires familiales.

Par conséquent, l'intervention du droit pénal se voit conditionnée par l'existence en amont d'une décision civile.

264. Le mariage « forcé ». – « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas consentement* », aux termes de l'article 146 du Code civil. Cette condition sous-tend une liberté de se marier, mais également de ne pas se marier, de sorte que les époux doivent faire part d'une volonté non équivoque de contracter mariage. Or, la prohibition du mariage forcé apparaît comme une des conséquences de cette condition de consentement indispensable à la formation du mariage¹⁰⁹². En effet, dans ce cas de figure, le consentement au mariage de ou des époux est vicié par violence ou contrainte aux termes de l'article 180 du code civil. Cette contrainte ou violence peut être physique, mais aussi morale puisqu'elle peut résider dans « *la crainte révérencielle envers un ascendant* »¹⁰⁹³. Dès lors, le mariage d'une jeune fille qui a été contrainte de se marier sous la pression de sa famille, peut valablement être annulé pour vice du consentement¹⁰⁹⁴.

Notons que la prohibition pénale du mariage forcé pourrait être considérée comme protectrice de l'institution du mariage, puisque l'obligation de consentement au mariage est une condition de fond indispensable à la célébration de tout mariage en France. Pourtant, cette incrimination vise bien à protéger l'intégrité morale de l'époux – dont le consentement a été vicié –, mais également son intégrité physique – puisque le mariage forcé est souvent précédé ou suivi de violences. C'est, ainsi, bien au titre des violences conjugales que le droit pénal sanctionne la célébration du mariage « arrangé », endossant de nouveau le rôle de « bras armé » du droit civil.

Dans un premier temps, 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* a inséré une nouvelle circonstance aggravante s'agissant des

¹⁰⁹² V. *infra*, n° 42.

¹⁰⁹³ Art 180 du C. civ.

¹⁰⁹⁴ Colmar, 28 avril 2005, *Dr. Fam.* 2006, n°1, comm. 1, note V. Larribau-Terneyre.

infractions de meurtre¹⁰⁹⁵, de tortures et actes de barbarie¹⁰⁹⁶, de violences volontaires¹⁰⁹⁷ commises « *contre une personne en raison de son refus de contracter un mariage ou de conclure une union* ». De la même manière, cette loi prévoit également le cas où, pour chacune des infractions précitées, une personne vivant habituellement en France serait assujettie à une sortie forcée du territoire en vue de contracter un mariage forcé à l'étranger¹⁰⁹⁸. Une fois de plus, le droit positif répressif français se bornait donc à réprimer de manière indirecte, les mariages forcés.

Toutefois, précisons que suite aux condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁰⁹⁹, le législateur a adopté la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 *portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France* insérant dans le code pénal un nouveau délit de mariage forcé à l'article 222-14-14 nouveau du code pénal¹¹⁰⁰. Ainsi, conformément aux préconisations de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et à la violence domestique signée à Istanbul le 11 mai 2011¹¹⁰¹, le fait d'user de « *manœuvres dolosives* »¹¹⁰² afin de déterminer une personne à quitter le territoire de la République dans le but de contraindre une personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger, est désormais punissable pénalement.

3) La protection pénale accessoire de l'institution du mariage

265. La prohibition du mariage fictif. – La famille est traditionnellement conçue comme formée par la conclusion d'un mariage. Or, droit civil et droit pénal concourent à la

¹⁰⁹⁵ Art. 221-4 10° du C. pén.

¹⁰⁹⁶ Art. 222-3 6° bis du C. pén.

¹⁰⁹⁷ Art. 222-8 6° bis, art. 222-10 6° bis, 222-12 6° bis et 222-13 6° bis du C. pén.

¹⁰⁹⁸ Pour le meurtre V. art. 221-5-5 du C. pén., les actes de tortures ou de barbarie V. art. 222-6-2 du C. pén., les violences volontaires V. art. 222-16-3 du C. pén.

¹⁰⁹⁹ CEDH, 26 juillet 2005, « *Siladin c/ France* », req. n° 73316/01 et CEDH, 11 octobre 2012, « *C.N. et V. c/ France* », req. n° 67724/09 Absence de protection effective et concrète des victimes de servitude, d'esclavage et de travail forcé, par le droit français.

¹¹⁰⁰ V. éléments constitutifs, *infra* Partie II, n° 353.

¹¹⁰¹ Art. 37 al. 1, « Les parties prennent les mesures législatives pour ériger en infraction pénale le fait, lorsqu'il est commis intentionnellement, de forcer un adulte ou un enfant à contracter un mariage » ; al. 2 et « [...] de tromper un adulte ou un enfant afin de l'emmener sur le territoire d'un autre Etat avec l'intention de le forcer à contracter un mariage ».

¹¹⁰² Pour une analyse critique, V. *infra*, n° 352 et s.

sauvegarde d'un intérêt commun : garantir la durabilité du lien familial en vérifiant qu'il présentera des garanties sérieuses de réussite. Et une de ces garanties passe notamment par la condition de fond du consentement au mariage énoncée précédemment. Cette exigence de consentement exclut naturellement tout *mariage fictif* ou mariage « blanc ». Un tel mariage doit, au regard du célèbre arrêt « Appietto » de la première chambre civile de la Cour de cassation du 20 novembre 1963, être déclaré nul, en l'absence totale de consentement, « lorsque les époux se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale »¹¹⁰³. Ainsi, ayant pour seul objet de tirer profit d'effets accessoires à l'institution du mariage, la détournant ainsi de son objectif initial, la célébration du mariage fictif suppose une absence totale de consentement matrimonial. Et à ce titre, soucieux d'affirmer leur austérité vis-à-vis de ce mariage, les juges le sanctionnent par une inopposabilité¹¹⁰⁴, voire plus fréquemment par une nullité absolue sur le fondement des articles 3, 146 et 184 du code civil¹¹⁰⁵. Enfin, précisons que la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, tendant notamment à lutter contre la conclusion de mariages blancs, vient durcir par exemple, de manière préventive, les conditions d'obtention de la carte de séjour en prévoyant que dorénavant cette dernière ne serait accordée qu'à l'étranger marié depuis au moins trois ans, contre deux auparavant¹¹⁰⁶.

Pourtant, dans un objectif d'intimidation et de manière accessoire, le législateur a semblé vouloir doter les institutions judiciaires et administratives de véritables instruments répressifs en vue de lutter efficacement contre la conclusion de mariages frauduleux. Ainsi, la loi n°

¹¹⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 1963, « Appietto », *Bull. civ.* n°506 ; *JCP.* 1964. II. 13498, note J. Mazeaud. Un homme, qui pour conférer à son enfant une naissance légitime, contracte un mariage avec une femme alors que ni l'un ni l'autre n'avait de réelle intention de fonder un foyer.

¹¹⁰⁴ CE, 9 octobre 1992, Avis, n° 137342, D. 1993. 251, notes D. Maillard Desgrées du Loû (« Il appartient au préfet lorsque le mariage d'un étranger avec une femme de nationalité française a été contracté dans le but exclusif d'obtenir un titre de séjour de faire échec à cette fraude et de refuser à l'intéressé la carte de résident »).

¹¹⁰⁵ Paris, 30 janvier 2003, n° 2001/21751, *AJ. Fam.* 2003.187 (s'agissant d'un mariage fictif visant à l'obtention de la carte de résident) ; Paris, 16 septembre 2004, n°2003/09409, *AJ. Fam.* 2004. 460, note F. Chénéde (un mariage fictif visant à l'obtention de la nationalité française) ; *Contra.* l'application distributive des lois personnelles de chacun des époux peut conduire à un défaut d'annulation du mariage litigieux V. Paris, 15 janvier 2004, *Dr. Fam.* n°6, comm. 93, note V. Larribeau Terneyre ; Cass. civ.1, 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 09-71.992, *D. actualité*, n°15, 2011, note J. Burda (mariage contracté en France entre un ressortissant français et une ressortissante marocaine dont la réelle volonté matrimoniale est remise en cause. La cour de cassation censure l'arrêt d'appel en rappelant que les conditions de fond du mariage doivent être appréciées selon la loi personnelle de l'épouse).

¹¹⁰⁶ Art. L 314-9 3° du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. *Idem* s'agissant de l'obtention de la nationalité française : elle est aujourd'hui soumise à l'établissement d'une communauté de vie de quatre ans contre deux auparavant V. art. 21-2 du Cc.

2006-911 du 24 juillet 2006 codifie l'article L. 623-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Celui-ci pénalise le mariage de complaisance classique, c'est-à-dire le fait de contracter un mariage ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou, d'acquérir ou faire acquérir la nationalité française. Depuis la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, cet article prévoit plus largement l'incrimination du mariage « gris »¹¹⁰⁷ lorsque l'étranger ayant contracté le mariage a dissimulé à son conjoint ses réelles intentions. La loi reste silencieuse quant à la définition de la « dissimulation d'intentions ». Dès lors, est-il possible d'observer que cette expression semble pouvoir être rapprochée de la définition des manœuvres dolosives visant à tromper l'une des parties en vue d'obtenir son consentement à la conclusion d'un acte juridique¹¹⁰⁸. Cette infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende selon l'article L. 623-1 précité et est assortie de peines complémentaires¹¹⁰⁹ énumérées aux articles L. 623-2 et L. 623-3 du même code.

Face à une sévérité répressive en matière de mariage fictif, il est possible de se demander quelle est la valeur-finalité que le législateur entend sauvegarder ici ? On le voit ici, l'objectif de ce délit n'est pas en soi de protéger des intérêts et libertés individuels, puisqu'il porte notamment atteinte à la liberté d'aller et venir trouvant sa source générale dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789¹¹¹⁰. En réalité, il semble que l'objectif ultime de cette infraction soit la sauvegarde d'un ordre public national, passant par la préservation de valeurs et institutions sociales et familiales fondamentales, à travers lesquelles se dessinent finalement les caractéristiques identitaires de la société française. Or en droit français, le mariage est encore perçu comme un des socles de ces valeurs.

266. La prohibition de la polygamie. – La prohibition de la polygamie est un obstacle absolu à la conclusion du mariage en droit civil. En effet, le mariage en France, et comme

¹¹⁰⁷ V. Avenat-Robardet, « La loi sur l'immigration : à retenir », *AJ Famille* 2011. 343.

¹¹⁰⁸ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, « Dol ».

¹¹⁰⁹ Il s'agira par exemple pour les personnes physiques d'une interdiction temporaire ou définitive de séjour ou de territoire, et pour les personnes morales d'une dissolution, d'un placement sous surveillance judiciaire ou d'une interdiction d'exercice de la profession.

¹¹¹⁰ R. Cabrillac, M-A. Frison-Roche et T. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2012, n° 430.

dans toute société occidentale¹¹¹¹, est par principe monogame. Il s'agit là d'une règle d'ordre public¹¹¹². Cela implique qu'il est impossible de contracter un second mariage avant la dissolution du premier, en vertu de l'article 147 du Code civil. Ce texte suppose donc l'interdiction de la polygamie, mais aussi de la bigamie¹¹¹³.

De même, toute personne déjà engagée par des liens matrimoniaux avec celui qui s'apprête à contracter un nouveau mariage, peut former une opposition à la célébration de ce dernier¹¹¹⁴. Cependant, il convient de rappeler que cette prohibition de principe de la polygamie ne se limite pas au couple marié, puisqu'elle a été étendue au pacte civil de solidarité, en vertu de l'article 515-2 alinéas 1 et 2 du code civil, lorsque l'un des deux contractants est déjà lié par un mariage ou un pacte. Dès lors, ce principe monogamique étant d'ordre public, la sanction civile de sa violation est la nullité absolue¹¹¹⁵, de sorte que le second mariage se verra annulé de manière rétroactive dès son origine¹¹¹⁶.

Mais, cette prohibition civile de la polygamie, justement parce qu'elle assure la défense de l'ordre public et la protection de l'institution matrimoniale, trouve à plus forte raison son homologue en droit pénal. En effet, l'article 433-20 du code pénal a établi un délit de bigamie¹¹¹⁷ incriminant le fait pour toute personne ayant déjà conclu un mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du premier. Un tel comportement expose son auteur à une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, à laquelle pourront s'ajouter des peines complémentaires telles que l'interdiction des droits civiques, civils et de

¹¹¹¹ J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit français au milieu de XXème siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, tome 1, Paris, LGDJ, p. 341. L'auteur disait en effet que « de Moscou à New-York, la répulsion pour le mariage polygamique trace la véritable ligne d'unité de la civilisation ».

¹¹¹² Ph. Bonfils et E. Gallardo, « Bigamie », *Rép. pén. Dalloz*, 2014, n°32. ; Cependant, pour une atténuation de l'ordre public national s'agissant de droits acquis sans fraude à l'étranger générant des effets en France V. Cass. civ. 1^{ère}, 17 avril 1953, *Rivière*, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note Batiffol ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 582, n°362.

¹¹¹³ La polygamie désigne qu'un homme puisse s'unir à plusieurs femmes – on parle alors de *polygynie*, ou qu'inversement une femme puisse se marier avec plusieurs hommes – il s'agit alors de *polyandrie*. La bigamie, comme son nom l'indique, limite au nombre de deux les unions matrimoniales contractées par la même personne.

¹¹¹⁴ C. civ., Titre V « Du Mariage » au Chapitre III « Des oppositions au mariage », art. 172.

¹¹¹⁵ « L'Etat de polygamie, contraire à l'ordre public français, constitue une cause de nullité absolue de la seconde union, qui entraîne l'annulation de cette union dès son origine, sans possibilité de régularisation à posteriori par un divorce prononcé postérieurement à la seconde union », V. Grenoble, 23 janvier 2001 : Dr. Fam. n°5, 2002, n°54, obs. H. Lecuyer.

¹¹¹⁶ Pour une illustration des effets de cette nullité absolue : impossibilité pour le second époux de se prévaloir de la qualité de conjoint survivant et de demander une pension de réversion, à moins qu'un jugement ait constaté le caractère putatif du mariage nul. V. Soc. 25 mars 2003, *Bull. civ.* V n°115, *RTD civ.* 2003. 483, obs. J. Hauser.

¹¹¹⁷ V. éléments constitutifs, *infra*. n° 266.

famille¹¹¹⁸. On le voit, là encore, le recours au droit pénal permet de garantir l'effectivité de la règle civile.

267. Quid de la valeur protégée ? – Certes, la pénalisation de la polygamie participe d'une sauvegarde du lien familial, par le truchement de certaines valeurs convergentes véhiculées par l'institution du mariage en France ; que sont notamment l'égalité homme-femme ou la protection des enfants considérés comme victimes¹¹¹⁹ de ces déclinaisons conjugales multiples « à risque ». Toutefois, il ne faudrait pas s'y méprendre. La prohibition civile de la polygamie ne trouve pas, à notre sens, tant sa source dans la morale¹¹²⁰ que dans des enjeux idéologiques tenant à l'idéalisation d'un modèle social et familial traditionnel « à l'européenne ». Ce modèle doit s'entendre ici d'un ensemble de valeurs républicaines répondant à une logique identitaire propre à une société donnée. Elle tend à démarquer clairement le mode de vie des civilisations européennes de celui d'autres civilisations, vues comme primitives. Aussi, le Doyen Carbonnier n'hésitait pas à souligner, dans les années 1990, que « *la profondeur de notre civilisation c'est le mariage monogame. L'Islam, avec sa polygamie, fut-elle théorique, est plus étranger à notre âme que n'importe quel autre système de droit. [...] La répulsion pour le mariage polygamique trace la véritable ligne d'unité de civilisation. Que notre droit matrimonial, malgré l'insidieuse contamination coloniale, n'ait pas le moins du monde cédé à l'entraînement d'un Orient facile, voilà qui paraîtra peut-être, à l'échelle des millénaires, un phénomène sociologique plus important que des variations sur la propriété [...]* »¹¹²¹. Et comment ignorer que ce raisonnement connaît encore une forte prégnance de nos jours ? En effet, une des premières causes du rejet de la polygamie, en France, réside dans la volonté de contrôle de l'immigration étrangère et de l'intégration des immigrés et de leur postérité¹¹²². Finalement, ce sont tous ces objectifs poursuivis dans la

¹¹¹⁸ Art. 433-22 du C. pén.

¹¹¹⁹ S. Imloul, *La polygamie en France : une fatalité ?*, Institut Montaigne, novembre 2009, p. 1 [En ligne : http://rajfire.free.fr/IMG/pdf/polygamie_en_france_institut_montaigne.pdf].

¹¹²⁰ Une influence non négligeable de la morale sur le droit de la famille illustrée notamment à travers la prohibition de la polygamie : V. J.-J. Lemouland, « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2005, n° 92.

¹¹²¹ J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », *op. cit.*, p. 341.

¹¹²² Illustrations d'une intransigeance législative et jurisprudentielle accrue vis-à-vis du regroupement familial et des mariages polygames V. Avant 1993, CE, 11 juillet 1980, *Montcho*, *Rev. Crit. DIP* 1981. 658, note. M. Bischoff (reconnaissance du droit au regroupement familial pour la seconde épouse) ; V. Depuis 1993, Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, considérants n°77 « *Considérant que les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci*

prohibition de la polygamie ou bigamie, habilement justifiés par le respect de valeurs liées à l'institution matrimoniale, qui apparaissent comme compilés, compactés sous le vocable d'*ordre public*¹¹²³.

268. La prohibition de l'inceste¹¹²⁴. – La répression de l'inceste faisant l'objet de développements conséquents¹¹²⁵, notre propos se limitera uniquement à la démonstration du caractère accessoire du droit pénal en la matière.

La prohibition de l'inceste relève du droit civil, la sévérité de cette interdiction variant en fonction de la proximité du lien de parenté existant entre les deux prétendants au mariage. Ainsi, en dehors des dispenses prévues par la loi¹¹²⁶, l'empêchement à mariage est absolu en ligne directe entre les ascendants et les descendants, en vertu de l'article 161 du code civil, peu importe alors que la filiation soit biologique ou adoptive¹¹²⁷. Il en va de même, en ligne collatérale, entre frère et sœur qu'ils soient liés entre eux par une parenté de sang ou une parenté adoptive¹¹²⁸. Cet empêchement est enfin relatif entre l'oncle et la nièce ou entre la tante et son neveu (article 163). A l'identique, l'inceste est réprimé dans le pacte civil de solidarité aux termes de l'article 515-2 1° du code civil, entre ascendants et descendants en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus. En revanche, les relations entre concubins étant réellement assimilées par le droit civil comme celles qui existeraient entre deux inconnus, aucune disposition n'agence en la matière la prohibition de l'inceste.

sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution » ; CE, 16 avril 2010, « *M. Dieng* », req. n° 318726 « [...] l'administration est alors fondée, le cas échéant, à opposer un refus de visa à son second conjoint ; qu'elle est également fondée à refuser la venue en France des enfants de cet autre conjoint, sauf si ce dernier est déchu de ses droits parentaux ou décédé » ; Art. L. 411-7 al. 1 et 2 du CESEDA (rejet de la demande de regroupement familial au profit de la seconde épouse et aux enfants du couple polygamique, retrait *a posteriori* du titre de séjour délivré à tort à la seconde épouse, retrait du titre de séjour à l'étranger ayant organisé la venue du second conjoint et des enfants).

¹¹²³ Sur l'affaiblissement du champ d'application des bonnes mœurs au profit de l'ordre public : V. D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique! », in *Etudes P. Catala. Le Droit privé à la fin du XXème siècle*, Litec, 2001, p. 487.

¹¹²⁴ Nous nous plaçons ici du point de vue du droit civil. Par conséquent, l'inceste est envisagé comme une atteinte à l'institution du mariage. Cependant, nous verrons plus bas que la nouvelle qualification pénale d'inceste marque une certaine singularité du droit pénal, V. *infra*, n° 376 et 392.

¹¹²⁵ V. *supra*, n°185 et s ; Sur les éléments constitutifs, V. *infra*, n°333 et s.

¹¹²⁶ Art. 164 et 366 al. 2 et 3 du Cc ; Notons, cependant, que l'article 515-2 du code civil ne prévoit aucune dispense pour le pacte civil de solidarité. Faut-il y voir un redoublement de sévérité quant à l'interdiction de l'inceste dans le pacs ? V. L. Brunet, « La prohibition de l'inceste en droit civil. Un interdit en peau de chagrin », *Informations sociales*, n°131, 2006, p. 76. ; Ou au contraire, faut-il interpréter ce silence comme une volonté du législateur d'appliquer à fortiori les dispenses admises pour le mariage incestueux, au PACS.

¹¹²⁷ Que l'adoption soit plénière (art. 356 al. 1 du Cc) ou simple (art. 366 du Cc).

¹¹²⁸ Art. 356 al 1 et 366 précités.

Cet interdit civil de l'inceste est renforcé par la prohibition pénale de ce dernier. Alors qu'auparavant cette répression s'exerçait uniquement de manière implicite, à travers l'application d'une circonstance aggravante relative au lien familial existant entre la victime et l'auteur¹¹²⁹, désormais l'inceste est expressément incriminé par le Code pénal sous la forme d'une surqualification pénale. Toutefois, nous le verrons, l'étendue de la répression de l'inceste par le droit pénal, telle que définie aujourd'hui, dépasse certainement celle du droit civil¹¹³⁰.

Section II. Une subsidiarité du droit pénal quant à ses fonctions dans la famille

269. Le droit pénal, discipline de défense des intérêts juridiquement protégés par excellence, a pour finalité la valeur et pour objet l'infraction. Cette infraction est composée « d'une incrimination qui est la description des actes prohibés portant atteinte à des valeurs protégées par le corps social et d'une peine qui est la réponse de l'État, donc de la société, au trouble à l'ordre public causé par les agissements réprimés »¹¹³¹. Dès lors, de cette définition, il appert que la qualification même d'infraction suppose l'existence d'une sanction pénale. Or, la difficulté d'une intervention pénale au sein de la famille ne porte pas uniquement sur la question du « comment punir », mais initialement du « pourquoi punir »¹¹³² à l'intérieur de cette sphère particulière qu'est la famille.

270. Il appert que la réponse à cette question réside dans les fonctions même du droit pénal. En effet, garant de l'ordre public au sein d'une société et réunissant l'ensemble des règles juridiques organisant le prononcé d'une peine, réaction pénale de l'État en réponse au trouble causé à l'intérêt de cette société¹¹³³, le droit pénal apparaît au sein de la famille comme un

¹¹²⁹ Pour les atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ou surprise perpétrés à l'encontre des mineurs, V. art. 227-25, 227- 6 1° et s. du C. pén. ; pour les agressions sexuelles commises avec violence, contrainte, menace ou surprise V. art. 222-22 al. 1, 222-27 et s. du C. pén. ; pour le viol, V. art. 222-22 al. 2 et 222-24, 4° du même code.

¹¹³⁰ V. *infra*, n°376 et 392.

¹¹³¹ M.-C. Sordino, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Paris, Ellipses, 2016, p. 23.

¹¹³² P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Hachette, 1989, p. 10-11.

¹¹³³ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Tome. 1, 1^{ère} éd. 1967, CUJAS, 1997, p. 212.

instrument subsidiaire de contrôle social (§1). En revanche, si le droit pénal est un moyen de rationalisation familiale, il ne doit aucunement se voir conférer la fonction de censeur de morale dans cette cellule (§2).

§1 - Le droit pénal accessoire, instrument de contrôle social au sein de la famille

271. Le droit pénal, se voit conférer deux fonctions majeures : la sauvegarde de l'ordre public et l'incrimination de comportements pénalement répréhensibles entraînant le prononcé d'une sanction par les autorités publiques, au nom de la société. Dès lors, le droit pénal apparaît comme un véritable moyen au service d'une politique sociale menée par l'État sur le territoire de la République. Or, appliqué à la famille, il jouera les mêmes fonctions. En effet, il sera tout à la fois gardien d'ordre public (A) et droit sanctionnateur (B) en son sein.

A. Le droit pénal, gardien d'ordre public dans la famille

272. Ordre public : notion. – Tenter de définir le concept d'ordre public n'est pas tâche facile, tant la notion est floue, son contenu variable et son champs d'application transversale¹¹³⁴. Classiquement, et de manière simplificatrice, l'ordre public est entendu de l'« *état social dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publique ne sont pas troublées* ». En d'autres termes, il contribue à la sauvegarde de l'équilibre social. S'opposant à l'idée de volonté individuelle, les règles d'ordre public ont une valeur impérative indérogeable.

Le droit pénal, apparaît comme une émanation de l'ordre public – puisqu'assez logiquement toute incrimination pénale est une atteinte à l'ordre public. Au sein de la famille dysfonctionnelle, c'est encore en qualité d'auxiliaire, cette fois-ci de l'ordre politique, que le droit pénal trouve à s'appliquer. En effet, la famille, placée au cœur des préoccupations des pouvoirs publics, doit être vue comme un objet d'utilité sociale.

273. La prise en compte de la famille comme objet d'utilité sociale. – La famille a souvent été dépeinte comme le monopole du droit civil ; et pour cause, cela semble logique

¹⁷¹ Toutes les disciplines (droit des personnes et de la famille, droit de la concurrence, droit de la consommation, droit du travail, droit administratif, droit pénal) comptent des dispositions d'ordre public. V. J. Hauser et J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ. Dalloz*, 2015, n°44-183.

puisque c'est cette matière juridique qui régit le mariage et le démariage, la parenté, la filiation, les successions et le patrimoine familial, etc. Pourtant, il serait tout à fait envisageable de concevoir la sphère familiale comme une sphère à cheval entre le droit civil et le droit public, tant les enjeux de son existence, de son fonctionnement et de son établissement déborde des seules préoccupations civilistes. En effet, il semble impossible – et en particulier de nos jours où l'interventionnisme étatique se fait omniprésent au sein de cette cellule – de dénier à la famille, une certaine dimension publique¹¹³⁵. Ainsi, nous ne pouvons prétendre comprendre la légitimité de l'intervention du droit pénal dans la famille, sans comprendre les rapports d'interdépendance existant entre les deux ordres juridiques que sont la famille d'une part, et l'État, d'autre part, qui décide et aménage seul l'application du droit pénal sur le territoire national. Or, l'État ne peut se passer des familles.

La relation qui lie État et famille est empreinte d'opportunisme. Opportunisme, parce que si, d'un côté, la famille voit dans l'État l'assurance de sa protection et de sa reconnaissance juridique ; de l'autre, la conception d'un Etat, comme organisation politique, sans familles, premières cellules sociales par excellence – constitutives d'une nation, semble improbable. En effet, de part les fonctions – déjà abordées précédemment s'agissant de la définition de la famille fonctionnelle ou saine, qu'elle remplit (la socialisation, l'épanouissement de ses membres, l'éducation et la construction de l'enfant, et les valeurs essentielles, morales, civiques, culturelles qu'elle contribue à transmettre), la famille est incontestablement l'âme et le devenir d'une Nation. En effet, la société est formée d'un ensemble de familles. Si bien que la puissance publique ne peut s'en désintéresser.

Ici, plaçant notre exposé sous l'angle de l'ordre public, il importe d'apprécier ce que représente la famille pour l'État. Cette démarche nous conduira à observer que si la famille est une entité sociale, une institution sociale, elle devient aux yeux de l'État un moyen d'optimiser et d'homogénéiser sa politique sur l'ensemble du territoire national. Ainsi, l'État se doit de capter les familles pour faire d'une réalité sociale, une utilité nationale ou encore un objet participant de la constitution d'une Nation et du maintien de la cohésion sociale.

¹¹³⁵ J. Carbonnier, *Le droit non civil de la famille*, tome X, Paris, PUF, 1983, p. VII-VIII.

Se dégage alors une idée de maîtrise, de contrôle. En effet, si la famille se voit octroyer une place centrale au cœur des préoccupations des pouvoirs publics, c'est parce qu'elle constitue un outil de régulation sociale, servant l'intérêt de commandement de l'État.

Se pose alors la question de savoir par quoi passe ce rapport de maîtrise de l'Etat sur la famille. Ainsi, force est de constater qu'en dépit de son caractère privé, la famille se voit reconnaître également une existence publique, exorbitante de son existence privée¹¹³⁶. En effet, évoluant dans une société régie par un ensemble de règles juridiques émanant de l'autorité étatique, l'établissement de la famille passera par la réalisation d'actes matrimoniaux et/ou de filiation, administratifs, fiscaux qui la fera émerger publiquement en dehors de son intimité. Par conséquent, « *il n'est, en fin de compte, aucune activité publique, aucune politique, aucune réglementation qui soit sans effet sur les familles* »¹¹³⁷. Dès lors, qu'il s'agisse de la fixation du logement familial (droit de l'urbanisme, aménagement du territoire, droit de bail), des professions des pères et mères qui engendrent les ressources de la famille (droit du travail), du régime matrimonial (droit civil) qui sous-tend notamment un certain nombre de droits fiscaux (droit fiscal) par exemple, ou encore l'organisation des loisirs et activités de la famille (droit public), il n'existe aucun domaine de la vie de la famille qui ne soit impacté, directement ou indirectement par l'action de l'État. Et cela est encore vrai s'agissant de la politique pénale menée par le gouvernement sur l'ensemble du territoire de la République. Et nous pensons notamment aux difficultés que rencontrent les pouvoirs publics à enrayer la forte criminalité dans certaines zones, telles que Bobigny ou Marseille, qui sous fond de règlements de compte liés essentiellement au trafic de stupéfiants et à la délinquance juvénile¹¹³⁸, gangrène la santé des familles et la cohésion sociale. Par conséquent la famille intéresse indéniablement l'État. Cependant, l'intérêt de la matière pénale pour la famille et l'immixtion de l'État dans cette sphère privée furent progressifs.

¹¹³⁶ Il est d'ailleurs assez intéressant de noter que Savigny (Friedrich Carl von) et Demolombe (Charles) rangeaient déjà le droit de la famille dans le droit public puisqu'il était impossible d'y déroger par convention. Aujourd'hui, cette affirmation doit être nuancée. Selon ces éminents juristes, « *l'Etat ne se borne plus à révéler sa présence en affichant quelques interdits : il est installé dans le droit de la famille en interventionniste – non pas toujours contraignant, parfois simple orienteur, conseiller (mais l'omniscience peut être une pression parfois aussi irrésistible que l'omnipotence)* », J. Carbonnier, *Le droit non civil de la famille*, op. cit., p. VIII.

¹¹³⁷ E. Millard, *Famille et Droit public. Recherches sur la constitution d'un objet juridique*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin-Lyon III, 1994, n° 559.

¹¹³⁸ Zone interdite, « Quartiers sensibles, le vrai visage des nouveaux ghettos », émission diffusée sur M6, 12 avril 2015.

274. Une sauvegarde pénale traditionnelle de l'ordre public dans la famille par le retrait. – Comme cela a été précisé plus haut, pendant longtemps, la famille est demeurée un espace social hermétique à toute intervention étatique externe, pour éviter que les litiges intrafamiliaux les plus inavouables et ignominieux ne soient dévoilés¹¹³⁹. Il était, en effet possible d'observer, un malaise réciproque entre ces deux entités : ainsi, la famille – cellule d'intimité à nulle autre pareille – n'était guère assujettie à une action directe de l'État. De la même façon, les enquêtes menées ont révélé qu'au sein de la population, également, une majorité de justiciables conceptualisaient difficilement une action étatique dans les familles¹¹⁴⁰. Aussi régnait-il, sous le régime du Consulat, une parfaite scission entre police et famille, de sorte que la police – démunis de moyens tendant au traitement des spécificités familiales, mais aussi conformément à la volonté des dirigeants – n'intervenait, à tout le moins qu'indirectement, dans les affaires familiales¹¹⁴¹. Ainsi, le droit pénal n'avait pas sa place dans la famille et était consacré à la consolidation de la puissance de l'État. En effet, dans sa conception traditionnelle, le droit pénal avait pour finalité première la défense des intérêts de l'État. Rappelons, par exemple que le code pénal de 1791 – premier code français adopté au moment de la Révolution française par l'Assemblée constituante – avait pour finalité essentielle la défense « *des institutions et nouvelles valeurs républicaines* » et non pas directement des biens et des personnes¹¹⁴². Et pour cause, avant que d'être une branche de droit privé, le droit pénal apparaît telle une extension du droit public. En effet, c'est bien au nom de la société – « *collectivité des membres d'une Nation, d'un État, considérée comme sujet d'un intérêt collectif* »¹¹⁴³ – qu'est rendu le jugement pénal ; et dans son intérêt qu'est prononcée la peine. De plus, bien que les règles de droit pénal soient appliquées par le juge privé, la poursuite des infractions pénales commises sur le territoire national est le fait du Ministère Public et des services de police, organes de l'État¹¹⁴⁴.

¹¹³⁹ V. *supra*, n° 4.

¹¹⁴⁰ R. Lenoir, « L'Etat et la construction de la famille », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 91-92, 1992, p. 21.

¹¹⁴¹ V. C. Zacharie, « Ordre public et affaires de famille : le rôle de la police du Consulat et de l'Empire », *Napoleonica. La Revue*, n° 14, 2012, p. 128-133.

¹¹⁴² P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël, *Op. cit.*, p. 8.

¹¹⁴³ G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., PUF, 2016, « Société ».

¹¹⁴⁴ V. J. Pradel, *Droit pénal général*, 21^e éd., Cujas, 2016, n° 76. De même, il aurait été possible de soutenir que la détermination des crimes et délits ainsi que des peines qui y sont attachées par le législateur, en vertu de l'art. 34 de la Constitution de 1958, témoigne de ce que le droit pénal est une branche relevant du droit public. En effet, d'aucuns considèrent qu'une des fonctions de l'Etat est la législation c'est-à-dire la création de normes juridiques s'imposant aux citoyens et que cette création de normes – selon une procédure juridique précisément

De même, l'application du droit pénal est une émanation des rapports entre l'individu, citoyen – et l'État, à savoir une relation de conformisme à la norme sociale. Il en ressort une idée de contrat social. Il s'agit du « *pacte qui régule la liberté et l'obéissance* »¹¹⁴⁵ entre les administrés et l'État ; c'est bien sur ce pacte que repose le lien social. Ainsi, à condition que le pouvoir exercé par l'État sur l'individu ne soit pas arbitraire, le sujet accepte d'autant mieux la gouvernance étatique qu'il y consent naturellement¹¹⁴⁶. Aussi, en vertu de ce contrat social, l'État attend-il des justiciables qu'ils observent une certaine conduite juridiquement déterminée et imposée. Ainsi, le délinquant qui commet l'infraction contrevient à son devoir d'obéissance vis-à-vis de la puissance étatique ; et c'est bien cette violation d'un ordre social établi qui justifie qu'il se voit infliger la sanction¹¹⁴⁷. Par conséquent, on le voit, originellement le droit pénal était perçu comme un moyen au service de l'intérêt général, contribuant à la défense d'un droit subjectif de commandement de l'État. Et à ce titre, il se voulait neutre au regard des affaires familiales.

Pour autant, cela ne signifie pas que l'État ait – à cette époque – ignoré la famille, puisque conscient de l'importance des valeurs familiales pour la conservation de l'ordre social. Ainsi, la famille n'apparaissait pas telle une « *sphère indépendante, voire extérieure à la chose publique. Elle était l'élément constitutif de l'État* »¹¹⁴⁸ ; l'idée étant qu'il ne pouvait que régner l'ordre, dans des familles composantes d'une société globalement organisée.

C'était donc au *pater familias*, chef de famille et détenteur de la puissance paternelle, que revenait la lourde tâche de maintenir à l'intérieur de son foyer l'ordre public. Celui-ci se voyait, dès lors, déléguer par l'État un certain nombre de pouvoirs pour accomplir au mieux sa mission. Il était alors tout à la fois « *magistrat domestique* »¹¹⁴⁹ en ce qu'il lui appartenait

définie – dépend en amont de l'élection de l'organe législatif (le Parlement par exemple) – processus lui-même décrit par l'ordre juridique étatique V. pour plus de précisions H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Bruylant LGDJ, 2004, p. 288.

¹¹⁴⁵ P. Poncela et P. Lascoumes, *Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du code pénal de 1992*, *op. cit.*, p. 45 ; J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Flammarion, 2001, *passim*.

¹¹⁴⁶ M. Hauriou, *Aux sources du Droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud and Gay, coll. Cahiers de la Nouvelle journée, 1933 (rééd. Presses universitaires de Caen, coll. Centre de philosophie politique et juridique, 1986), p. 89 ; V. aussi pour l'emploi de l'expression « *contrat de citoyenneté* » dans la même idée H. Lefebvre, *Du contrat de citoyenneté*, Syllepse, 1990, *passim*.

¹¹⁴⁷ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁴⁸ A. Desrayaud, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *Napoleonica. La Revue*, n° 14, 2012, p. 4.

¹¹⁴⁹ C. Zacharie, *op. cit.*, p. 135.

de gouverner sa famille et ses enfants, un « *ministre de la République* »¹¹⁵⁰, puisqu'il assurait l'exécution des lois votées par les autorités de l'État au sein de sa famille. Le père de famille se voyait enfin octroyer un réel rôle de police au sein de sa famille, fonction dont « *l'État de se décharge afin de ménager ses propres énergies* »¹¹⁵¹. Le père était perçu alors comme un agent de proximité ayant une meilleure connaissance du terrain familial et présentant dès lors les compétences requises pour intervenir directement dans la cellule familiale. Il s'agissait donc là d'un véritable rôle de suppléance étatique à l'intérieur de la famille.

275. L'avènement d'une sauvegarde pénale de l'ordre public dans la famille par l'immixtion. – Progressivement, il semble que les modalités de défense de l'ordre public, dans la famille, par le droit pénal, aient changé de visage. Ce phénomène semble devoir s'expliquer par une modification des exigences liées à la sauvegarde de l'ordre public au sein de la société. En effet, l'évolution des mœurs et la transformation des priorités politiques, sociologiques et psychologiques ont mis l'accent sur la nécessité de repenser l'action de l'État au sein de la cellule familiale, en vue de rendre plus efficace sa protection.

Ainsi, il fallut attendre la fin du XIX^{ème} siècle et l'émergence dans les esprits d'« *une nouvelle vision du monde social* »¹¹⁵², pour que naisse une véritable politique du groupe – du collectif et cette prise de conscience de la nécessité d'un interventionnisme, notamment pénal de l'État¹¹⁵³ dans la famille.

De plus, il est intéressant d'observer un phénomène de translation de passation de pouvoirs au sein de la cellule familiale. En effet, le passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale¹¹⁵⁴, mais aussi la désertion des pères de la société contemporaine ont conduit l'État à communiquer dans les familles françaises avec de nouveaux représentants de l'autorité et donc par la même à reconnaître à de nouveaux acteurs familiaux, que sont les femmes, les

¹¹⁵⁰ A. Desrayaud, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁵¹ X. Martin, « Fonction paternelle et Code Napoléon », *Annales historiques de la Révolution française*, n°305, 1996, p. 473-474. Il est à noter, qu'à cette époque, la femme était encore considérée comme inapte à diriger une famille et y faire régner l'ordre, de par ses capacités intellectuelles prétendument inférieures et son inclination naturelle à privilégier l'affection et à la sensibilité.

¹¹⁵² R. Lenoir, *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁵³ Ce constat n'est pas valable que pour l'activité pénale. D'une manière générale, l'intervention de l'Etat dans la famille, cellule considérée comme strictement privée, fut tardive dans tous les domaines (natalité, marché du travail, affaires de familles, etc. ...), Sur l'histoire de la famille V. *supra*, n° 9 et s.

¹¹⁵⁴ Sur l'abolition de la puissance paternelle par la loi du 4 juin 1970, V. *supra* Introduction, n° 27.

grands-parents, voire les descendants, de nouveaux droits. Ainsi – comme nous avons pu l’apprécier, en introduction de notre étude, s’agissant de l’historique de la famille – la sensibilité de l’enfant a commandé de légitimer un traitement spécifique et adapté. La femme, elle, s’est vue reconnaître un certain nombre de pouvoirs et droits significatifs afin de participer pleinement à la direction morale et économique de sa famille¹¹⁵⁵. De même – progression logique ou imprévision – la monoparentalisation des foyers à la tête desquels se trouvent majoritairement des femmes est en nette progression¹¹⁵⁶.

Par ailleurs, il fallut admettre que spécificité et cohésion familiales ne puissent raisonnablement conduire au cautionnement de la violation de certains intérêts individuels essentiels, pas plus qu’à la commission de certaines infractions graves. C’est ainsi, par exemple, que fut abolie l’immunité familiale relative au viol entre époux¹¹⁵⁷. Dès lors, le droit pénal n’est plus seulement un droit accessoire mis à la disposition de l’État, en qualité de gendarme au service de l’intérêt général. Il devient également un droit accessoire, émanant de la puissance étatique, protecteur des intérêts individuels¹¹⁵⁸.

En somme, on le voit, le droit pénal, mais également la puissance étatique se sont progressivement frayés un passage au sein des familles, essentiellement pas le biais des individus qui les composent. Dès lors, la question se pose de savoir quelle est la « valeur-finalité » qui est sauvegardée à travers la protection pénale de la famille : les intérêts de la famille en tant qu’entité ou bien les intérêts d’un individu en sa qualité de membre d’une famille ? De la même façon, cette question est encore valable lorsqu’il s’agit de s’interroger sur la « valeur-finalité » protégée entre intérêts de la famille ou intérêts de l’État. Ces deux questionnements, que nous approfondirons dans la dernière partie de cette étude, présentent un intérêt clé ; celui de rappeler en réalité les valeurs premières du droit pénal et de limiter, de ce fait, l’emprise de la famille sur cette discipline juridique¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁵ V. *supra*, Introduction, n° 19.

¹¹⁵⁶ En 2011, 18% des mères françaises vivant avec des enfants mineurs sont en famille monoparentale, contre 14% en 1999, V. M. Bodier, G. Buisson, A. Lapinte et I. Robert-Bobée (dir.), *Couples et Familles. Edition 2015*, INSEE, coll. Insee Références, 2015, p. 14 (en ligne) disponible sur le site de l’Insee : http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/COUFAM15.pdf.

¹¹⁵⁷ V. *supra*, n°94.

¹¹⁵⁸ Pour un approfondissement de la place qu’occupe l’individu dans la protection du droit pénal, V. *infra*, n° 336.

¹¹⁵⁹ V. *infra*, n° 321 et s.

B. Un droit pénal essentiellement dissuasif dans la famille

276. Le droit pénal initialement est vu comme un droit sanctionnateur, réduisant ainsi son rôle à celui d'un droit accessoire dépourvu de toute force normative. Ainsi, Jean-Jacques Couplès et familles - Insee Références - Édition 2015 - décembre 2015

Rousseau faisait remarquer que « *le droit pénal est moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* »¹¹⁶⁰ ; il est un véritable « *gendarme du droit* »¹¹⁶¹. Et pour cause, l'objet même du droit pénal est l'infraction qui ne saurait se concevoir sans le prononcé d'une sanction, à condition qu'il s'agisse d'une peine¹¹⁶².

Or, là encore, lorsque se pose la question du prononcé de la sanction pénale dans la sphère familiale, on observe une certaine subsidiarité dans l'intervention du droit pénal vis-à-vis des autres branches du droit, et en particulier du droit civil – discipline de prédilection de la famille. Dans une certaine proportion, cela dénote une enclave supplémentaire du droit pénal qui semble perdre toute liberté, vis-à-vis de la spécificité familiale qui s'impose à lui¹¹⁶³. Le droit pénal apparaît donc véritablement comme un droit contingent lorsqu'il est confronté aux problématiques familiales.

De plus, si théoriquement les sanctions pénales prévues par les textes sont marquées d'une apparente sévérité, force est de constater que dans la pratique, le droit pénal appliqué à la famille s'oriente davantage vers une idée de prévention que de répression. Pourtant, alors que cette réalité est conforme à l'humanisation moderne du droit pénal, elle semble plus discutable au regard de l'efficacité des réponses pénales apportées aux dysfonctionnements familiaux.

Dès lors, dans la famille, cette prévention s'organise *ultima ratio* (1°) et essentiellement par la dissuasion (2°).

1) Une peine prononcée *ultima ratio*

¹¹⁶⁰ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Flammarion, 2001, p. 94.

¹¹⁶¹ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, *op. cit.*, p. 216.

¹¹⁶² La peine doit être distinguée de la réparation civile ou des sanctions administratives ou disciplinaires, V. F. Desportes et F. Le Guenehec, *Droit pénal général*, 17^e éd., Economica, 2011, p. 11 sq.

¹¹⁶³ V. *infra*, la dénaturation du droit pénal au contact de la famille, n° 209 et s.

277. La nécessité absolue de la peine. – « *Il faut punir exactement assez pour empêcher* »¹¹⁶⁴. En effet, l'intervention de la peine ne peut – et ne doit se concevoir qu'en dernier recours, c'est-à-dire en cas de stricte nécessité¹¹⁶⁵. En effet, la peine qui outrepasserait cette nécessité absolue serait vue comme contraire à la justice et romprait le contrat social, en vertu duquel les individus vivant au sein d'une Nation consentent antérieurement à abandonner un segment de leur liberté dans l'intérêt du plus grand nombre¹¹⁶⁶. L'individu qui accepte le mal de la peine en réponse d'un délit répréhensible ne le fait que pour autant que, placé sur un pied d'égalité avec son semblable, cette peine puisse s'appliquer identiquement aux autres. Or, une telle règle doit s'appliquer avec d'autant plus de rigueur qu'il s'agit de la famille, cellule naturellement hermétique à toute intrusion pénale en l'absence de trouble ou dysfonctionnement. Cela implique de procéder par prévention, l'idée étant que la sanction pénale ne présente pas d'utilité particulière s'il est possible de remédier à une situation dommageable par d'autres procédés moins vindicatifs et stigmatisants¹¹⁶⁷.

278. La subsidiarité de la sanction pénale. – Construit classiquement comme un droit accessoire, le droit pénal vient en suppléance d'autres dispositifs prioritaires de règlement des litiges familiaux, lorsque ceux-ci se seront avérés inefficaces ou insuffisants. C'est ainsi, par exemple, que l'article 222-17-1 du code pénal punit de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende, le fait pour un parent de ne pas scolariser son enfant, portant ainsi atteinte à son développement. Ce texte insiste alors sur une intervention en dernier recours du droit pénal, puisqu'avant d'emprunter la voie pénale, une mise en demeure de l'autorité de l'État compétente en matière d'éducation devra être constatée. De la même manière, s'agissant de l'abandon de famille, d'autres recours non répressifs sont mis à la disposition des créanciers, en vue du recouvrement de la pension alimentaire. Il s'agira par exemple de l'action exercée au civil pour obtenir le paiement d'une pension alimentaire sur le fondement

¹¹⁶⁴ M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, coll. Tel, 1975, p. 111.

¹¹⁶⁵ Selon J. Bentham, « *ce qui justifie la peine, c'est son utilité majeure, ou, pour mieux dire, sa nécessité* », V. J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, tome II, Société Belge de Librairie Hauman et cie, 1840, p. 9.

¹¹⁶⁶ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, 1^{ère} éd. 1965, Genève, Droz, Paris, GF Flammarion, 1991, p. 63 sq. Beccaria entendait par le terme justice « *le lien nécessaire pour maintenir l'union des intérêts particuliers* ». Selon lui, ce n'est point de plein gré que les individus cèdent une partie de leur liberté à la communauté. Il s'agit là d'un équilibre fragile et tout châtement qui ne répondrait pas à cette exigence de nécessité absolue entraînerait la résistance du peuple.

¹¹⁶⁷ X. Bebin, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, L'Harmattan, 2006, p. 37.

de l'article 208 du code civil. De même le créancier, qui se prévaut d'une décision de justice définitive, peut saisir un huissier de justice sur le fondement des articles L. 213-4 à L.213-6 du code des procédures civiles d'exécution afin de mettre en œuvre une procédure de paiement direct de la pension alimentaire par l'employeur du débiteur. En vertu des articles R. 3252-2 et R. 3252-3 du code du travail, ce créancier pourra aussi saisir le tribunal d'instance afin qu'il soit ordonnée une saisie sur salaire à l'encontre du débiteur de l'obligation. En outre, en vertu de la loi n°75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires, lorsque ces deux dernières actions se sont avérées infructueuses, le Trésor Public peut obtenir du débiteur le recouvrement de la pension alimentaire à hauteur des impôts dus par le parent créancier de l'obligation. Enfin, lorsque ce débiteur sera insolvable ou encore qu'il accusera un retard de paiement – plaçant le bénéficiaire de la pension alimentaire dans une situation financière personnelle et familiale difficile – des organismes débiteurs de prestations sociales tels que la Caisse d'allocations familiales peuvent se substituer au créancier pour obtenir paiement des sommes dues (article 581-3 alinéa 1 du code de sécurité sociale) ou verser une aide par avance à celui-ci (articles 581-1 et 581-2 du même code)¹¹⁶⁸. Par conséquent, la réponse pénale n'est pas automatique. Elle a uniquement pour but de placer au-dessus de la tête de l'infracteur une épée de Damoclès afin qu'il exécute ses obligations légales. La peine représente essentiellement un moyen de contrainte et d'intimidation, bien plus que de répression.

2) Le rôle préventif du droit pénal

279. Fonction dissuasive de la peine dans la famille. – Nous le savons, la sanction pénale n'est pas fatalement limitée à sa fonction punitive ou rétributive. En effet, traditionnellement la peine se voit affubler de plusieurs fonctions traditionnelles, soit qu'elle poursuive une finalité dissuasive, qui retiendra notre attention ici – ou expressive, que nous approfondirons par la suite¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁸ Il s'agit de l'allocation de soutien familial (A.S.F). Cette aide est soumise à la condition de célibat du parent créancier ayant obtenu la garde exclusive des enfants.

¹¹⁶⁹ V. *infra*, n°377.

D'une manière générale, fonction rétributive¹¹⁷⁰ et fonction utilitariste¹¹⁷¹ de la peine se confrontent. La première, procède par rétrospection puisqu'elle se concentre sur le passé et consiste à considérer la peine comme « *un simple mal* »¹¹⁷² devant se justifier par elle-même. La peine apparaît comme méritée et proportionnée au comportement du délinquant, sans qu'il soit nécessaire de rechercher des conséquences positives à l'accomplissement de cette peine. Par conséquent cette fonction purement punitive n'est nullement justifiée par un utilitarisme social, mais uniquement par la justice : la sentence est un devoir moral qu'il convient d'exécuter. A contrario, la deuxième fonction s'oriente vers le futur et fait une place importante à la recherche du bonheur. En effet, la vision utilitariste de la peine préconise que ne soit infligée une peine que dans la mesure où il en résulterait un bien plus grand, à savoir le bien-être de la communauté¹¹⁷³. Cette doctrine utilitariste donne donc à la peine comme but ultime de prévenir et d'éviter que soient commises de nouvelles infractions, par le biais de la dissuasion. Ainsi, soit elle revêt un caractère *général* lorsque la menace de la peine encourue, telle un couperet aiguisé, inspire un sentiment de crainte à la population qui se détourne de la tentation de commettre une infraction. Soit, elle est *spécifique* et vise alors celui qui a déjà fauté en le dissuadant de récidiver.

Selon l'approche utilitariste, pour que la peine constitue un outil d'intimidation efficace, il faut que « *le mal de la peine surpasse le profit du délit* »¹¹⁷⁴. Et ce postulat est bien celui qui est transposé aujourd'hui aux infractions liées à la famille, puisqu'il est vrai, les différentes

¹¹⁷⁰ Cette fonction rétributive de la peine est largement prônée, dès le XIX^{ème} siècle, par l'*Ecole de la justice absolue* représentée par Kant, V. E. Kant, *Métaphysique des Mœurs. Doctrine du droit*, tome I, Vrin, 1968 ; E. Kant, *Critiques de la raison pratique*, PUF, 2000 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, op. cit., p. 104-105 ; sur le rigorisme de Kant V. C. Chalanouli, *Kant et Dworkin. De l'autonomie individuelle à l'autonomie privée et publique*, préface de F. Terré, L'Harmattan, 2010, p. 240-251 ; E. Kant, *Qu'est-ce-que les Lumières*, Pléiade, tome II, Gallimard, 1985, p. 288 « *Raisonnez tant que vous voudrez, seulement obéissez !* » ; Otfried Höffe, *Introduction à la philosophie pratique de Kant. La morale, le droit et la religion*, Vrin, 1993, p. 230 sq.

¹¹⁷¹ V. J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, tome II, op. cit. ; J. Bentham, *Introduction to the principles of morals and legislation*, University Press, 1996 ; J. Bentham, *Fragment sur le gouvernement. Manuel des sophismes politiques*, L.G.D.J., 1996.

¹¹⁷² E. Kant, *Critiques de la raison pratique*, op. cit., p. 38.

¹¹⁷³ X. Bebin, op. cit., p. 32-35

¹¹⁷⁴ J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, t. II, *ibidem.*, p. 12. Contrairement à la thèse kantienne de la peine, qui qualifie le peuple de « *masses aveugles* » (V. E. Kant, *Qu'est-ce-que les Lumières*, Pléiade, t. II, op. cit., p. 286), Bentham perçoit chez l'être humain une intelligence, une rationalité et un esprit calculateur (V. J. Bentham, *Introduction to the principles of morals and legislation*, op. cit., p. 158). En effet, l'individu qui commet le délit s'attend à en tirer un avantage plus important que le risque et la peine qu'il encourt, autrement le jeu n'en vaudrait pas la chandelle.

incriminations à coloration familiale sont sévèrement punies – au moins sur le papier. Ainsi, par exemple, l’abandon de famille prévu à l’article 227-3 du code pénal prévoit un quantum de peine d’emprisonnement de deux ans assorti d’une amende de 15 000 euros à l’encontre de la personne qui ne se sera pas acquittée du versement de la pension alimentaire dans son intégralité, durant deux mois. A bien y regarder, ce délit est puni presque aussi durement qu’un délit d’initié portant une atteinte grave à la transparence des marchés¹¹⁷⁵ ou qu’un abus de faiblesse ou d’ignorance¹¹⁷⁶. Cela dénote une véritable volonté symbolique et protectrice du législateur dans l’érection de cette incrimination. De la même manière, toujours en guise d’illustrations, cette sévérité théorique de la peine se lit encore dans l’incrimination d’infractions sexuelles appliquées à la famille. En effet, empruntant la forme d’une circonstance aggravante, le lien de parenté ou de conjugalité existant entre l’auteur et la victime justifie une aggravation de la peine ; faisant ainsi passer le quantum de la peine encourue pour le crime de viol – prévu aux articles 222-23 et suivants – de quinze ans de réclusion criminelle à vingt ans lorsqu’il a été commis par le conjoint, le concubin ou le partenaire ou par un ascendant ou toute personne ayant autorité sur la victime.

280. Une efficacité nuancée de la prévention des infractions familiales. – Pourtant, aujourd’hui il semble que le caractère dissuasif de la peine doive être relativisé, notamment s’agissant des infractions ayant trait à la famille. En effet, il est légitime de poser un regard dubitatif sur la capacité de la peine à enrainer la criminalité. D’une part, il apparaît que quantifier l’impact de l’intimidation générale sur l’activité criminelle soit chose compliquée¹¹⁷⁷. Toujours s’agissant de cette intimidation dite générale, des études démontrent qu’elle ne s’avère probante que sur une tranche de la population non concernée par le facteur de risque de la délinquance¹¹⁷⁸. Concrètement cela signifie que la crainte de la peine ne parvient plus à recadrer des individus qui seraient aux frontières du passage à l’acte. D’autre part, l’intimidation spécifique semble elle aussi insuffisante au regard de la difficulté des

¹¹⁷⁵ Le délit d’initié est puni de deux ans d’emprisonnement et d’une amende de 15 000 000 euros V. art. L.465-1 C. mon. fin.

¹¹⁷⁶ Le délit d’abus de faiblesse ou d’ignorance est puni d’une peine d’emprisonnement de trois ans (soit tout juste un an de plus que le délit d’abandon de famille) de d’une amende de 375 000 euros V. art. 223-15-2 C. pén.

¹¹⁷⁷ J. Vérin, « La prévention sociale, mythe ou réalité ? », RSC. 1982. 813.

¹¹⁷⁸ G. Kellens, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Faculté de droit, d’économie et de sciences sociales de Liège, 1982, p. 194 ; P. Guibentif, « Retour à la peine : contexte et orientations des recherches récentes en prévention générale », *Déviante et société*, vol. 5, n° 3, 1981, p. 293 sq.

pouvoirs publics à inhiber la récidive en France¹¹⁷⁹, en dépit des différentes réformes législatives de ces dernières années¹¹⁸⁰.

Dès lors, la question de l'efficacité de la fonction préventive de la peine se pose, à plusieurs égards. D'abord, alors que le quantum de la peine prévu par le texte est volontairement élevé, dans la pratique le juge pénal – à l'exception de quelques décisions marginales – fait preuve de clémence dans l'évaluation du quantum de la peine. Ainsi, le débiteur de la pension alimentaire, reconnu coupable d'abandon de famille, sera en général condamné au versement de la pension alimentaire et à une peine d'emprisonnement avec sursis¹¹⁸¹ ou avec mise à l'épreuve¹¹⁸², afin de prendre en compte la personnalité de l'auteur. Dans ce cas de l'abandon de famille, on ne doute pas de l'impression que crée la menace de la réponse pénale sur l'auteur d'abandon de famille, puisqu'il s'agit souvent de personnes placées en situations d'insolvabilité ou au pire de mauvaise foi. Ainsi, même assortie d'un sursis, la peine demeure un moyen intéressant de pression pour contraindre l'infracteur à payer son obligation alimentaire et les arriérés à venir ; quoique là encore il est permis d'en douter. Ainsi, 40 % des pensions alimentaires demeurent impayées aujourd'hui¹¹⁸³, soit que « *l'époux [débiteur] ne vivant plus au foyer refuse de payer la pension alimentaire ou encore quand il s'abstient en prétextant le mauvais usage de cette dernière* »¹¹⁸⁴. Or les premières victimes de ce désengagement parental sont les familles monoparentales, à la tête desquelles se retrouve souvent une mère¹¹⁸⁵. Ainsi, déplorant la perte de 30 % de son pouvoir d'achat à la suite de la

¹¹⁷⁹ Augmentation de la récidive en France sur la période de 2004 à 2011, V. M.-P. Haddad, « Justice, les chiffres de la récidive en France », *L'Express*, 2013 [En ligne : http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/justice-les-chiffres-de-la-recidive-en-france_1299565.html].

¹¹⁸⁰ V. E. Garçon, « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal. Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 », *JCP* éd. G., n°42, 2007. I. 196 ; loi la plus récente sur cette question V. Loi n° 2014-896 du 15 août 2015 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JO* du 17 août 2014, p. 13647.

¹¹⁸¹ Toulouse, 3^e ch., 12 octobre 2009, n° 09/00168 (quatre mois d'emprisonnement avec sursis) ; Amiens, crim., 4 juin 2015, n° 14/02610 (suppression de la pension alimentaire pour cause d'impécuniosité du débiteur) ; Chambéry, 18 novembre 2010, n° 10/0016 (un mois d'emprisonnement avec sursis).

¹¹⁸² Montpellier, 3^e ch., 5 mars 2009, n° 08/01437 (mise à l'épreuve avec obligation de payer sa pension alimentaire).

¹¹⁸³ Entretien avec Christine Kelly, inauguratrice de la Fondation « K d'urgence », reportage « Le monde en face », *France 5*, 15 octobre 2013.

¹¹⁸⁴ L. Collet-Askri, « La protection pénale de l'enfant victime des conflits entre ses parents divorcés. A la lumière de la jurisprudence récente », *RDSS*, 2000, n° 6, p. 434.

¹¹⁸⁵ La proportion de familles monoparentales dirigées par une femme est estimée à 85% V. Entretien avec Christine Kelly, *op. cit.*

rupture de communauté, la famille monoparentale est la première assujettie au surendettement¹¹⁸⁶.

Par ailleurs, d'autres infractions autrement plus graves nécessiteraient une réponse pénale plus virulente et réellement exécutée. Ainsi, encore convaincu que la force symbolique de la peine marque davantage les esprits que la peine elle-même, le juge pénal continue de prononcer des peines assorties de sursis – précédé d'un sermon paternaliste – lorsqu'il s'agit de violences conjugales. Pourtant, loin d'être vécu comme une punition par l'auteur de ces violences devant le pousser à se remettre en question, le sursis est vu comme « *une relaxe* ». De cela naît un sentiment d'impunité et de puissance chez le délinquant qui verra son impétuosité face à la victime, mais également à la loi, enhardie.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que cette criminalité familiale présente une particularité : avant d'apparaître aux yeux de la loi pénale, elle est insidieusement dissimulée et maintes fois réitérées. Dès lors, l'auteur de violences conjugales, qui au bout d'un énième passage à l'acte, se voit appréhendé par la justice pénale – parce que sa victime aura rassembler ce qui lui reste de forces pour oser porter plainte – ne craint pas la symbolique de la peine, mais uniquement l'entrave effective de sa liberté. Il en va de même pour l'auteur de l'inceste. En effet, la peur de la punition ne constitue guère un obstacle au passage à l'acte. L'auteur de tels actes, guidés par ses pulsions, a pleinement conscience des risques répressifs qu'il encourt lorsqu'il commet son forfait. Cela ne signifie guère cependant qu'il recherche la réalisation de ces risques, bien au contraire il les redoute. Dès lors, il usera de chantage affectif ou de la violence vis-à-vis de sa victime afin de la dissuader de révéler les faits.

Par conséquent, on le voit, la fonction dissuasive de la sanction pénale – qui trouvait jadis sa finalité essentielle dans la prévention en amont de la commission d'infractions plus graves – en vertu de la préconisation suivante « *il vaut mieux prévenir les crimes que d'avoir à les punir* »¹¹⁸⁷ – semble prendre un autre sens : inapte à éradiquer l'activité criminelle, elle apparaît tout au plus aujourd'hui comme un avertissement au délinquant reposant finalement sur l'unique espoir qu'il respectera ce pacte, implicite ou pas, de ne plus récidiver.

¹¹⁸⁶ Entretien avec Christine Kelly, *ibidem*.

¹¹⁸⁷ Selon Beccaria, il s'agit là de la finalité principale de toute bonne législation, V. C. Beccaria, *op. cit.*, p.169

§2 - Rejet d'un droit pénal accessoire à la loi morale au sein de la famille

281. Ainsi que nous l'avons relevé, le droit pénal est défini classiquement comme la discipline juridique auxiliaire au service de toutes les autres. Lorsqu'il est appliqué à la famille, il vient en renfort aux autres matières qui régissent cette dernière, de sorte qu'il est possible d'y voir une annexion du droit pénal aux valeurs familiales.

Toutefois, il est un domaine dans lequel il n'est pas souhaitable que le droit pénal cède de son autonomie, afin de conserver sa légitimité et son essence au sein de la famille. Il s'agit de la morale. Et pour cause, certains auteurs seraient tentés d'affirmer que le droit pénal est nécessairement moral en matière familiale¹¹⁸⁸. Et, en effet, une telle vision pourrait se justifier si l'on considère les différentes atteintes à la famille, telles que l'inceste¹¹⁸⁹ ou l'abandon moral de la famille¹¹⁹⁰, qui ont une connotation morale forte et indéniable. Il est vrai également que l'action d'infliger une peine à un individu – au nom du corps social, en raison du trouble intolérable causé par le crime – ne saurait valablement se départir d'une certaine perception moralisatrice de la peine. C'est cette même perception morale de la peine qui justifie que les citoyens d'une même Nation consentent à se soumettre aux normes pénales posées et appliquées par la puissance publique ou qu'ils n'hésitent pas à exprimer leur désapprobation face au prononcé d'une peine qu'ils estiment pas suffisamment exemplaire ou au contraire trop démesurée. Ainsi, ce qui forge, aux yeux d'une population, la légitimité et la justesse d'une loi, c'est bien sa morale.

Cependant, encore faut-il que cette morale soit mesurée. D'une part, il appert que les notions de droit pénal et de morale doivent être distinguées (A). D'autre part, une juxtaposition du droit pénal et de la morale dans la famille aboutirait à deux écueils qu'il convient d'éviter, à savoir une prévention sociale intrusive dans la famille, et un renouveau d'un ordre public familial de direction (B).

¹¹⁸⁸ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, op. cit., p.104-105 ; J-J. Lemouland, « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2005, n° 92.

¹¹⁸⁹ Cependant, cela est vrai pour une certaine part seulement, puisqu'en effet si la répression pénale de l'inceste dépendait de la morale seule, le droit pénal incriminerait également l'inceste entre personnes majeures. C'est dire que tout ce qui est considéré comme immoral, n'est pas nécessairement réprimé pénalement.

¹¹⁹⁰ Art. 227-17 C. pén.

A. Droit pénal et morale, des notions distinctes

282. Droit pénal et morale dans la famille : des champs d'application différents. – Le droit pénal n'est pas la morale. En effet, si ces ordres sociaux doivent tous deux être vus comme des normes et que leur transgression implique une sanction – pénale pour le droit pénal, collective pour la morale ; en revanche, ils se distinguent par leurs champs d'application.

Droit pénal et morale possèdent des périmètres qui peuvent collaborer – converger, sans pour autant se superposer. En effet, nombreux sont les préceptes moraux réprimés par le Code pénal, comme l'interdiction de voler, de tuer, le respect dû à ses père et mère. Pour autant, tout ce qui est moral ne relève pas forcément du droit pénal. En d'autres termes, une pratique qui pourrait paraître répréhensible au regard de la loi morale ne trouvera pas nécessairement son équivalence en droit pénal, pour la raison essentielle qui suit : pour être réprimée pénalement l'action doit contrevenir à une valeur sociale, mais également avoir causé un trouble à l'ordre public. La morale, elle, apparaît comme personnelle à l'individu : « *impose l'accomplissement du devoir dans le for intérieur, non pas au nom de l'utilité sociale, mais en vertu du principe de la justice pure* »¹¹⁹¹.

Ainsi, par exemple, si l'homosexualité a pu, au nom d'une morale sexuelle imposée, être jugée contre nature et intolérable, au regard de l'ordre public – c'est-à-dire du *juste* – une telle pratique ne saurait porter une atteinte profonde à la paix, à la sécurité et à la sûreté sociales. Prenons encore un cas de figure qui pourrait aboutir à des situations pour le moins choquantes au regard de la morale et de la prohibition de l'inceste : un concubin pourrait valablement épouser la fille de sa concubine¹¹⁹², alors même que le concubinage présenterait les conditions de stabilité et de continuité exigées par l'article 515-8 du code civil. Pourtant, là encore, le droit pénal fera fi de cette réalité. En réalité, une telle union même choquante ne vient pas violer la règle d'ordre public civile relative aux empêchements à mariage. Dans un tel cas, l'individu et la fille (consentante et majeure) de son ex-concubine seront regardés par le droit comme des étrangers l'un vis-à-vis de l'autre, n'ayant entre eux aucun lien de parenté au sens

¹¹⁹¹ E. Dreyer, *op. cit.*, p. 119.

¹¹⁹² J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1^{ère} éd. 1955, éd. PUF, Paris, *Quadrige Manuels*, 2004, n° 539 *in fine*.

juridique du terme, faisant obstacle au mariage. Force est donc de constater qu'en l'absence d'une nécessité absolue d'intervenir, le droit pénal se détournera volontairement de certaines situations d'ordre intime.

283. Droit pénal et morale dans la famille : des finalités différentes. – Deuxièmement, droit pénal et morale ne se fixent pas les mêmes objectifs.

Le droit pénal défend un ordre social alors que la morale elle défend un ordre individuel ou interindividuel. Dès lors, il n'appartient pas au droit pénal d'imposer sa perception de la morale ou d'en définir le contenu, sous peine d'une intrusion excessive dans la vie privée et familiale des individus. En effet, « *il doit être ouvertement proclamé et authentiquement admis que le droit pénal ne soutient pas une quelconque conception morale de la vie [...]* »¹¹⁹³.

De plus, ces deux ordres n'ont pas la même obligatorité et leur exactitude. Le droit pénal définit avec précision les normes juridiques qui déterminent la réponse sociale au déséquilibre causé par l'infraction. Dès lors, il fait appel à un système rigoureux de mesures contraignantes, préventives ou neutralisantes telles que les peines privatives de liberté et amendes qui ont une visée essentiellement afflictive et rétributive ou, les mesures de sûreté fondée sur le constat de la dangerosité de certains sujets. A contrario, si la morale suppose aussi l'existence de sanctions, celles-ci portent uniquement sur une appréciation. Ainsi par définition, la morale renvoie à l'incertitude. Il s'agit d'une notion flottante dont le contenu est variable, parfois même versatile et contradictoire. Les sanctions à sa violation pourront consister en une désapprobation, un blâme ou une mise à l'écart du sujet récalcitrant. Mais en aucun cas, ces sanctions d'ordre purement individuel ne pourront faire intervenir la force publique en vue de leur exécution¹¹⁹⁴, contrairement au droit pénal.

Enfin, loi pénale et loi morale adoptent toutes deux une formulation négative s'agissant de leurs préceptes. En effet, à l'instar de la morale¹¹⁹⁵, le précepte pénal définissant le comportement à ne pas adopter – c'est-à-dire la norme pénale ou incrimination – est formulé de manière négative. Pourtant, contrairement à la norme morale, la loi pénale n'accorde pas

¹¹⁹³ S. C. Versele, *Aspects juridiques de la perception de la déviance et de la criminalité*, Actes de la 9^e Conférence des directeurs de recherches criminologiques, Conseil de l'Europe, 1972, p.121 sq.

¹¹⁹⁴ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 28-29.

¹¹⁹⁵ V. *supra*, n° 19.

de récompenses, elle se contente d'interdire. La morale, elle, est capable de désapprouver un certain comportement, au même titre qu'elle peut en féliciter un autre. Donc, elle se fonde sur un système sanctions/récompenses. Ainsi, l'image de l'épouse volage sera méprisée, alors que le modèle de l'épouse fidèle et dévouée à sa famille sera plébiscité et encensé.

284. Droit pénal et morale : des missions différentes. – Le droit pénal, dans la famille, n'a pas pour mission de régir la morale de chacun, mais de veiller à la sauvegarde des intérêts juridiquement protégés de tous. Il se veut neutre et dépassionné, contrairement à la morale. Et pour ce faire, il est nécessaire de définir sa place dans la famille avec mesure et justesse.

Tout d'abord, rappelons que l'éthique – science sur laquelle repose l'axiologie, théorie des valeurs – ne se confond pas avec son objet, la morale. Elle est la face objectivée de la morale, c'est-à-dire dépossédée de toute prise de position excessive. Or, la défense par le droit pénal de valeurs sociales au sein de la famille – comme justification du *jus punendi* – relève davantage de l'éthique que de la morale. Parce qu'il garantit la défense de l'intérêt général et les droits fondamentaux de tous, le droit pénal dans la famille doit être dépouillé, à notre sens, de tout préjugé ou présupposé – notamment sur ce que devrait être ou pas la famille, la conjugalité ou la parenté.

En outre, admettre une identité entre droit pénal et morale dans la famille présente un risque d'insécurité judiciaire. En effet, bien que tout professionnel du droit pénal – juge, services de police et de gendarmerie, avocat, médecin légiste et expert psychiatrique, ait des considérations morales et idéologiques personnelles, dans la pratique de son art il se doit d'en faire l'impasse afin de garantir une qualité et une justesse à son appréciation des faits.

B. D'un souci de prévention sociale à un risque de contrôle social : les nouvelles fonctions de la peine

285. La réponse pénale, vecteur d'une morale nouvelle. – Nous assistons à une transformation de la peine. Initialement, la réponse pénale s'organisait au sein du groupe social au travers d'une vengeance privée. Elle avait lieu au sein des familles, au sein d'un clan à l'encontre de leurs propres membres ou de membres appartenant à des familles ou des clans autres. Peu à peu, s'est opérée une délégation du droit de punir au chef, au roi, puis à

l'État¹¹⁹⁶ – les factions privées se voyant ainsi dépossédées du droit d'agir en matière répressive. Dès lors, la vindicte privée laisse place à la loi du Talion « *œil pour œil, dent pour dent* » reposant sur l'idée que toute atteinte infligée à l'ordre social devait recevoir une sentence de même gravité. Le rôle de la peine était par conséquent essentiellement infâmante et devait tendre à l'amendement du délinquant. Dans cette idée de la peine, droit pénal et morale étaient intimement liés : c'est en vertu de la morale seule – et non pas d'une quelconque utilité sociale – que la peine doit être exécutée, car cela est juste¹¹⁹⁷. Comme nous l'avons vu plus haut, concurrençant la vision purement rétributive de la peine, les thèses utilitaristes ont donné une finalité à la peine, celle de prévenir la commission de nouvelles infractions par l'intimidation. Selon cette approche utilitariste, ce n'est pas la morale qui guide l'application de la peine, mais uniquement le bien-être et l'intérêt de la communauté. Pourtant, derrière cette approche « pragmatique » de la peine, existe une volonté d'amélioration de l'être humain¹¹⁹⁸ puisque le délinquant n'est plus seulement vu comme un monstre¹¹⁹⁹ à écarter de la société, mais comme un être perfectible. Certains auteurs n'hésitent pas à employer le terme de « *politique publique de disciplinarisation* »¹²⁰⁰ de l'auteur de l'infraction. Et cette nouvelle approche de la réaction pénale n'est pas sans influence en France, puisque la politique pénale de ces vingt dernières années tend à cette disciplinarisation de l'individu. Dès lors, naît l'idée d'une réadaptation et d'une resocialisation du condamné, en vue de lutter contre le taux de récidive. Cet objectif passe en partie par l'avènement en droit pénal français, d'une justice restaurative ou réparatrice, issue de droits étrangers¹²⁰¹. Cette-dernière consiste – selon des termes quelque peu utopiques – à « *rendre aux [parties] le conflit qui les oppose en vue de trouver, par elles-mêmes, les*

¹¹⁹⁶ M.-C. Sordino, *Criminologie et droit pénal : je t'aime, moi non plus*, Actes du Colloque Criminologie et droit pénal : entre guerre et paix ?, Propos introductifs, Montpellier, Presses de l'Université de Montpellier, octobre 2015.

¹¹⁹⁷ On retrouve ici la thèse de l'Ecole de la justice absolue représentée par Kant au XVIIIe siècle, notamment avec son apologue de l'île abandonnée : plusieurs individus vivent ensemble sur une île abandonnée. Souhaitant prendre leur indépendance, ils décident de se disperser en plusieurs lieux différents et de quitter l'île. Un des membres de la communauté, condamné à mort, attendait son exécution en cellule. Avant de partir, le chef de communauté estime qu'il est impératif que cette sentence soit exécutée, alors même que le groupe social se disloque, car le devoir moral le commande. On le voit la peine ici fait essentiellement office d'exemple et ne répond à aucune utilité sociale.

¹¹⁹⁸ E. Tillet, « Histoire des doctrines pénales », *Rép. pén.*, 2002 (actualisation en 2010), n° 55 *in fine*.

¹¹⁹⁹ E. Tillet, *op. cit.*, n° 13-15.

¹²⁰⁰ P. Lascoumes, P. Poncela et P. Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Hachette, 1989, p. 12.

¹²⁰¹ C'est un concept hérité de législations d'Amérique du Nord, V. G. Rabut-Bonaldi, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 20015.97, n° 2.

solutions pour s'en sortir dignement, sous le contrôle bienveillant du juge »¹²⁰². Il s'agit, concrètement, à un mode de règlement des conflits échappant au procès et à l'autorité du juge¹²⁰³, et tendant à responsabiliser le délinquant, en instaurant le dialogue entre sa victime et lui. Par conséquent, on fait peser sur la peine, trois missions simultanées : la réintégration sociale de l'auteur de l'infraction, la restauration de la victime et la reconstitution de l'équilibre social mis à mal par le délit¹²⁰⁴.

Toutefois, cette nouvelle vision de la peine aux allures de défense sociale nouvelle¹²⁰⁵, pose certaines difficultés dans le règlement pénal des conflits familiaux, en particulier les violences conjugales. Car, finalement, l'exemple type de mesure de la justice restaurative, c'est la médiation pénale¹²⁰⁶, espace théorique de conciliation entre les deux parties, sans pour autant parler de réconciliation. Or, comme cela a été démontré précédemment, cette réponse ne s'avère pas toujours adaptée¹²⁰⁷.

Par conséquent, la décision de mettre en place la mesure de justice restaurative devrait prendre, préalablement, en considération le profil psychologique de la victime, mais également de l'auteur, en particulier lorsqu'il s'agit de violences intrafamiliales. En effet, il n'est pas rare de constater que, dans des cas de violences conjugales ou d'inceste, la victime¹²⁰⁸ prenne l'initiative de rencontrer son agresseur, alors même qu'une injonction de ne pas rentrer en contact avec la victime aura été décidée à l'encontre de ce-dernier, en vertu de l'article 41-1 6° du code de procédure pénale¹²⁰⁹.

¹²⁰² R. Cario, *Victimologie. De l'effraction du lien subjectif à la restauration sociale*, 4^{ème} éd., L'Harmattan, 2012, p. 62.

¹²⁰³ Il existe une véritable volonté de négocier le règlement des affaires pénales à l'« ombre du droit », V. F. G'ssell-Macez, « Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit », *D.* 2010. 2450 ; ou plutôt du procès pénal, dirions-nous. D'une manière générale, cela se vérifie encore avec les autres mesures alternatives aux poursuites telles que la médiation (art. 41-1 C. pr. pén.) ou la composition pénale (art. 41-2 C. pr. pén.).

¹²⁰⁴ R. Cario, « Justice restaurative », *Rép. pén.*, 2010, n°24.

¹²⁰⁵ V. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, Ed. CUJAS, 1981.

¹²⁰⁶ Le principe de la justice restaurative serait né, en 1970, suite à une affaire canadienne impliquant deux jeunes hommes auteurs d'actes de vandalisme, qui avaient reconnu les faits et leur culpabilité. Un agent de probation propose alors, à l'occasion d'une réunion d'un groupe d'étude chrétien, à ces infracteurs et à leurs victimes de se rencontrer en vue de poser ensemble les modalités de réparation. Il s'agit bien là d'une médiation. V. R. Cario, « Justice restaurative », *op. cit.*, n°50.

¹²⁰⁷ V. *supra*, n°228.

¹²⁰⁸ Sur le syndrome de Stockholm, V. O. Edmundo, « Nouvelle victimologie : le syndrome de Stockholm », *Arch. po. crim.*, n°27, 2005, p. 167-171.

¹²⁰⁹ Modifié par la Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes.

Enfin, face à ce passage d'une justice pénale à une justice négociée, il est possible de se demander dans quelle mesure cette contractualisation de la peine ne contribue pas à sa perte d'essence et de neutralité dans la famille. En effet, la volonté utilitariste semble avoir tendance à conduire à une prévention intrusive, voire à un contrôle social¹²¹⁰.

¹²¹⁰ V. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 200 sq. L'auteur parle des « moyens de bon dressement » par la sanction notamment.

Chapitre II. Le droit pénal dans la famille, entre adaptation et dénaturation

286. L'altération de la règle pénale au contact de la famille et ses manifestations. – Au contact de la famille, la règle de droit pénal adoptera une application autre. D'une part, sa nature première de droit sanctionnateur présuppose une certaine perte d'autonomie dans la protection qu'il fait de la famille. Il ne bénéficie, en effet, que d'une capacité de recul limitée au regard des autres disciplines juridiques lui imposant leur fonctionnement, mais surtout leurs propres cadences de création législative. D'autre part, parce que le droit pénal se confronte à l'appréhension dans la famille, de liens affectifs et subjectifs, son application s'en trouvera d'autant plus affectée.

Aussi, pouvons-nous parler d'une altération de la loi pénale lorsqu'elle est appliquée à la famille. Le terme d'altération n'a pas toujours eu le sens péjoratif qu'on lui attribue aujourd'hui. En effet, étymologiquement, le verbe « altérer » provient du latin *alter* qui signifie « autre »¹²¹¹. Dans son sens premier, donc, l'altération désigne simplement le fait de changer l'aspect d'une chose en quelque chose d'autre, qui n'est pas nécessairement pire. Ainsi, dans son sens scientifique, l'altération est définie comme « *la modification chimique superficielle* »¹²¹² d'un élément.

S'agissant de notre étude, l'altération du droit pénal lorsqu'il est appliqué à la famille se manifestera par son adaptation (**Section 1**), voire sa dénaturation (**Section 2**).

Section I. L'adaptation de l'application du droit pénal au contact de la famille

287. L'adaptation du droit pénal à l'entité familiale. – D'un point de vue sémantique, le terme « adaptation » fait référence à l'action d'«*ajuster une chose à une autre* » ou de « *modifier la pensée, le comportement pour le mettre en accord avec une situation* ».

¹²¹¹ Le Littré, Dictionnaire de la langue française en un volume, Paris, Hachette, 2000, « Altérer ». La définition du mot a évolué au cours des époques prenant, tour à tour, les significations de « *changer, émouvoir, affecter, et finalement causer de la soif* ». ; Nouveau Larousse Encyclopédie en 2 volumes, Librairie Larousse, 2001, « Altérer ».

¹²¹² Nouveau Larousse Encyclopédie en 2 volumes, *op. cit.*, « Altération ».

nouvelle»¹²¹³. Cette acceptation linguistique traduit parfaitement la relation existant entre les deux ordres sociaux qui nous intéressent, le droit pénal et la famille.

En effet, la famille, en tant qu'entité sociale à protéger semble tenir une place importante dans une activité pénale vivace. Et pour cause, elle s'impose au droit pénal et fige son intervention, en influant sur la conception même des incriminations et sur leur sanction. Dès lors, la prise en compte de l'entité familiale conduira à deux conséquences distinctes et paradoxales essentielles. Ainsi, d'un côté, la famille conditionne la répression (§1) et d'un autre, elle y fait obstacle (§2).

§1 - Une répression soumise à l'existence d'une famille

288. Une distinction pénale classique. – Au sein des infractions pénales à la coloration familiale, deux catégories classiques peuvent être dissociées : celles qui intègrent la famille dans leur définition même et celles qui n'en tiendront compte qu'en guise d'élément contextuel. Autrement dit, soit la famille occupe le rôle d'élément constitutif de l'incrimination (A), soit elle n'en est que la circonstance aggravante (B).

289. Un effet constaté. – Au demeurant, peu importe qu'il s'agisse d'une catégorie infractionnelle ou de l'autre, la manière dont le droit pénal se saisit de la famille dénote une altération de l'action répressive.

A. La famille, élément de définition de l'infraction

290. Le lien familial, fondement de l'incrimination. – Certaines incriminations nécessitent l'existence d'un lien familial. C'est ce lien qui justifie en amont leur création et détermine en aval leur constitution. Nous parlerons ainsi d'« infractions d'emblée familiales », c'est-à-dire celles dont le caractère familial est immédiatement apparent¹²¹⁴.

L'analyse de ces infractions témoigne d'une transformation de la règle pénale au regard de son fonctionnement normal, lorsqu'elle est appliquée à la famille. Elle met ainsi en exergue

¹²¹³ Nouveau Larousse Encyclopédie en 2 volumes, *ibidem*, « Adaptation ».

¹²¹⁴ Il s'agit bien ici d'une apparence et non d'une évidence, puisque si la valeur sociale essentielle protégée par ces incriminations semble être la famille, elle n'est en réalité que secondaire, V. *infra*, n°321 et s.

d'un côté, la limitation du champ de compétence(1) et d'un autre côté, une prégnance familiale forte (2).

1) La limitation du champ de compétence du droit pénal

291. La paralysie de la règle pénale. – Des infractions d'emblée familiales telles que la bigamie, l'abandon pécuniaire de famille ou la non-représentation d'enfant par exemple témoignent d'une certaine paralysie de la règle pénale. En effet, dans ces cas de figure, il est loisible de constater que l'action du droit pénal est soumise à validation civile. Bien que cette subordination se justifie au regard de la nature accessoire classique du droit pénal, elle semble critiquable au regard du raisonnement juridique, d'une part, et de la logique de protection, d'autre part. Du point de vue du raisonnement juridique, le droit de la famille est l'une des seules disciplines où le droit pénal est subordonné aux obligations imposées par la loi civile. Et pour cause, traditionnellement en droit pénal, il est admis que l'acquisition de la condamnation ne saurait être tributaire de la validité préalable d'un acte de nature civile. Prenons ici les exemples des délits d'abus de confiance (article 314-1 du code pénal) et de détournement de gage (article 314-6 du code pénal). Dans ces deux cas, la validité du contrat n'entre pas en considération dans les conditions de constitution de l'infraction. Ainsi, il est constant que la remise préalable de la chose ne doit pas nécessairement être faite en vertu de l'existence d'un contrat, pour constituer l'abus de confiance¹²¹⁵. De la même façon, la preuve de la validité du contrat est indifférente s'agissant du détournement de gage, « *la loi civile ne déterminant les cas de nullité ou d'annulation qu'au point de vue des intérêts civils ; [...] les poursuites prenant leur source non dans le contrat, mais dans le détournement frauduleux de la chose remise à gage* »¹²¹⁶.

Du point de vue de la logique de protection, cette neutralisation de l'action pénale à la faveur de la loi civile conduit à une insécurité juridique, en ce que la loi pénale paralysée ne peut plus garantir de manière efficace le respect des valeurs sociales propres à la famille.

¹²¹⁵ Cass. crim., 18 octobre 2000, *Dr. pén.* 2001, comm. 28, obs. M. Véron.

¹²¹⁶ Cass. crim., 27 février 1970, *JCP* 1970. IV. 101.

292. Illustrations. – Quatre infractions d'emblée familiales démontrent ce phénomène de paralysie du droit pénal au contact de la famille : la bigamie et l'abandon pécuniaire de famille (a) et les infractions de non-représentation et de soustraction de mineur (b).

a) La soumission explicite de la compétence pénale à la violation d'une décision de justice

293. Généralités. – Qu'il s'agisse du délit de bigamie ou du délit d'abandon pécuniaire de la famille, l'incrimination de ces deux comportements est soumise à l'existence d'une décision de justice. Alors que l'un scelle l'issue du procès pénal à l'expertise du juge civil, l'autre a pour unique objet la sanction de la violation d'une décision de justice préalable.

294. La répression de l'infraction de bigamie laissée à la discrétion de l'expertise civiliste. – La bigamie est « *le fait pour une personne déjà engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre, avant la dissolution du précédent* », en vertu de l'article 433-20 du code pénal. Cette définition sous-tend d'emblée la coexistence de deux mariages. Il aurait été possible d'envisager, comme le fait une partie minoritaire de la doctrine, la conclusion de ces deux unions comme des éléments constitutifs à part entière de l'infraction¹²¹⁷. Cependant, cette solution semble discutable. En effet, ce que réprime le délit de bigamie, d'un point de vue matériel, ce n'est pas l'unité infractionnelle existant entre les deux mariages. Au même titre, d'un point de vue intentionnel, ce que réprime le délit ce n'est pas la volonté préméditée qu'a eu l'auteur de contracter deux unions successivement.

Ici, c'est la préexistence et l'antériorité de la première union, vis-à-vis de la seconde qui contribuent à créer la situation infractionnelle. Par conséquent, si la première union conditionne en amont la commission de l'infraction, c'est la deuxième qui la consomme. Ainsi, il convient d'envisager, d'abord, l'existence d'un mariage valable et non dissous au jour de la célébration du deuxième mariage, condition préalable de la bigamie. Puis ensuite, la seconde union maritale, élément constitutif de ce délit.

295. L'exigence d'une condition préalable : un premier mariage validé par le juge civil. – La bigamie suppose préalablement l'existence d'un premier mariage. Ce mariage doit

¹²¹⁷ B. de Lamy, « La portée rétroactive de la nullité du second mariage empêche la consommation du délit », *Dr. fam.* 2003, n° 1, comm. 6.

– tout d’abord – être valide puis, ne doit pas être dissous au jour de la célébration de la seconde union.

La seconde condition est assez logique et ne pose pas de difficultés majeures. En droit français, deux causes de dissolution du mariage prévues par l’article 227 du code civil, peuvent exonérer le prévenu de sa responsabilité pénale : le divorce et le décès¹²¹⁸. Néanmoins, il arrive que la répression de la bigamie doive s’accorder avec des règles de droit international privé. Ainsi, se pose la question de l’efficacité d’autres procédés de dissolution employés à l’étranger, devant les juridictions françaises. De manière constante, la jurisprudence reconnaît en France l’effet de droits acquis à l’étranger, à condition qu’ils soient conformes à la loi nationale des époux et qu’ils ne fassent pas obstacle à l’ordre public national¹²¹⁹. Dans cette hypothèse, une exception à l’ordre public est tolérée, l’effet de ce dernier étant atténué. Aussi, a-t-il été admis que la répudiation obtenue à l’étranger vaut dissolution de la première union¹²²⁰.

¹²¹⁸ L’absence du premier conjoint, établie par jugement déclaratif et après transcription, produit les mêmes effets que le décès, en vertu de l’art. 128 du C. civ.

¹²¹⁹ Ex. de dissolution obtenue en fraude ou en violation des droits fondamentaux de l’un ou de l’autre des époux, V. Cass. civ., 22 janvier 1951, époux Weiller, *Rev. crit. DIP* 1951. 167, note P. Francescakis. Deux époux, un français et une grecque ayant acquis la nationalité française, se sont mariés sur le territoire français. Ayant la volonté de se soustraire à la loi française compétente afin de contracter une nouvelle union à l’étranger avec un ressortissant britannique, la femme a procédé à l’établissement momentané de son domicile au Nevada afin de faire prononcer son divorce par un tribunal étranger. Le jugement de divorce a été prononcé par défaut et de manière arbitraire sur simple affirmation de l’intéressée non corroborée de preuve (celle-ci prétendait que son époux avait fait preuve de cruauté à son encontre). Au regard de l’absence de cause déterminée au divorce, le divorce avait été comparé à une répudiation par les juges d’appel. La Cour de cassation confirme la décision d’appel sanctionnant « *la fraude à la loi française dans des conditions artificiellement créées* » et déclarant « *inopposable le jugement de divorce ainsi prononcé à l’étranger dans des circonstances contraires à la conception française de l’ordre public* » ; De la même manière, lorsqu’un mode de dissolution non autorisé en droit interne, aura été pratiqué sur le territoire français, par des étrangers, il sera inefficace, V. s’agissant d’un le divorce prononcé en France par un tribunal rabbinique, concernant deux époux de nationalité française. Il doit être assimilé à « *une répudiation pure et simple* » et est « *radicalement contraire aux principes d’ordre public, du droit français* », Aix- en-Provence, 21 janvier 1981, *Rev. crit. DIP* 1982. 297, note G. Légier ; confirmation par Cass. civ, 1^{ère}, 15 juin 1982, pourvoi n° 81-12. 611 ; sur le même principe s’agissant de la répudiation obtenue devant l’imam de la mosquée de Paris, V. Paris, 7 juillet 1959, *Rev. crit. DIP* 1960. 354, note Y. Loussouarn.

¹²²⁰ Assimilation de la répudiation ayant produit ses effets à l’étranger au divorce par consentement mutuel, TGI Seine, 26 octobre 1959, Spira c/ Reichenfeld, *Rev. crit. DIP* 1960.354, note Y. Loussouarn. Les époux se marient en France mais partent en Israël où ils acquièrent la nationalité israélienne. Le mari demande la répudiation de son épouse par devant- témoin. Cette dernière ayant accepté celle-ci, elle demanda l’exequatur en France de l’acte de répudiation. Le tribunal estima que cette demande ne faisait pas obstacle à l’ordre public français, puisque la séparation avait eu lieu conformément à la loi nationale des deux époux, sans fraude et avait produit ses effets à l’étranger. V. aussi, TGI Seine, 23 mai 1960, Defeins c/ Tahoum, D. 1960. 714, note P. Malaurie. Les faits son similaires s’agissant d’une femme de nationalité française et son mari de nationalité égyptienne, le couple résidant en Egypte. Ce dernier demande la répudiation de son épouse conformément à la loi nationale égyptienne. Cette dernière demande l’exequatur en France. En l’absence de contrariété à l’ordre public interne,

Quant à la première condition – qui retiendra davantage notre attention – le premier mariage doit être valide, c'est-à-dire qu' « *il doit exister pleinement* »¹²²¹. La détermination de cette validité incombe exclusivement au juge civil. Plus précisément, est compétent le tribunal de grande instance statuant en matière civile, au moyen d'une question préjudicielle¹²²². Cette question préalable posée au juge civil a pour effet de contraindre la juridiction pénale à surseoir à statuer sur l'état de bigamie¹²²³. Pour cause, la nullité du premier mariage permet au second d'échapper à la sanction¹²²⁴; et ce, quand bien même cette annulation interviendrait postérieurement à la conclusion du deuxième mariage litigieux¹²²⁵.

Évidemment, une telle solution ne prône guère en faveur de l'autonomie du droit pénal, la compétence du juge pénal étant considérablement amoindrie. À ce propos, un auteur avait avancé des propositions de réforme du Code de procédure pénale¹²²⁶, qui gagneraient à être observées. Aux articles 73 et 74 réunis de ces propositions était disposé, qu'en dehors de l'interprétation des conventions internationales, la juridiction pénale saisie puisse, pour

le tribunal reconnaît l'efficacité de la répudiation devenue définitive à l'étranger et estime qu'elle équivaut à un divorce par consentement mutuel.

¹²²¹ Ph. Bonfils, « Bigamie », *Rép. pén. Dalloz* 2014, n° 18.

¹²²² Cass. crim, 18 février 1942, *Bull. crim.* n° 11, *D.* 1942. 83.

¹²²³ Cass. crim, 16 janvier 1826, *S.* 1827. 1. 260; Cass. crim. 13 avril 1867, *D.* 1867.1.353.

¹²²⁴ *A contrario*, la dissolution du premier mariage par divorce ne permet pas de régulariser *a posteriori* le second mariage bigame V. Grenoble, 23 janvier 2001, *Dr. Fam.* 2002, n°54, obs. H. Lécuyer.; *contra*. Cass. civ. 2, 9 octobre 2014, pourvoi n° 13-22.499 (qualité de conjoint survivant et versement d'une pension de réversion du chef du défunt bigame accordés à la seconde épouse d'un mariage célébré en Algérie, en fraude d'un premier mariage contracté en France et depuis lors dissous par divorce).

¹²²⁵ V. Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n°10-25.285, *D.* 2012.258, note G. Raoul-Cormeil. Une femme, après falsification de son état civil, parvient à se marier trois fois d'affilée, sans mettre fin à ses unions précédentes avant d'en contracter une nouvelle. Le juge d'appel refuse de surseoir à statuer sur la demande de nullité du troisième mariage pour bigamie formée par l'époux, désireux d'obtenir l'annulation d'une donation de biens présents entre époux, en raison de l'action en nullité du mariage précédent formée par l'épouse, pour attendre que soit rendue la décision portant sur l'éventuelle nullité du mariage antérieur. La Haute Cour retient qu'une annulation du premier mariage emporte rétroactivement la validité du mariage bigame.; Cass. civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, n°12-26.041, *D.* 2014. 563, note C. Capitaine et I. Darret-Courgeon.; *Contra*. V. Versailles, 27 mai 1999, *D.* 1999. 374, obs. J.-J. Lemouland. Un couple mixte contracte mariage à Paris, en l'absence d'un officier d'état civil, l'époux espérant obtenir un titre de séjour qui lui a été refusé. Après son expulsion du territoire, le couple conclut un nouveau mariage au Caire. La cour d'appel estime que le premier mariage doit être vu comme entaché d'une nullité absolue pour violation de l'art. 165 du Cc, et que dès lors il emporte également nullité du second mariage; Cependant, la position de la jurisprudence est différente lorsque la dissolution par divorce du premier mariage est prononcée postérieurement à la conclusion du second mariage, V. *contra*. Cass. civ. 2^{ème}, 12 février 2015, pourvoi n° 13-19751, Inédit. La Cour de cassation précise que « *l'ordre public international s'oppose à ce que le juge français fasse produire effet à une union célébrée à l'étranger, avec une ressortissante étrangère, dès lors que le mari, à la date de cette seconde union, était encore dans les liens d'un premier mariage, contracté en France, avec une ressortissante française, peu important que, douze ans après cette seconde union, le premier mariage ait été dissout par un jugement de divorce* ».

¹²²⁶ M.-L. Rassat, *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, Rapport remis au Garde des sceaux, Ministère de la Justice, janvier 1997 [En ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974035000.pdf>].

apprécier l'existence de l'infraction et déterminer la responsabilité des individus en cause, prendre en compte tous les éléments même extra-pénaux nécessaires. Cela aurait pour effet la disparition de toutes questions préjudicielles en matière pénale et tendrait à consacrer une autonomie du droit répressif¹²²⁷.

Une telle proposition – sans aller jusqu'à préconiser une autarcie illusoire du juge pénal, nous semble salutaire pour des raisons essentiellement pratiques, en ce qu'elle permettrait de remédier à la lenteur de la justice criminelle. Appliqué au délit de bigamie, ce raisonnement conduirait à supprimer cette question préjudicielle civile induite, non posée par le texte en l'occurrence¹²²⁸. Remarquons d'ailleurs que le principe d'unité de la justice pénale et civile¹²²⁹ et l'adage « le juge de l'action est le juge de l'exception »¹²³⁰ semblent, eux aussi, converger vers cette suppression.

Outre la conclusion d'un premier mariage valide, le délit de bigamie nécessite matériellement ensuite la célébration d'une deuxième union – constatée là encore conformément aux règles de droit civil.

296. La matérialité de la bigamie : la conclusion d'un second mariage, soumis également à validation civile. – Matériellement, la célébration d'un second mariage consomme le délit de bigamie. Il s'agit donc ici d'une infraction instantanée. Par ailleurs, selon une acceptation jurisprudentielle étonnante, la nullité rétroactive du second mariage fait obstacle à la consommation du délit de bigamie¹²³¹. Cela implique, par conséquent, que la

¹²²⁷ M.-L. Rassat, *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, *op. cit.*, art. 74 in fine.

¹²²⁸ En procédure civile par exemple, l'article 49 du code de procédure civile, spécialement l'alinéa 2, prévoit expressément cette obligation pour la juridiction civile d'avoir recours à une question préjudicielle administrative.

¹²²⁹ V. sur cette idée M.L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, p. 765, n°697.

¹²³⁰ Art. 384 du C. pr. pén qui prévoit que tant que la loi n'en dispose pas autrement, le juge pénal est compétent pour connaître de toutes les exceptions qui se présenteraient à lui ; V. aussi, B. Lamy, « La portée rétroactive de la nullité du second mariage empêche la consommation du délit », *Dr. fam.* 2003, n° 1, comm. 6.

¹²³¹ Toulouse, 27 juin 2002, *Dr. fam.* 2003, n° 1, comm. 6. Un centrafricain s'est marié par procuration en Centrafrique, alors qu'il était encore engagé dans un premier mariage célébré en France. Le prévenu se prévaut en appel d'un document intitulé « certificat de nullité établi par le vice consul général de République Centrafricaine » portant sur la seconde union. La Cour d'appel se prononce en ces termes : « *La nullité prenant naissance au jour de la célébration du mariage et ses effets remontant à cette date, le délit reproché au prévenu n'est pas constitué et il convient donc d'entrer en voie de relaxe* ».

validité du second mariage doive elle aussi faire l'objet d'un contrôle, au même titre que le premier¹²³². Or, ce contrôle s'opère lui aussi au regard des règles de droit civil.

Précisons d'ailleurs, qu'étrangement, c'est au juge pénal que revient la compétence exclusive de statuer sur cette validité¹²³³. Cela relance ainsi le débat de l'intérêt de la séparation des compétences des justices civile et pénale, concernant la validité du premier mariage...

297. L'incidence de l'annulation du second mariage sur la caractérisation du délit : incompréhension et critiques. – En principe, en droit pénal, la réunion des trois éléments constitutifs (légal, matériel et moral) de l'infraction suffit à la caractérisation de celle-ci¹²³⁴. Dès lors, si l'on retient que la célébration du second mariage constitue l'élément matériel du délit de bigamie et participe de la définition même de ce dernier, il semble discutable de l'assortir d'une condition de validité supplémentaire conforme aux règles civiles. Cela reviendrait en effet, à vider purement et simplement l'incrimination de sa substance et de son intérêt premier. Ce qui constitue le comportement répréhensible, c'est précisément la conclusion de toute seconde union, en dépit de l'existence de la première. Ainsi, si la vérification de validité du premier mariage paraît utile afin de savoir préalablement si celui-ci peut produire effet en droit français, en revanche la deuxième vérification elle peut laisser l'interprète songeur quant à sa portée. Une telle solution conduit, dans tous les cas, à dénier au droit pénal toute autonomie. Au-delà, c'est la mission de protection effective de la loi pénale qui se voit paralysée. Ainsi, cette jurisprudence a été largement contestée par la doctrine¹²³⁵. Un des auteurs se démarque en ce qu'il nuance davantage son propos. En effet, selon lui, toutes les fois où le motif de nullité du second mariage n'est pas la bigamie, l'infraction ne peut être constituée. *A contrario*, lorsque c'est la bigamie qui est à la source de cette nullité, l'infraction doit être constituée¹²³⁶. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que ce qui est

¹²³² Pour ce contrôle de validité, contrairement à celui du premier mariage, c'est le juge pénal qui a compétence exclusive en la matière.

¹²³³ Cass. crim., 18 février 1942, préc.

¹²³⁴ Une partie de la doctrine ajoute à ces trois éléments, l'élément de injustice, pour caractériser l'infraction, V. not., M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 2009.

¹²³⁵ A. Vitu, *Droit pénal spécial*, tome 1, Cujas, coll. Traité de droit criminel, 1^{ère} éd., 1982, n°2056 ; M.L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, n°687 ; B. de Lamy, « La portée rétroactive de la nullité du second mariage empêche la consommation du délit », *Dr. fam.* 2003, n° 1, comm. 6, *in fine* ; C. Duvert, « Bigamie », *J.- Cl pénal* 2009, fasc. 20, n° 32 ; Ph. Bonfils, « Bigamie », *Rép. pén. Dalloz* 2014, n° 29 ; J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Paris, Cujas, 2014, n° 548.

¹²³⁶ C. Duvert, « Bigamie », *op. cit.*, n° 32.

réprimé à travers le délit bigamie, ce n'est pas la défense des intérêts particuliers de l'époux victime, trahi par l'infidélité de son conjoint. Aussi, peu importe la raison pour laquelle le second mariage serait entaché de nullité. Ce qui importe ici, c'est avant tout la répression de l'atteinte faite au principe monogamique d'ordre public, c'est-à-dire à l'autorité de l'État. Or, le seul fait de contracter une deuxième union suffit à produire ce résultat.

298. L'élément intentionnel de la bigamie. – Le délit de bigamie implique que l'agent ait eu la conscience d'être toujours engagé dans les liens d'un précédent mariage. Dans certains cas, la jurisprudence accepte d'exonérer de sa responsabilité pénale l'époux de bonne foi, qui se pensait valablement libéré de son mariage antérieur. C'est le cas par exemple, de celui qui se prévaut d'une dissolution du mariage par divorce, alors qu'il s'agissait en réalité d'une simple séparation de corps¹²³⁷.

Ce délit est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Encourt cette peine toute personne ayant contracté une deuxième union alors qu'elle se savait tenu par un premier mariage, mais également l'officier public qui a célébré le second mariage en connaissant l'existence du premier¹²³⁸. Le délit de bigamie étant une infraction instantanée, le délai de prescription de l'action publique de trois ans, commencera à courir au jour de la célébration du deuxième mariage¹²³⁹.

299. L'objectif réel de l'abandon pécuniaire de famille, la sanction de la violation d'une décision de justice préalable. – La condition préalable de l'abandon pécuniaire de famille, incriminé à l'article 227-3 du code pénal, réside dans la fixation d'une créance alimentaire, par une décision de justice de nature civile. Ce dernier point est essentiel.

¹²³⁷ Cass. crim., 14 février 1929, *DH* 1929. 252.

¹²³⁸ Al. 2, art. 433-20 du C. pén.

¹²³⁹ Cass. crim., 5 février 1963, *Bull. crim.*, n°65. Certains auteurs voient cependant dans la bigamie également un état puisque l'infraction est également une infraction permanente, ses effets se prolongeant dans le temps. Dès lors, il semblerait plus judicieux de reporter le départ de la prescription, non pas à la célébration du second mariage, mais au jour de la dissolution ou de la nullité d'un des deux mariages ; c'est-à-dire, dans des conditions permettant de mettre fin à la dissimulation de l'infraction, V. J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6^e éd., Paris, Cujas, 2014, n° 552-553.

Ainsi, la loi du 3 janvier 1972 relative à la filiation¹²⁴⁰, renforçant l'abandon pécuniaire de famille, tendait déjà à restreindre le fondement même de cette infraction, à la sanction du non-respect d'une décision de justice. De même, un auteur observait que « *le délit d'abandon de famille sanctionne davantage le mépris d'une décision de justice que la violation d'une obligation alimentaire* »¹²⁴¹. En témoignage, la décision de la Cour de cassation du 2 décembre 1998. Il s'agissait en l'espèce, d'un homme, qui ayant reconnu un enfant naturel, était demeuré plus de deux mois sans verser en intégralité la contribution aux subsides instituée par une décision de justice. Par la suite, la mère de l'enfant ayant obtenu judiciairement la contestation de la reconnaissance, le prévenu sollicitait la révision de sa condamnation. Les juges de la Haute juridiction estiment cependant que « *le délit de famille est constitué dès lors que le débiteur s'abstient de fournir [...] 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 sur l'existence de l'obligation alimentaire, ou sur l'étendue de celle-ci, laisse subsister l'infraction* »¹²⁴². De la même manière, la Chambre criminelle de la Cour de cassation précise que le fait pour le prévenu de verser directement à son enfant de l'argent, ne saurait le décharger de l'obligation de verser la contribution entre les mains de la mère créancière en vertu de la décision de justice¹²⁴³. Il importe donc, pour le prévenu, d'observer strictement la décision de justice établissant à son encontre l'obligation.

En conclusion, ce que vise la répression s'agissant du délit d'abandon, ce n'est plus l'atteinte à une simple obligation familiale, mais bien une atteinte à la décision de justice posant cette obligation¹²⁴⁴. Là encore, la primauté de la règle civile s'impose au droit pénal dans la protection qu'il fait de la famille.

¹²⁴⁰ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JO* du 5 janvier 1972, p. 145 ; A. Bourrat-Guéguen, « Atteintes à l'adulte », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2010-2011, 622.11.

¹²⁴¹ G. Levasseur, « Le délit de famille sanctionne le non-respect d'une décision de justice », *RSC* 1992. 754.

¹²⁴² Cass. crim. 2 mars 1998, pourvoi n° 98-97091, *JCP éd. G* 1999. I. 160, n°5, obs. T. Fossier ; *Dr. fam.* 1999, chron. n°1, comm. D. Rebut. Une telle solution selon Georges Levasseur, a pour objectif d'éviter que les personnes condamnées pour abandon de famille ne saisissent systématiquement le juge afin de demander la suppression rétroactive de leur condamnation.

¹²⁴³ Cass. crim., 26 octobre 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 19, obs. M. Véron.

¹²⁴⁴ J. et A. Pousson, *L'affection et le Droit*, Toulouse, édition du CNRS, 1990, p. 212 ; A. Gouttenoire-Cornut, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ. Fam.* 2002. 245 ; D. Rebut, « L'unique nature de l'abandon de famille », *Dr. fam.* 1999, chron. n° 1 ; J. Hauser, « le fondement du délit d'abandon pécuniaire de la famille », *JCP éd. G* 1974. I. 2617.

300. La nature de la décision de justice civile exigée. – La jurisprudence pénale semble adopter une conception souple de la nature de la décision. Dès lors, toute décision civile, qu’il s’agisse d’une ordonnance ou d’une convention judiciairement homologuée¹²⁴⁵, peut constituer la condition préalable. Ainsi, un procès-verbal de conciliation, constaté par le juge, doit être assimilé à une convention homologuée judiciairement et servir ainsi de fondement à une poursuite pénale¹²⁴⁶. Il en va de même, du contrat notarié établi à l’étranger (Allemagne) et ayant fait l’objet d’une décision d’*exequatur* rendue en France¹²⁴⁷. La décision doit, de plus, être exécutoire à la date des faits incriminés¹²⁴⁸.

En définitive, ce n’est qu’une fois la décision de justice préalable visée, que le juge pénal pourra s’atteler à constater la caractérisation des éléments constitutifs de l’abandon pécuniaire.

301. Les éléments constitutifs. – Matériellement, l’abandon pécuniaire de famille consiste à ne pas s’acquitter de l’intégralité d’une obligation familiale, en vertu de l’article 227-3 du code pénal. Par conséquent, l’élément matériel nécessite pour sa caractérisation, un défaut de paiement, peu importe qu’il soit intégral ou seulement partiel¹²⁴⁹. En revanche, à défaut de précision textuelle, rien n’interdit le débiteur de l’obligation alimentaire de la payer par anticipation¹²⁵⁰, en vue de se libérer de sa condamnation.

En outre, l’article 227-3 requiert un délai supérieur à deux mois d’abstention – à compter de la signification de la décision¹²⁵¹. Ce délai doit, selon une exigence prétorienne, être de deux mois consécutifs¹²⁵². Dès lors, une nouvelle condamnation pour la même infraction est

¹²⁴⁵ S. David et A. Jault, « Infractions révélées par le divorce », in *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2013, chap. 422, n° 422-112.

¹²⁴⁶ Cass. crim. 31 mars 1999, pourvoi n° 98-82.372, *Dr. pén.* 1999, comm. 116, obs. M. Véron.

¹²⁴⁷ Pour plus de précisions V. Cass. crim. 29 janvier 2003, pourvoi n°01-88.881, *D.* 2004, obs. S. Mirabail. L’auteur estime qu’un acte notarié étranger revêtu de l’*exequatur* ne peut pas être assimilée à une convention judiciairement homologuée propre à justifier une répression pour abandon de famille, en vertu du principe d’interprétation stricte de la loi pénale. De plus, déclarer un acte étranger exécutoire en France n’offre pas au juge pénal français le même pouvoir de vérification qu’une homologation, celui-ci étant limité au seul contrôle de la conformité de l’acte à l’ordre public.

¹²⁴⁸ Cass. crim. 31 mars 1999, pourvoi n° 98-82.372, *Dr. pén.* 1999, comm. 116, obs. M. Véron.

¹²⁴⁹ Cass. crim., 26 octobre 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 19, obs. M. Véron.

¹²⁵⁰ Cass. crim., 20 mars 1984, *Bull. crim.* n° 114.

¹²⁵¹ Cass. crim., 3 novembre 1955, *JCP* 1955. II. 9167, E. M.

¹²⁵² Cass. crim., 9 février 1965, *Gaz. Pal.* 1965, I. 420.

possible, à chaque fois que le prévenu aura persisté à ne pas s'acquitter de sa dette pendant un nouveau délai de deux mois consécutifs¹²⁵³.

Intentionnellement, l'abandon de famille suppose une abstention volontaire de l'auteur. Auparavant, il existait une présomption d'intention à l'encontre du débiteur de la contribution. En effet, les juges de la Haute Cour estimaient que le caractère intentionnel du non-paiement découlait de la seule existence d'une décision de justice préalable¹²⁵⁴. *De facto*, il incombait à l'intéressé de rapporter la preuve du caractère non-intentionnel de son abstention.

Désormais, c'est au ministère public qu'il appartient d'établir la preuve de l'intention coupable de l'auteur. Et les juges de première et deuxième instances devront également apprécier souverainement la caractérisation de l'élément moral¹²⁵⁵. Ainsi, dorénavant, les juges ne pourront plus arguer de la simple connaissance par le prévenu de la décision de justice préalable pour en déduire son intention¹²⁵⁶. Il est possible d'y voir une volonté de la jurisprudence de réaffirmer une certaine liberté d'appréciation du juge pénal, bien que ténue.

Au regard de la jurisprudence, a été dégagé un faisceau d'indices permettant de démontrer l'intention du débiteur¹²⁵⁷. Premièrement, le prévenu doit avoir eu la connaissance de la décision mettant à sa charge une obligation de payer. Mais, comme nous venons de le préciser, cette condition n'étant pas suffisante, elle doit être corroborée par deux autres. Deuxièmement, l'agent doit avoir eu conscience du défaut de paiement. C'est le cas de celui qui organise son insolvabilité peu de temps avant l'audience de jugement¹²⁵⁸. Troisièmement, l'intéressé ne doit pas être dans l'impossibilité absolue de s'acquitter de sa dette¹²⁵⁹. Cette impossibilité doit présenter un caractère extérieur et insurmontable. Ainsi, les simples difficultés ou impossibilités financières ne sauraient exonérer le prévenu de sa responsabilité

¹²⁵³ Cass. crim., 2 décembre 1998, pourvoi n° 97-83. 671, *D.* 2000. 36, obs. Y. Mayaud.

¹²⁵⁴ Cass. crim., 27 avril 1984, n° 83-90.595, *RSC* 1984. 740, obs. G. Levasseur.

¹²⁵⁵ Cass. crim. 328 juin 1995, *Bull. crim.* n° 243.

¹²⁵⁶ *Crim. cass.* 21 mai 1997, *Bull. crim.* n° 190.

¹²⁵⁷ A. Bourrat-Gueguen, « Atteintes à l'adulte », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2010-2011, chap. 611, n° 622.42.

¹²⁵⁸ Cass. crim. 9 juin 1999, pourvoi n° 98-87.191, Inédit ; Cass. crim. 5 avril 2005, pourvoi n° 04-82. 475, *D. pén.* 2005, comm. 104, obs. Véron. ; Sur des faits sensiblement identiques V. Cass. Crim. 28 juin 2000, *Bull. crim.* n°250.

¹²⁵⁹ V. D. Rebut, « L'abandon de famille (Synthèse annuelle du contentieux) », *Dr. fam.* 2000, chron. 3, p. 4, *in fine*.

pénale. De la même façon, cette impossibilité ne doit pas lui être imputable, quand bien même elle serait indépendante de sa volonté¹²⁶⁰. Ainsi, ne présente pas d'impossibilité insurmontable et extérieure, le directeur d'une galerie d'art qui allègue de revenus modestes incompatibles avec son train de vie quotidien pour échapper à son obligation¹²⁶¹.

302. Le régime de l'infraction. – Le délit d'abandon pécuniaire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Cette peine principale peut être accompagnée de peines complémentaires prévues par l'article 227-29 du code pénal.

Également, avant 2002, les articles 227-3 du code pénal et 373, 3° du code civil combinés, prévoyaient que le parent débiteur de l'obligation alimentaire se voyait privé de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant pendant une durée minimum de six mois, lorsque qu'il avait été condamné pour abandon moral ou pécuniaire de famille. Cette privation durait tant que l'intéressé n'avait pas recommencé à assumer ses obligations familiales.

Depuis la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale¹²⁶² modifiant l'article 373 du code civil, le parent ne peut plus se voir retirer, de manière automatique, l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant¹²⁶³. Dès lors, le législateur semble avoir fait le choix de privilégier la subsistance des relations parents-enfants.

Cette dissociation de la sanction civile et de la sanction pénale peut être interprétée de deux manières. D'une part, elle semble matérialiser un regain d'autonomie de la discipline pénale, qui se départ de l'emprise civile. D'autre part, on pourrait y voir une confirmation du fait que l'abandon de famille ne tend pas directement à réprimer l'inexécution d'une obligation familiale.

b) La soumission implicite à la violation d'une décision de justice, le respect du droit objectif à la représentation de l'enfant

¹²⁶⁰ D. Rebut, « L'abandon de famille (Synthèse annuelle du contentieux) », *op. cit.*

¹²⁶¹ Paris, 23 septembre 1998, n° 98/01429, *Juris-Data* n° 022472.

¹²⁶² Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* du 5 mars 2002, p. 4161, texte n°3.

¹²⁶³ Notons pourtant que l'alinéa 2 de l'article 227-3 du code pénal renvoie toujours à l'ancien alinéa 3 abrogé de l'article 373, V. 227-3 et 373 du C. pén.

303. Un fondement préalable commun à la non-représentation et à la soustraction d'enfant : l'existence d'un droit de réclamer l'enfant. – Les infractions de non-représentation et de soustraction d'enfant, prévues respectivement aux articles 227-5 et 227-7 et suivants du code pénal, présentent des similitudes. Toutes deux, en effet, s'inscrivent dans un contexte familial particulier, à savoir l'existence de conflits familiaux faisant suite à la séparation des parents de l'enfant. Or, ce dernier devient souvent l'otage de discordes *inter* conjugales passées ou actuelles. Ces infractions tendent ainsi à protéger ce qu'il reste du lien familial, afin que l'enfant puisse continuer à jouir de relations affectives avec l'ensemble des membres de sa famille. Par conséquent, la dimension familiale de ces infractions est clairement perceptible et aura un impact sur leurs éléments constitutifs et leur répression. Mais ces infractions possèdent encore un point de comparaison : elles reposent toutes deux sur l'existence préalable d'un droit objectif à réclamer l'enfant au bénéfice de la victime. Or, ce droit est reconnu par un titre de nature civile – s'il était nécessaire de le préciser – au droit de garde de l'enfant, peu importe que celui-ci soit légal ou judiciaire. Il convient d'envisager dans un premier temps le délit de non-représentation, puis celui de soustraction d'enfant.

304. L'exigence inavouée d'un titre judiciaire préalable. – S'agissant du délit de non-représentation d'enfant, l'ancien article 357 du code pénal¹²⁶⁴ visait initialement la « non-représentation », l' « enlèvement » ou le « détournement » de l'enfant de la garde de la personne au profit de laquelle, elle avait été décidée, par une décision de justice ou une ordonnance homologuée¹²⁶⁵. Depuis la réforme du Code pénal en 1994, l'article 227-5 ne mentionne plus le titre en vertu duquel le parent tient son droit de représentation. Aujourd'hui, le texte a été simplifié. La non-représentation est dorénavant « *le refus indu de représenter un*

¹²⁶⁴ V. pour les modifications successives de la lettre du texte, S. David et A. Jault, « Infractions révélées par le divorce », in *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2013, chap. 422, n° 422.131 (en note).

¹²⁶⁵ V. le texte de l'art. 357 ancien du C. pén. qui fait étrangement penser au délit de soustraction de mineur par ascendant (art. 227-7) ou par tiers sans fraude ni violence (art. 227-8) : « *Quand, par une décision de justice, provisoire ou définitive, ou par une convention judiciairement homologuée, il aura été décidé que l'autorité parentale sera exercée par le père ou la mère seul ou par les deux parents ou que le mineur sera confié à un tiers, le père, la mère ou toute personne qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui, même sans fraude ou violence, l'enlèvera ou le détournera ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle, ou des lieux où ces derniers l'auront placé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 500 Fr à 30.000 Fr. Si le coupable a été déclaré déchu de l'autorité parentale, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans.* »

enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer »¹²⁶⁶. Aussi, la jurisprudence est-elle venue entériner cette clarification législative, par un arrêt du 13 mars 1996¹²⁶⁷. Une mère était poursuivie pour non-représentation d'enfant. Les juges du fond ont déclaré la citation à prévenu nulle en ce que l'acte ne visait pas la décision de justice, source du droit à représentation. Ils estimaient alors que cela portait atteinte aux intérêts de la prévenue qui n'était pas en mesure de préparer sa défense dans les meilleures conditions. La Chambre criminelle a estimé naturellement qu'il n'y avait pas lieu d'ajouter à la loi une condition qu'elle ne prévoyait pas. En effet, selon elle, « *la citation énonçait le fait poursuivi dans [les mêmes termes que l'article 227-5 du code pénal], lesquels ne précisent pas la nature du droit en vertu duquel l'enfant doit être représenté* ».

D'une part, cette extension du champ d'application du délit de non-représentation permet de prendre en considération toute personne bénéficiant d'une prérogative juridique sur l'enfant en vertu d'une loi, qu'elle soit ou non confirmée par décision de justice¹²⁶⁸. Il pourra donc s'agir d'un parent, d'un grand-parent ou encore d'un tiers, puisque « *l'existence d'un lien de parenté entre l'enfant mineur et celui qui a le droit [...] de le réclamer, n'est pas exigée par l'article 227-5 du code pénal* »¹²⁶⁹. Aussi, se pose la question de savoir si le beau-parent de l'enfant peut être considéré en tant que victime ou auteur d'un délit de non-représentation.

En principe, cela devrait être envisageable, puisque l'article 377 du code civil donne la faculté aux père et mère, séparément ou ensemble de saisir, lorsque les circonstances l'exigent, le juge aux affaires familiales en vue qu'il soit décidé d'une délégation totale ou partielle d'autorité parentale, à « *un proche digne de confiance* »¹²⁷⁰. D'ailleurs, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'octroyer cette délégation d'autorité au profit de la compagne d'une mère seule, cohabitant avec cette dernière de manière stable et continue¹²⁷¹. Ainsi, à condition que cela soit conforme à l'intérêt de l'enfant, un concubin ou un partenaire lié par un pacte civil de solidarité, engagé dans une relation homosexuelle ou hétérosexuelle, pourrait valablement se plaindre d'une violation de son droit de représentation. Mais, c'est à la condition que le

¹²⁶⁶ Art. 227-5 du C. pén.

¹²⁶⁷ Cass. crim. 13 mars 1996, Bull. crim. n°114, RSC 1997. 103, obs. Y. Mayaud.

¹²⁶⁸ A. Gouttenoire, « Atteinte à l'autorité parentale », *Rép. pén.* 2003, n°9 (actualisation en 2012).

¹²⁶⁹ Cass. crim. 6 octobre 1999, pourvoi n° 98-86.372, Inédit.

¹²⁷⁰ Il existe également un mécanisme de délégation-partage instauré par la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, V. art. 377-1 C. civ.

¹²⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, Bull. civ. I n°101. La Cour estime que l' « article 377 alinéa 1^{er}, ne s'oppose pas à ce qu'une mère titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que la mesure est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

juge aux affaires familiales ait décidé de lui octroyer, conformément à l'intérêt de l'enfant, la garde de celui-ci¹²⁷².

D'autre part, cette extension permet d'affirmer que, d'un point de vue théorique à tout le moins, l'infraction de non-représentation ne tend pas uniquement à protéger les intérêts de la justice civile, contrairement à l'abandon pécuniaire de famille. Cependant, dans la pratique, la disparition de la distinction en fonction de la nature légale ou judiciaire du titre a-t-elle une réelle incidence ? Il semblerait que non, puisqu'encore aujourd'hui, les juridictions pénales persistent à relever la violation d'une décision judiciaire exécutoire statuant sur la garde de l'enfant, pour caractériser le délit. Ainsi, récemment, la Cour de cassation affirmait que « *le délit de non-représentation d'enfant défini par l'article 227-5 du code pénal suppose, pour être caractérisé en ses éléments constitutifs, qu'à la date des faits retenus par la prévention la décision ayant statué sur la résidence du mineur ait été exécutoire* »¹²⁷³. Cela laisse à penser qu'en l'absence d'une telle décision organisant la garde et l'hébergement de l'enfant, l'infraction ne pourrait être constituée. Et la réponse ministérielle du 10 mars 1993 de confirmer ce constat, en précisant que, dans le cas d'un exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents, c'est-à-dire en présence de prérogatives concurrentes sur la personne de l'enfant¹²⁷⁴, une « *décision préalable de justice délimitant les droits de chacun* »¹²⁷⁵ doit avoir été rendue. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'un des parents violerait les termes de cette décision, en fraude des droits accordés à son conjoint, que des poursuites pour non-représentation d'enfant pourraient prospérer¹²⁷⁶.

S'agissant du délit de soustraction de mineur, les articles 227-7 et 227-8 du code pénal incriminent le fait par une personne, ascendant ou autre, de soustraire le mineur à l'autorité des personnes « *à qui il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle* ». C'est dire qu'ici, à l'instar de la non-représentation d'enfant, la soustraction vise une atteinte aux

¹²⁷² V. not. art. 371-4 du C. civ., al. 2 : « Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ».

¹²⁷³ Cass. crim, 14 mars 2012, pourvoi n° 11-85. 421, *AJ. Fam.* 2012. 279, note M. Lambert ; Cass. crim. 6 octobre 1999, pourvoi n° 98-86.372, Inédit (précité) : « *un droit de réclamer le mineur, reconnu par une décision de justice* ».

¹²⁷⁴ J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., Paris, éditions Cujas, 2010, n° 652.

¹²⁷⁵ Garde des Sceaux, Rép. min. n° 43854, *JOAN Q* du 10 mars 1997, p. 1230 [En ligne : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q10/10-43854QE.htm>].

¹²⁷⁶ Garde des Sceaux, Rép. min. n° 43854, *op. cit.*

prérogatives légales ou judiciaires¹²⁷⁷ du titulaire de l'autorité parentale. La règle de droit se trouve donc une fois de plus, soumise à la validation préalable du droit civil.

305. Les éléments constitutifs des infractions. – Se pose, premièrement, la question de la qualité des victimes et auteurs des délits. S'agissant tout d'abord de la non-représentation, ce délit implique la minorité de l'enfant. Ainsi, le mineur émancipé (par le mariage ou légalement) non soumis à l'autorité de ses parents¹²⁷⁸, ne rentre pas dans le champ d'application de cette infraction. Cependant, sont concernés tous les enfants mineurs victimes, quelle que soit la nature de leur filiation, naturelle ou légitime. Le plus souvent, l'auteur de cette infraction sera le parent agissant en fraude des prérogatives de garde de l'autre.

S'agissant ensuite du délit de soustraction d'enfant, il regroupe deux situations : le cas où la soustraction sera commise par l'ascendant (article 227-7 du code pénal) d'une part, et celui où cette soustraction sera réalisée par une personne autre que l'ascendant (article 227-8 du code pénal) d'autre part.

Dans le premier cas de figure, l'article 227-7 du code pénal incrimine « *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* ». Ainsi, la victime doit être mineure. Par conséquent, sont exclus du champ d'application de ce texte les mineurs émancipés légalement ou par le mariage, à l'instar de la non-représentation d'enfant. Ensuite, l'auteur de la soustraction doit être l'ascendant du mineur. En l'absence de précisions textuelles, il faut admettre que tout ascendant puisse commettre l'acte de détournement. C'est le cas par exemple, des grands-parents qui soustrairaient l'enfant de sa famille légitime naturelle ou adoptive¹²⁷⁹. Mais il peut également s'agir du parent qui aurait été privé intégralement ou partiellement de ses prérogatives juridiques sur la personne de l'enfant au profit de son ex-compagnon ou de tout autre ascendant exerçant sur lui un droit de garde¹²⁸⁰. Aussi, commet un acte de soustraction, la mère – qui n'ayant pas reconnu l'enfant, le

¹²⁷⁷ A. Bourrat-Gueguen, « Atteintes à l'adulte », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2010-2011, chap. 611, n° 621.80.

¹²⁷⁸ Ensemble art. 108-2 et 413-7 C. civ.

¹²⁷⁹ M.- L., Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, n° 711.

¹²⁸⁰ Il pourra s'agir des grands-parents ou du tuteur de l'enfant.

détourne de la tutelle exercée par la grand-mère¹²⁸¹. De même, il faudrait admettre que le parent légitime, naturel ou adoptif puisse être auteur d'une telle infraction.

Dans le second cas de figure, l'article 227-8 du code pénal incrimine le fait de « *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* ». Que faut-il entendre par l'expression « *personne autres que l'ascendant* » ? L'auteur de ce délit ne peut être l'ascendant du mineur, donc par déduction il peut s'agir d'un tiers, mais également d'un membre de la famille (frère, sœur, cousins, tante ou oncle). En revanche, la personne à laquelle l'enfant a été retiré pourrait très bien être un collatéral (frère, sœur, etc.) à condition que l'autorité parentale lui ait été confiée légalement ou judiciairement.

Deuxièmement, doit être constaté un fait matériel répréhensible.

S'agissant de la non-représentation, elle nécessite une omission de l'auteur, c'est-à-dire ne pas observer le droit de réclamer de la personne titulaire. Est alors incriminé soit, le fait pour le parent ayant obtenu la garde de l'enfant de ne pas le remettre à celui qui bénéficie d'un droit de visite ; soit, à l'inverse, le fait pour celui qui a un droit de visite de ne pas ramener l'enfant au domicile du parent auquel la garde a été confiée. Le fait matériel de non-représentation, peut se manifester par un refus de se soumettre à l'obligation de présenter le mineur¹²⁸², même si ce refus n'est qu'indirect¹²⁸³. De plus, de manière constante, il est admis que la résistance de l'enfant « *ne constitue, pour celui qui a l'obligation de le représenter, ni un fait justificatif, ni une excuse légale, à moins de circonstances exceptionnelles* »¹²⁸⁴. Ainsi, le prévenu a le devoir de toute mettre en œuvre pour surmonter l'opposition de l'enfant à aller chez son autre parent, notamment en usant de son autorité afin de faire céder cette réticente. Manque par conséquent à son devoir, la mère qui confie à ses voisines la mission de remettre ses enfants rétifs à leur père, alors que sa présence et son autorité auraient facilité l'exercice

¹²⁸¹ Cass. crim. 24 mai 1962, D. 1962. 609.

¹²⁸² Cass. crim. 10 juin 1998, pourvoi n° 96-84.340, NP. Un père refuse de ramener le fils à la mère qui a le droit de le réclamer, en dépit de l'intervention des services de gendarmerie. Les éléments du dossier faisaient état d'un conditionnement psychologique de la part du père sur l'enfant afin qu'il refuse de retourner chez sa mère.

¹²⁸³ Cass. crim. 5 novembre 1997, pourvoi n° 95-85.244, NP. Une mère demande à sa sœur d'héberger sa fille la veille de la venue du père bénéficiaire d'un droit de visite.

¹²⁸⁴ Cass. crim. 17 juin 1992, pourvoi n° 91-86.814, Bull. crim. n° 245, RSC 1993.104, obs. G. Levasseur.

par le père de son droit¹²⁸⁵. On le voit ici, la jurisprudence met à la charge du parent fautif non pas une simple abstention, mais une véritable obligation de résultat. Cette jurisprudence aboutirait donc, selon certains auteurs, à sanctionner « *une obligation par omission* »¹²⁸⁶. L'objectif ici est évidemment d'éviter qu'un des parents, désireux de se venger de son ex-compagnon, manipule l'enfant en rompant ses relations avec ce dernier. Néanmoins, la preuve d'un état de danger actuel et imminent pour la personne du mineur¹²⁸⁷ peut exonérer le prévenu de sa responsabilité et justifier son refus de représentation

S'agissant ensuite de l'infraction de soustraction de mineur, elle nécessite – contrairement au délit de non-représentation d'enfant – un acte positif. Dans un premier temps, l'acte de soustraction par ascendant peut être entendu du détournement du mineur de la garde de la personne à qui elle a été confiée légalement ou par décision de justice. Mais, peut aussi être pris en compte le défaut de représentation de l'enfant à l'endroit où il a sa résidence habituelle¹²⁸⁸. Dès lors, on le voit, l'infraction de soustraction d'enfant par ascendant et l'infraction de non-représentation d'enfant précédemment étudiée, décrivent des situations voisines ; de sorte que, la qualification adéquate sera déterminée par les juges en fonction de la casuistique¹²⁸⁹.

Cette infraction suppose encore un acte positif de déplacement, puisque la soustraction nécessite un transport de l'enfant en dehors de son lieu de résidence habituelle ou un départ volontaire de ce dernier de son domicile habituel. Peu importe, par ailleurs, que l'enfant ait été détourné dans un lieu autre que ceux indiqués dans le texte. Ce lieu peut être le domicile des parents, des grands-parents de l'enfant, mais également d'un ami ou encore une colonie de vacance selon la doctrine¹²⁹⁰. De plus, en l'absence de précision textuelle, l'ascendant peut très bien avoir recours à la fraude ou à la violence, peu importe qu'elle ait été exercée sur le mineur ou sur les personnes auxquelles il était confié. Or, le cas échéant, nous serions en présence d'un concours de qualification entre l'infraction de soustraction d'enfant et celle

¹²⁸⁵ Cass. crim. 29 avril 1976, pourvoi n° 75-93.024, *RSC* 1976.974, obs. G. Levasseur.

¹²⁸⁶ A. Vitu, *Droit pénal spécial*, tome 1, Cujas, coll. *Traité de droit criminel*, 1^{ère} éd., 1982, n°2165.

¹²⁸⁷ Cass. crim., 3 septembre 1996, Bull. crim. n° 311, *RSC* 1997. 103, obs. Y. Mayaud.

¹²⁸⁸ M.- L., Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, n° 709 ; V. aussi Pau, 13 octobre 2011, *JCP* 2011. 2554, obs. B. Sayous, relativement à la personne qui recueille le mineur en fugue à son domicile, sans aucune violence ni fraude, pendant plusieurs semaines sans en aviser ses parents.

¹²⁸⁹ G. Roujou de Boubée, J. Francillon, B. Bouloc et Y. Mayaud, *Code pénal commenté article par article. Livres I à IV*, Dalloz, 1996, p. 462.

¹²⁹⁰ J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Paris, éditions Cujas, 2014, n° 636.

d'enlèvement et de séquestration (article 224-1 du code pénal). Mais, il semble ici que la règle *speciala generalibus derogant* doive trouver à s'appliquer¹²⁹¹.

Dans un second temps, la soustraction commise par une personne autre que l'ascendant présente des similitudes avec son devancier, hormis quelques exceptions. En effet, contrairement au cas précédent, la soustraction telle que définie par l'article 227-8 n'est pas accompagnée de fraude ou de violence. Dans le cas contraire, ce sont les infractions de droit commun d'enlèvement et de séquestration qui trouvent à s'appliquer aux faits. La minorité de la victime n'est alors plus une condition préalable de l'infraction, mais devient une circonstance d'aggravation de l'infraction posée à l'article 224-5 du code pénal. Par conséquent, la constitution de l'infraction prévue à l'article 227-8, exige que l'agent ait fait appel à une séduction afin d'amener l'enfant à quitter son domicile habituel, sans pour autant que cette séduction relève uniquement de l'existence de relations sexuelles entre le mineur et l'auteur¹²⁹². De plus, le détournement doit s'inscrire dans le temps. Ainsi, le fait pour un individu de profiter d'une promenade en voiture pour avoir des relations sexuelles avec une fille mineure – juste le nombre d'heures nécessaires à la consommation de celles-ci – n'est pas de nature à constituer une soustraction durable¹²⁹³, portant atteinte aux droits de garde des parents sur l'enfant. La jurisprudence exige donc de manière fréquente que le déplacement ait duré « un certain temps »¹²⁹⁴. A la lecture de l'article 227-9 du code pénal, la rétention du mineur hors de l'autorité des personnes qui ont le droit de le réclamer, pendant une durée de cinq jours, est un élément d'aggravation des faits de soustraction. Il est possible d'en conclure que la durée de soustraction doit se compter en terme de jours écoulés, un à deux jours devant être suffisants pour entrer en voie de répression.

Troisièmement, les infractions de non-représentation et de soustraction de mineur sont intentionnelles. La première implique chez l'auteur, « *la conscience et la volonté de se soustraire à l'autorité de la loi ou de la justice quant à l'exercice des droits de garde et de*

¹²⁹¹ V. Malabat, *Droit pénal spécial*, 7^{ème} éd., Hypercours Dalloz, 2015, n° 694 ; pour la thèse du cumul d'infractions, V. J. Pradel et M. Danti-Juan, *op. cit.*, n° 636.

¹²⁹² Pour plus de précisions, V. A. Gouttenoire, « Atteinte à l'autorité parentale », *Rép. pén.* 2003, n°63, (actualisation en 2012).

¹²⁹³ Cass. crim. 3 février 1972, Bull. crim. n° 45, RSC 1972.882, obs. G. Levasseur.

¹²⁹⁴ V. par ex. Cass. crim., 24 juillet 1957, S. 1958. 1, note L. Huguéney.

visite »¹²⁹⁵. A, par exemple, l'intention de commettre ce délit, la mère qui produit un faux certificat médical assurant que l'enfant ne peut quitter sa résidence habituelle pour cause de maladie¹²⁹⁶. Cependant, lorsque c'est par erreur que le parent a cru à bon droit devoir refuser de représenter l'enfant à son ex-compagnon, il échappe à la répression¹²⁹⁷.

La seconde infraction, qu'elle soit commise par l'ascendant ou par un tiers, nécessite une conscience et une volonté de détournement du mineur de l'autorité des personnes à qui il a été confié. De manière logique, si l'erreur sur l'âge du mineur permet à un tiers de s'exonérer de sa responsabilité¹²⁹⁸, il semble plus invraisemblable que ce fait justificatif soit invoqué par l'ascendant du mineur.

306. La répression des infractions. – Ces infractions sont des infractions continues, puisqu'elles se poursuivent aussi longtemps que l'auteur persévère dans son refus de représenter l'enfant ou de le soustraire à l'autorité de ses ascendants. L'ascendant, auteur du délit de soustraction d'enfant (article 227- 7 du code pénal) encourra la même peine que celui de la non-représentation d'enfant, à savoir un an et 15 000 euros d'amende. Alors qu'en vertu de l'article 227-8 du même code, le tiers auteur du même comportement se verra puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. De plus, les trois incriminations envisagées voient leurs peines aggravées, si le mineur a été retenu plus de cinq jours par l'auteur des faits considérés ou s'il a été déplacé hors du territoire français¹²⁹⁹. Il en va de même lorsque les faits d'enlèvement ont été commis par une personne déchu de l'autorité parentale¹³⁰⁰.

2) L'action du droit pénal soumise à une identité familiale forte

307. La prise en compte d'un sentiment d'appartenance au groupe familial en droit pénal. – D'un point de vue sociologique, les seuls liens contractuels coexistant entre plusieurs individus ne suffisent pas à maintenir unie une communauté. Cette dernière requiert en effet

¹²⁹⁵ J. Pradel et M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Paris, éditions Cujas, 2014, n° 658.

¹²⁹⁶ Cass. crim. 28 novembre 1973, Bull. crim. n° 444, *RSC* 1974.367, obs. G. Levasseur.

¹²⁹⁷ Douai, 26 septembre 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. 60, obs. M. Véron (une mère qui reçoit une interprétation erronée des conditions de la décision de la part d'un avocat).

¹²⁹⁸ Cass. crim., 6 novembre 1963, *JCP* 1963. II. 13463, note J. Larguier.

¹²⁹⁹ Art. 227-9, 1° et 2° C. pén.

¹³⁰⁰ Art. 227-10 C. pén.

pour sa pérennité la subsistance de corps intermédiaires, encore appelés dès le XIX^{ème} siècle, des *institutions*¹³⁰¹. Ainsi, cet état de fait peut être synthétisé à travers l'équation suivante : « Individus + appartenance à un groupe intermédiaire = création du lien social ». Un auteur exprimait cette réalité par le concept de l'« *intégration par nature* » de l'individu dans un ensemble plus général¹³⁰². Dès lors, dès sa conception, l'individu doit appartenir à une entité le surpassant, imposée ou choisie¹³⁰³. Or, malgré les chambardements contemporains touchant à la structure et aux relations familiales, l'institution familiale est le corps primaire d'appartenance de l'individu. Cette conception sociologique de l'appartenance à l'institution familiale se retrouve également en droit pénal¹³⁰⁴ quant à la préservation du mineur du délaissement.

308. Le sort du mineur désormais rattaché à celui de la famille dans le Code pénal. –

L'État a l'obligation d'assurer la protection de ses ressortissants mineurs. Cette exigence simple est tirée, notamment, de l'article 19 de la Convention Internationale des droits de l'enfant de 1989 disposant que « *les états parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées, pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteintes ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements [...] pendant qu'il est sous la garde de ses parents, de son représentant légal ou de toute autre personne à qui il est confié* ». Cette exigence justifie donc que soit réprimée pénalement toute atteinte au mineur, qu'elle émane de son ascendant ou d'un tiers. Mais, cette préservation des intérêts de l'enfant n'est pas nouvelle. Ainsi, s'agissant du délaissement – antérieurement déjà – le droit pénal interne sanctionnait ce comportement à l'article 349 ancien du code pénal de 1810.

Initialement, était incriminé aux termes de cet article, « *le fait d'exposer, de faire exposer ou de délaisser ou de faire délaisser, en un lieu solitaire un enfant ou un incapable, hors d'état*

¹³⁰¹ C. Cicchelli-Pugeault et V. Cicchelli, *Les théories sociologiques de la famille*, Paris, La Découverte, 1998, p. 39.

¹³⁰² E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 206.

¹³⁰³ Pour une étude intéressante du sentiment d'appartenance, V. A. Duc Marwood, « Si je t'appartiens, m'appartiens-tu ? Le sentiment d'appartenance au cours de la vie », *Thérapie Familiale*, n°1/ vol. 36, 2015, p. 41-53.

¹³⁰⁴ D'une manière générale, le sentiment d'appartenance est reconnu en droit pénal, notamment lorsqu'il s'agit de protéger l'intégrité de la personne contre une discrimination en raison de son appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion par exemple (art. 225-1 C. pén.).

de se protéger eux-mêmes, à raison de leur état physique ou mental »¹³⁰⁵. Ainsi, le droit pénal protégeait le mineur du délaissement, uniquement en sa qualité de personne vulnérable nécessitant un traitement spécifique. Il fallut attendre le nouveau code pénal¹³⁰⁶ pour que soit dissociée la protection de l'enfant mineur de celle de la personne vulnérable, au titre de la répression du délaissement.

Aujourd'hui, le Code pénal compte d'un côté, une infraction générale de délaissement de la personne hors d'état de se protéger (article 223-3 du code pénal) et d'un autre, plusieurs infractions de délaissement spécifiques aux mineurs (article 227-1 et suivants du code pénal). L'infraction générale de l'article 223-3 du code pénal se rapproche sensiblement de l'ancienne rédaction de l'article 349 abrogé. Le texte vise l'abandon, en un lieu quelconque, « *d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, de son état physique ou psychique* ». A la lecture de l'article 223-3, l'infraction peut concerner tant la victime mineure que la victime majeure. Le champ d'application de cette nouvelle infraction est plus large que celui de son prédécesseur, qui restreignait la vulnérabilité de la victime majeure à son incapacité civile (tutelle, curatelle) et ne définissait pas plus avant le terme d'« enfant ». Désormais, le texte prend en compte uniquement l'état de vulnérabilité du mineur ou du majeur victime. Pourtant, s'il convient de saluer la neutralité et la simplification code pénal, nous avons démontré plus haut que ce dernier n'assure en réalité qu'une protection relative et inachevée de la personne vulnérable, au titre du délaissement¹³⁰⁷.

À côté de cette infraction générale de délaissement, existent de nouvelles formes autonomes de délaissement de mineur. L'intégration de ces nouveaux comportements délictueux au sein d'un chapitre VII intitulé « *Des atteintes aux mineurs et à la famille* » témoigne d'une volonté législative de matérialiser la nécessaire appartenance du mineur à la cellule familiale, environnement primaire de l'enfant. Et pour cause, la spécificité de ces différentes incriminations – étudiées précédemment¹³⁰⁸ – réside dans leur nette identité familiale. La première de ces infractions autonomes est le délaissement de mineur de quinze ans (article

¹³⁰⁵ Art. 349 ancien du C. pén.

¹³⁰⁶ L'article 349 a été abrogé par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale, *JO* du 23 décembre 1992, art. 372.

¹³⁰⁷ V. *supra*, n°57, pour une étude des disparités de protection entre la personne vulnérable mineure ou majeure et le mineur de quinze ans.

¹³⁰⁸ V. *supra*, n°57 et 158 et s.

227-1) inséré dans une section I « *Du délaissement de mineur* » qui lui est exclusivement consacrée. Également peuvent être assimilées à des formes de délaissement les incriminations d'abandon moral et matériel d'enfant (article 227-17-1), de privation de soins ou d'aliments (article 227-15 et 227-16), de provocation du mineur à la consommation habituelle et excessive d'alcool (article 227-19) – contenues elles dans une section V « *De la mise en péril des mineurs* ».

B. La famille, circonstance de la répression

309. La peine impactée par l'existence du lien familial. – L'appartenance de l'auteur et de la victime à une même famille aura une incidence considérable, non seulement sur la qualification de l'infraction, mais également sur l'aggravation (1) ou l'atténuation (2) de la peine.

1) Une circonstance aggravante

310. Le caractère familial de l'infraction à travers une circonstance aggravante. – L'identité familiale de l'infraction peut participer de sa définition, mais elle peut également découler d'une simple circonstance aggravante. Une fois de plus, cette appartenance familiale a des effets quant à l'adaptation de la règle pénale. La circonstance aggravante familiale, assortissant l'infraction de droit commun, est soit de nature conjugale, soit de nature parentale.

311. La circonstance aggravante de nature conjugale. – Depuis 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, est créée à l'article 132-80 du code pénal, une circonstance aggravante portant sur la qualité de conjoint, concubin ou partenaire lié à la victime par un PACS. Mais, cette circonstance prend également en considération les anciennes relations conjugales ayant existé entre la victime et l'auteur puisqu'elle envisage le cas où les faits seraient commis par l'ex-conjoint, l'ex-concubin ou l'ex-partenaire.

Cependant, encore faut-il, selon l'article 132-80 du code pénal que l'infraction ait été commise en raison des anciennes relations ayant existé entre les parties. La Cour d'appel a rendu une décision fort intéressante à propos de cette condition, le 8 septembre 2008¹³⁰⁹. En l'espèce, un homme et une femme mariés pendant vingt-quatre ans, se séparent. Une fois cette séparation entérinée, la femme embauche son ancien concubin dans l'entreprise qu'elle dirige. Néanmoins, devant l'absentéisme de l'homme, elle décide de le licencier rapidement. Le jour de l'entretien préalable, l'homme lui administre un coup de pied aux fesses qui la fait chuter au sol. Une fois la victime réfugiée dans sa voiture, le prévenu administre un deuxième coup de pied cette fois dans la carrosserie du véhicule.

Alors que le tribunal correctionnel condamnait l'individu pour violences volontaires par conjoint ou concubin ayant entraîné une incapacité de travail inférieure à huit jours commises (article 222-13-6° du code pénal), la Cour d'appel, elle, a estimé que rien ne permettait ici d'affirmer que les violences étaient en relation avec les anciennes relations entretenues par le couple, plutôt qu'avec le licenciement. Dès lors, il convenait selon elle de requalifier l'infraction en simple contravention de violences légères...

La solution retenue par les juges peut laisser l'observateur dubitatif. En effet, si le licenciement semble être la raison immédiate des violences, elle n'en est pas la seule. Or, l'article 132-80 du code pénal, s'il exige que l'infraction soit en relation avec les relations conjugales passées, ne commande pas que ce lien soit **direct et exclusif**. Aussi, les juges auraient dû se demander si placé dans une autre situation plus neutre – c'est-à-dire un entretien de licenciement avec un patron lambda – le prévenu aurait agi de la même façon. Or, il est fort à parier que son comportement aurait été tout autre...

Notons, par ailleurs, que cette condition légale qui tend à justifier la commission de l'infraction par l'auteur, en raison de ses anciennes relations avec la victime, traduit en droit pénal, une reconnaissance du mobile – en principe indifférent – sous la forme d'une circonstance aggravante.

La circonstance aggravante de l'article 132-80 du code pénal, assortit un nombre important

¹³⁰⁹ Toulouse, 3^{ème} ch., 8 septembre 2008, n°07/00566, *Dr. pén.* 2009, comm. 17, obs. M. Véron.

d'infractions de droit commun¹³¹⁰, telles que le meurtre (article 221-4, 9°), l'empoisonnement (article 221-5 alinéa 3), les tortures et actes de barbarie (222-4, 6°). Les violences volontaires et agressions sexuelles également sont punies de sanctions plus lourdes, lorsqu'elles sont commises par le conjoint, concubin ou partenaire¹³¹¹.

De plus, cette circonstance se voit de plus en plus employée par le législateur, en vue de définir les éléments constitutifs même de l'incrimination, selon une technique d'incrimination nouvelle¹³¹².

312. La circonstance aggravante de nature parentale. – La circonstance aggravante peut reposer sur le lien de filiation entre l'auteur et la victime. Deux hypothèses sont alors envisageables : celle où l'ascendant est victime des actes répréhensibles, d'une part, et celle où il est auteur de ces actes, d'autre part.

La question de la victimisation des ascendants a déjà été abordée précédemment : encore considérée comme un phénomène criminel tabou, nous avons vu que les dispositions pénales relatives à cette criminalité n'étaient pas légion¹³¹³. À ce stade des développements, c'est plus précisément à la rédaction de la circonstance aggravante qu'il incombe de prêter attention. Ainsi formulée : « *un ascendant légitime ou naturel ou sur les père et mère adoptifs* », cette circonstance semble particulièrement restrictive eu égard à la personne de l'adoptant. Elle ne vise, en effet, que les « père et mère adoptifs » étonnamment. Non seulement, cet énoncé peu objectif ne reflète plus la conception civile de la famille actuelle, ne serait-ce qu'au regard de la faculté du couple homosexuel marié à adopter désormais un enfant¹³¹⁴. Mais également, elle jure avec la rédaction d'autres circonstances aggravantes, comme celle tenant à la qualité

¹³¹⁰ 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, précise dorénavant qu'en plus des délits et des crimes, la circonstance assortira également les contraventions, V. al. 1^{er} de l'art. 132-80 du C. pén.

¹³¹¹ V. *supra*, n°93 et s. ; par exemple, les agressions sexuelles simples (autres que le viol) sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Commises par le conjoint, le concubin ou le partenaire de la victime, elles seront punies de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, V. art. 222-27 et 222-28, 7° du C. pén.

¹³¹² V. *infra*, n° 325 et s.

¹³¹³ V. *supra*, n°140.

¹³¹⁴ Art. 7 de la Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage au couple de personnes de même sexe modifie l'art. 345-1 C. civ en lui ajoutant un *1° bis*. Ainsi, en vue du maintien des liens avec l'enfant, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est autorisée « *lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard* ».

d'auteur de l'ascendant étudiée ci-dessous, employant l'expression plus neutre d' « ascendant adoptif ». Cela pose un problème d'harmonisation et de cohérence de l'arsenal pénal.

Lorsque l'ascendant est l'agresseur, l'état du droit pénal est tout autre. En effet, contrairement à la criminalité encore méconnue contre les personnes âgées, celle contre les mineurs mobilise la compétence des pouvoirs publics depuis de nombreuses années¹³¹⁵. De ce fait, les actes commis par l'ascendant sont sévèrement réprimés.

Les circonstances aggravantes relatives à la qualité de la victime – le « *mineur de quinze ans* », et à la qualité de l'auteur – l' « *ascendant ou toute autre personne ayant autorité sur le mineur* », assortissent les infractions selon deux modalités : cumulative ou concomitante.

De manière cumulative, le lien familial existant entre l'auteur et la victime ne sera source d'aggravation de la peine que s'agissant du mineur de quinze ans, au détriment de la victime mineure plus âgée. Seule la circonstance décontextualisée de l'état de vulnérabilité de la victime à raison de son âge permettrait de viser le mineur de plus de quinze ans, alors même que l'infraction aurait été perpétrée par l'ascendant de l'adolescent. Pour illustration, les tortures et actes de barbarie seront punis de trente ans de réclusion criminelle¹³¹⁶ lorsqu'elles auront été commises sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur (article 222-3, alinéa 3 du code pénal). Cela se vérifie encore concernant les violences volontaires aggravées (articles 222-8 alinéa 2 et suivants du code pénal).

De manière concomitante, ces circonstances peuvent être prononcées simultanément, mais aussi séparément. Ainsi, l'article 222-4 du code pénal listant les circonstances aggravantes du viol ne cumule pas la qualité d'ascendant de l'auteur et la minorité de quinze ans. Il est donc tout à fait possible de prononcer des peines aggravées pour les faits qui auraient été commis, par l'ascendant, sur son enfant mineur âgé de plus de quinze ans. Mais également, dans l'hypothèse d'un viol imposé par l'ascendant à son enfant de quinze ans, ces deux circonstances pourront valablement être juxtaposées.

¹³¹⁵ A. Bourrat-Gueguen, « Atteintes à l'adulte », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2010-2011, chap. 611, n° 612. 21 : Depuis 1983, des campagnes de sensibilisation sont menées sur les mauvais traitements à enfant, en direction de la population.

¹³¹⁶ Les tortures et actes de barbarie sont punies de quinze ans de réclusion criminelle, V. Art. 222-1 du code pénal.

Cependant, il convient de constater que certaines incriminations ne prévoient pas la circonstance liée à la qualité d'ascendant de l'auteur ; si bien que seule la circonstance relative à la minorité de quinze ans permettrait d'aggraver la sanction. En effet, depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, le crime spécifique d'infanticide a été purement et simplement abrogé¹³¹⁷. Ainsi, concernant les infractions de meurtre (article 221-4 du code pénal) et d'empoisonnement (article 221-5 alinéa 3), aucune circonstance liée à la qualité de l'ascendant n'est posée.

2) Une circonstance atténuante

313. La clémence du juge en présence d'un lien familial entre l'auteur et la victime. –

Si l'existence du lien familial entre l'agresseur et sa victime justifie généralement une aggravation de la sanction pénale, il arrive au contraire qu'elle l'atténue.

Dans cette hypothèse, contrairement aux immunités familiales étudiées ci-après¹³¹⁸, la présence de la famille ne fait pas échapper le fait délictueux au procès pénal. Néanmoins, en raison du lien affectif fort existant entre les protagonistes, le juge pourra faire preuve d'indulgence vis-à-vis de l'auteur. Nous l'avons vu, c'est le cas quant à la répression du crime passionnel par exemple¹³¹⁹. Mais, cela est encore vrai s'agissant de la répression de l'euthanasie, lorsque celui qui a mis fin prématurément aux jours d'un membre de sa famille, a agi par amour et par compassion.

314. L'euthanasie, la notion. – L'euthanasie doit être distinguée du suicide. Si le suicide consiste pour une personne à se donner elle-même la mort, l'euthanasie, elle, implique l'intervention d'un tiers. Cependant, elle ne peut être confondue avec l'aide au suicide. Bien que cette aide soit apportée par un tiers, son rôle n'est qu'intermédiaire puisqu'il se contente d'aider le malade à mettre – lui-même – fin à sa vie. Dès lors, on perçoit la difficile tâche qu'est de définir l'euthanasie.

¹³¹⁷ A. Lepage et H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, Paris, Thémis droit, 2015, p. 50, n° 74 ; J. Larguier, P. Conte et S. Fournier, *Droit pénal spécial*, 15^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 15.

¹³¹⁸ V. *infra*, n°317 et s.

¹³¹⁹ V. *supra*, n°145.

À ce propos, un auteur parlait d'« *obscurité sémantique* »¹³²⁰. En effet, elle n'est pas une notion juridique. Autant dire que l'étude de ce thème n'est pas originellement de l'apanage du juriste et encore moins du pénaliste¹³²¹. Étymologiquement, le mot provient de «*eù*» qui signifie le bien et de «*thanatos*» qui désigne la mort. Aussi, pourrait-on définir l'euthanasie par référence à la «*bonne mort*», à la «*douce mort*»¹³²². Dans son sens premier, elle ne consistait donc pas à donner la mort, mais à garantir, à une personne souffrante, une certaine qualité de vie avant son décès.

Aujourd'hui, le sens de la notion a évolué. L'euthanasie est désormais admise comme l'acte délibéré d'un tiers, qu'il soit médecin ou particulier, tendant à écourter la vie d'une personne gravement malade, en vue de la soulager¹³²³. Deux formes d'euthanasie sont communément distinguées. La première – active – consiste dans l'acte de donner la mort à la personne souffrante. Il pourra par exemple s'agir de l'injection d'une substance mortifère. La deuxième – passive – consiste dans l'interruption des soins et moyens mis en place pour assurer la survie du malade¹³²⁴. Toutefois, s'agissant de cette dernière hypothèse, il ne faudrait pas s'y méprendre. Le terme «*passif*» n'a pas en l'espèce la conception que les pénalistes lui prêtent classiquement. En effet, l'euthanasie ne peut être qu'un acte positif, de sorte qu'une abstention ne peut jamais être constitutive de celle-ci¹³²⁵. À ce titre, il convient de ne pas confondre l'interruption ou arrêt délibéré des soins – caractérisant l'euthanasie – et l'abstention de soins¹³²⁶. En cas d'abstention volontaire de soins garantissant la survie du malade, c'est la qualification de non-assistance à personne en danger (article 223-6 du code pénal) qui sera retenue¹³²⁷.

¹³²⁰ A. Prothais, «*Accompagnement de la fin de vie et droit pénal*», *JCP éd. G.* 2004. I. 130.

¹³²¹ Cette question a davantage été étudiée par les philosophes et les moralistes que par les juristes, V. E. Dunet-Larousse, «*L'euthanasie : signification et qualification au regard du droit pénal*», *RDSS* 1998, p. 265.

¹³²² E. Dunet-Larousse, *op. cit.*, p. 265.

¹³²³ E. Dunet-Larousse, *ibidem.*, p. 266.

¹³²⁴ C. André, «*Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ?*», *RSC* 2004. 43.

¹³²⁵ G. Bousquet, *Contribution à une étude juridique du meurtre en série*, Thèse de doctorat, Université Montpellier, 2011, p. 232 ; N. Aumonier, B. Beignier et Ph. Letellier, *L'euthanasie*, 7^e éd., PUF, coll. Que Sais-je ?, 2016, p. 8 ; C. André, *op. cit.*, p. 43.

¹³²⁶ Pour confirmation, E. Dunet-Larousse, *ibidem.*, p. 268.

¹³²⁷ Néanmoins, concernant le corps médical plus particulièrement, l'obligation d'éviter tout acharnement thérapeutique qui lui incombe, semble faire obstacle à une telle qualification. En effet, dans cette hypothèse, l'abstention de soins supplémentaires lourds s'apparente davantage à un respect de toute personne à mourir paisiblement, V. Art. L. 1110-5-1 du CSP modifié par la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, prévoit que : «*les actes médicaux ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être*

315. L'euthanasie, une répression entre sévérité législative et clémence judiciaire. –

Alors que le législateur fait preuve de sévérité quant à la pénalisation de l'euthanasie, la pratique jurisprudentielle, elle, semble – tel un balancier – consentir à davantage de mansuétude.

En droit pénal français, l'euthanasie ne constitue pas une infraction autonome spécifique, parce que difficilement saisissable d'un point de vue juridique. Afin de pénaliser tout de même l'acte d'euthanasier, la loi pénale a dû prévoir un cadre répressif rigoureux. Ainsi, parce qu'elle porte atteinte à la vie d'autrui, l'euthanasie a été rattachée aux qualifications préexistantes d'homicide volontaire (article 221-1 du code pénal), d'assassinat lorsqu'elle est commise avec préméditation (article 221-3 du code pénal) ou d'empoisonnement (article 221-5 du code pénal). Or, les peines assignées à ces incriminations sont particulièrement sévères. En effet, circonstances aggravantes mises à part, le meurtre et l'empoisonnement sont punis de trente ans de réclusion criminelle et l'assassinat de la réclusion à perpétuité.

En somme, il semble que le législateur pénal s'efforce de réprimer le plus objectivement possible l'euthanasie, en dépit de l'identité de l'auteur et de la victime, ainsi que de la nature des liens qui les unissent. La pénalisation de l'euthanasie se justifie par une indifférence du consentement de la victime à l'acte et une indifférence des mobiles de l'auteur, peu importe – au demeurant – que ces derniers soient légitimes ou honorables.

Le raisonnement des juridictions pénales est diamétralement opposé, puisqu'en effet, c'est la prise en considération de ces éléments qui les pousse à faire preuve d'indulgence dans le prononcé de la peine. Ainsi, la jurisprudence différencie une atteinte ordinaire à la vie, d'une atteinte à la vie infligée en raison d'une euthanasie. Et, en particulier lorsqu'auteur et victime sont liés par des liens familiaux, le traitement judiciaire de l'euthanasie paraît plus complexe, moins mécanique.

suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient » ; Pour une invalidation de la qualification de non-assistance, V. Cass. crim., 3 janvier 1973, « Gatineau », pourvoi n° 17-91.820, Bull. crim. n° 2. En l'espèce, un médecin s'était abstenu de prescrire des soins à une patiente, décédée dans la journée même de son hospitalisation. Les juges estimèrent que le prévenu n'avaient commis aucune faute et que ni le délit de non assistance à personne en péril, ni celui d'homicide involontaire, ne pouvait être retenu contre lui, « *en raison du refus obstiné voire agressif de la femme* ».

Ainsi, fréquemment les Cours d'assises acquittent les responsables d'actes euthanasiques¹³²⁸ ou prononcent à leur rencontre des peines minimales ou symboliques compte tenu de la gravité de l'infraction commise¹³²⁹. Une affaire toute récente et particulièrement médiatisée, atteste de cette clémence de la justice pénale face à l'euthanasie. Laurence Nait Kaoudjt est accusée d'avoir, en 2010 à Saint-Malo, assassiné sa petite fille Méline âgée de huit ans et gravement handicapée, avant d'attenter en vain à sa propre vie. Lors du procès en assises, l'ambiance est lourde. Les jurés ne parviennent pas à déterminer s'il est question d'un véritable assassinat euthanasique désespéré¹³³⁰ commis par une mère pleine d'empathie envers la souffrance de son enfant ou s'il s'agit au contraire d'un infanticide délibéré commis par une mère instable psychologiquement, narcissique et omnipotente¹³³¹. La mère est en effet vue comme une « mère ventriloque qui remplissait sa fille de désirs et de paroles »¹³³². Pourtant – comme souvent en présence d'une espèce aussi délicate – la Cour d'assises fera preuve de prudence et décide de condamner la mère à cinq ans d'emprisonnement avec sursis¹³³³.

Mais, les juges pénaux avaient déjà été plus loin pour excuser l'acte euthanasique, à l'occasion de la célèbre affaire Humbert¹³³⁴. Vincent Humbert était un jeune pompier de vingt-trois ans. À la suite d'un grave accident de la circulation, il est devenu tétraplégique. Il

¹³²⁸ V. J. et A. Pousson, *L'affection et le Droit*, Toulouse, édition du CNRS, 1990, p. 215 ; C. assises Maine-et-Loire, 14 juillet 2006, inédit : M. Morten veille aux côtés de son épouse atteinte d'un cancer incurable. Il décide de mettre fin aux jours de sa femme après un rituel empli de compassion (pétales de roses posées sur le lit d'hôpital, peluche déposée dans les bras de la femme) par injection de tranxène. La famille de l'épouse confirme la volonté de cette dernière de mourir et accorde son pardon à l'accusé. La Cour d'assises acquitte l'intéressé. V. S. Blanchard, « Un mari poursuivi pour l'euthanasie de sa femme est acquitté à Angers », *Le Monde*, 16 juin 2006, p. 12 ; Pour un exemple d'affaire plus ancienne, C. Assises Liège, 5 novembre 1962 : J. Paulus et J. Rozet, *Le procès de la Thalomide*, Ed. Gallimard, Coll. Témoignages, 1963, p. 13 sq. Deux avocats narrent le procès de leur cliente Mme. Coipel épouse Vandeput, accusée d'homicide volontaire sur sa petite fille. L'enfant est né avec de graves malformations (absence de bras et d'avant-bras, embryons de mains fixées directement au buste) dues à la thalidomide médicament ingéré par la mère en début de grossesse. Attristé par la situation de la famille, le médecin fournit à la mère de l'enfant des barbituriques. Tous les accusés furent acquittés en assises.

¹³²⁹ A. Prothais, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP éd. G n° 18*, 2 Mai 2011, doctr. 536, p. 884-885 ; C. assises Yvelines, 15 décembre 2008, inédit : après un premier acquittement en 2008, Mme Debaine mère d'une jeune fille de vingt-sept ans, handicapée physique et moteur, était condamnée en appel à deux ans d'emprisonnement avec sursis pour assassinat. Face aux souffrances de sa fille, elle avait abrégé la vie de cette dernière, avant de tenter de se suicider : V. Agence France Presse (AFP), « Acquittée après avoir tué sa fille handicapée, elle est rejugée », *Le Parisien*, 15 décembre 2008.

¹³³⁰ L'accusée emploie le terme « un geste d'amour » pour qualifier son acte.

¹³³¹ C. assises Ile-et-Vilaine, 15 septembre 2015, inédit : P. Robert-Diard, « Le procès d'une mère entre détresse et toute-puissance », *Le Monde*, 15 septembre 2015.

¹³³² P. Robert-Diard, « Le procès d'une mère entre détresse et toute-puissance », *Le Monde*, 15 septembre 2015 ; S. Durand-Souffland, « Acte d'amour ou meurtre : l'émouvant procès d'une mère qui a tué sa fille handicapée », *Le Figaro*, 14 septembre 2015.

¹³³³ Anonyme, « Assises de Rennes : la mère qui a tué sa fille handicapée n'ira pas en prison », *Le Parisien*, 15 septembre 2014.

¹³³⁴ A. Prothais, « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *op. cit.*, passim.

avait adressé, en vain, à l'ex-Président de la République, Jacques Chirac, une lettre lui demandant de lui octroyer le droit de mourir. À sa demande, sa mère avait injecté dans sa sonde gastrique des barbituriques censés lui donner la mort, sans y parvenir. Le 26 septembre 2003, le docteur Chaussoy administrait au patient du chlorure de potassium et débranchait son respirateur artificiel. La mère et le docteur ont été tous deux placés en examen, pour administration de substances nuisibles pour la première et empoisonnement avec préméditation pour le deuxième. Pourtant, de manière étonnante, le juge d'instruction Anne Morvant a estimé – en vue de motiver son ordonnance de non-lieu – que les intéressés avaient été placés dans une situation de contrainte morale interne tenant notamment à la pression médiatique. Cependant, en ne caractérisant pas plus avant les conditions d'insurmontable et d'imprévisibilité, le juge avait rompu les préceptes jurisprudentiels et doctrinaux traditionnels relativement à l'interprétation stricte de l'article 122-2 du Code pénal.

Dans tous les cas, le bouleversement qu'avait provoqué cette affaire, chez les juristes et les non juristes, était sans précédent. Son retentissement médiatique fut tel qu'elle a amené les pouvoirs publics à débattre en profondeur du bien-fondé d'une dépenalisation de l'euthanasie¹³³⁵.

§2 - La répression contrariée par l'existence d'une famille, la famille-écran

316. La famille-écran. – Il arrive que l'entité familiale vienne contrecarrer l'action du droit pénal. Ainsi, l'existence de relations affectives aura pour effet de cristalliser la

¹³³⁵ Il existait une rupture évidente entre l'opinion, favorable à la légalisation d'un droit de mourir dignement, et la législation interne qui persistait à le pénaliser. En outre, il était reproché au système médical de se préoccuper plus des maladies que des malades, V. L. Puybasset, « Faut-il légaliser l'euthanasie », *D.* 2007. 1328. Or, à partir du moment où la norme sociale et la norme juridique ne sont plus en adéquation, le débat législatif et politique devient inévitable ; Pour un approfondissement, V. les propositions de loi en rapport avec la question de la dépenalisation de l'euthanasie, déposées dès 1978, Sénat, *Proposition de loi n° 301*, relative au droit de vivre sa mort, de H. Caillavet, enregistrée à la Présidence du Sénat le 6 avril 1978 ; Sénat, *Proposition de loi n°215*, relative au droit de mourir dans la dignité, de P. Biarnes, enregistrée à la Présidence du Sénat le 13 février 1997 ; Sénat, *Proposition de loi n°166*, relative au droit de mourir dans la dignité, de P. Biarnes, enregistrée à la Présidence du Sénat le 26 janvier 1999 ; Sur la création d'un Comité consultatif national d'éthique (CCNE), V. Avis n° 63 du Comité consultatif national d'éthique, « Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie », 27 janvier 2000. Il fallut attendre l'adoption de la loi Léonetti, puis de la loi Claeys-Léonetti pour noter certaines avancées dans la prise en charge de la fin de vie, V. Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 dite « Léonetti » relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JO* du 23 avril 2005, p. 7080 ; Loi n°2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie, *JO* du 3 février 2016.

répression et ses conséquences. D'un côté, cela dénote une certaine reconnaissance du groupe – en tant que tel – par le droit pénal, voire son cautionnement. En effet, le droit pénal ne se contente pas de protéger le groupe familial. Il semble également témoigner à son égard de la retenue, un certain respect, voire même un certain soutien. D'un autre côté, nous le verrons, cette intégration pénale du groupe familial n'est pas toujours choisie, mais subie par le droit pénal¹³³⁶. En effet, il convient de garder présent à l'esprit que lorsque l'entité familiale fait écran au droit répressif, elle contribue dans le même temps à priver un ou plusieurs de ses membres d'une protection effective et à renforcer l'agresseur dans son sentiment d'omnipotence.

Ces atteintes à l'action du droit pénal sont qualifiées d'immunités familiales définies comme « *les exceptions à la recevabilité de l'action publique, pour des raisons de décence, tenant aux rapports de parenté ou d'alliance entre l'auteur et la victime de l'infraction* »¹³³⁷. Ces immunités empêchent de sanctionner pénalement les faits¹³³⁸. Cependant, il existe parmi elles des immunités qui consistent à neutraliser la répression et d'autres qui ont seulement pour conséquence d'entraver les poursuites de l'infraction¹³³⁹.

Ainsi, deux mouvements d'intégration de la cellule familiale par la loi pénale sont à dissocier : soit, la première fait purement et simplement obstacle à la deuxième (A); soit, elle entrave ou complique l'action normale de celle-ci (B).

A. La famille, obstacle à la répression

317. Les cas d'immunités familiales neutralisant la répression. – À travers les immunités familiales, s'exprime le respect par le droit pénal, de la cohésion familiale. Les immunités faisant obstacle à la répression même de l'infraction, occupent une catégorie resserrée, se limitant à l'impunité de vol et à ses extensions.

¹³³⁶ V. *Infra*, n° 245 et s.

¹³³⁷ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2014, « Immunité ».

¹³³⁸ C. Mascala, « Escroquerie », *Rép. pén.* 2001, n° 197 (actualisation octobre 2014).

¹³³⁹ Edouard Verny distinguait les « immunités-irresponsabilité » et les « immunités-irrecevabilité », E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 214, n°374.

S'agissant de la première immunité, l'article 311-12 du code pénal prévoit que le vol ne peut donner suite à des poursuites pénales lorsqu'il est commis au sein de la famille. Pendant longtemps, cette impunité était absolue et portait sur tous les biens de la victime, en l'absence de précision textuelle. Depuis 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, cette immunité a été restreinte, car une exception a été ajoutée. Dorénavant, l'alinéa 2 de l'article 311-2 prévoit que lorsque le vol porte sur les moyens de paiement de la victime ou sur les différents documents lui permettant d'attester de son identité, l'immunité devient inefficace et la peine est encourue. En effet, ces objets et moyens sont « *indispensables à la vie quotidienne* » de tout un chacun. Remarquons, toutefois, que le Code pénal ne prévoit aucune aggravation de la peine lorsque ces faits commis par un membre de la famille tomberont finalement sous le coup de la loi pénale. Ainsi, ce vol sera puni de la même façon que celui commis par un inconnu. De plus, toujours à la faveur de la loi du 4 avril 2006, l'immunité a été étendue, selon les mêmes conditions, aux infractions d'extorsion (article 312-9 du code pénal), de chantage (article 312-12 du code pénal), à l'escroquerie (313-3 du code pénal) et à l'abus de confiance (article 314-4 du code pénal).

318. Les personnes concernées par ces immunités. – Les immunités précitées bénéficient à un nombre restreint de personnes. En effet, ne sont intéressés que les ascendants et descendants en ligne directe, et les conjoints à moins qu' « *ils soient séparés de corps ou autorisés à résider séparément* », selon l'article 311-12 du code pénal. On le voit, la conception qu'a le droit pénal de la famille apparaît étroite, au titre des immunités familiales. Mais cela n'a pas toujours été le cas. Ainsi, l'ancien article 380 du code pénal étendait volontiers l'immunité familiale aux veufs, s'agissant des choses ayant appartenues à l'époux décédé, mais également aux alliés du 4^e degré qui avaient commis les vols durant la durée du mariage ou en dehors des périodes où les conjoints vivaient séparément. Cette acception large et exagérée de la cellule familiale a donc été remplacée par une conception plus cohérente et réaliste de cette dernière. Par ailleurs, il convient de remarquer que l'article 311-12 du code pénal ne vise toujours pas les concubins et partenaires pacsés. Cela peut paraître étrange en regard de la refonte du Code pénal dans le sens d'une plus grande tolérance vis-à-vis des

différentes formes de conjugalité. Pourtant, elle peut s'expliquer compte tenu des raisons qui fondent le principe de l'immunité familiale.

319. La justification de l'immunité familiale. – Outre le maintien de l'unité familiale, les immunités visent encore à spécifier l'existence d'une communauté patrimoniale dans la famille¹³⁴⁰, quoique ce constat soit peut-être un peu moins vérifiable aujourd'hui compte tenu du délitement de la cellule familiale comme unité économique. Et ce, en dépit des solidarités intergénérationnelles qui pourraient perdurer au demeurant. Ceci expliquerait en tout cas pour quelles raisons les immunités familiales ne s'appliquent qu'aux ressources patrimoniales de la famille. Cela explique encore que seuls le conjoint puisse bénéficier de l'immunité eu égard aux devoirs patrimoniaux étendus que crée le régime matrimonial entre les conjoints et vis-à-vis des tiers – contrairement au concubinage et au PACS.

Au-delà, la création des immunités familiales a une visée simplificatrice et pratique en droit pénal. En effet, il peut sembler difficile de rapporter l'existence de l'intention lorsqu'un vol ou un abus de confiance est commis dans le cadre familial, à moins que l'infraction ait été accompagnée de violences¹³⁴¹. Ainsi, par exemple, comment différencier le vol, par l'enfant, d'un bijou appartenant à sa mère¹³⁴² par exemple, d'un simple emprunt sans gravité ? En effet, n'oublions pas qu'il est de jurisprudence constante que la soustraction volontaire, même temporaire de la chose à l'insu de son propriétaire est constitutive d'un vol¹³⁴³. De la même façon, le conjoint qui emploierait les ressources du couple destinées à l'achat d'une résidence secondaire pour acquérir un fonds de commerce ne pourrait se voir condamner pour abus de confiance, les salaires et revenus perçus pendant la durée du mariage étant des biens communs. Ainsi, on le voit la répression ne s'adapte pas à tous les litiges familiaux, certains devant être abandonnés à la discrétion des familles. Ainsi le droit pénal souhaite de cette façon préserver la paix des familles en évitant d'attiser des conflits et vieilles rancœurs privées. Toujours dans ce but, il arrive que le bon déroulement des actes de procédures ou de justice soit contrarié par la circonstance familiale.

¹³⁴⁰ E. Verny, *op. cit.*, p. 210, *in fine*.

¹³⁴¹ La preuve de l'intention serait probablement plus simple à rapporter pour le chantage, l'extorsion ou l'escroquerie, le caractère frauduleux de ces délits étant plus marqué.

¹³⁴³ Cass. crim., 3 mars 1959, Gaz. Pal. 1959. I. 272. Il y a soustraction frauduleuse « *lorsque l'appréhension a eu lieu dans des circonstances telles qu'elle révèle l'intention de se comporter, même momentanément, en propriétaire* » de la chose.

B. La famille, frein à la répression

320. L'entrave au droit pénal. – Sans nécessairement faire obstacle à la répression, la famille viendra compliquer la poursuite des infractions. C'est le cas, lorsque le contexte familial entourant la commission de l'infraction, fera obstacle à la réunion de preuves ou s'opposera à la pénalisation même du comportement incriminé.

321. Généralités. – Nous l'avons vu, la criminalité familiale aux formes multiples a cette particularité de ne pas être dénoncée aisément¹³⁴⁴. L'omerta qui règne dès lors autour des violences intrafamiliales conduit à une impunité totale d'actes atroces souvent réitérés. Cette réticence à la révélation de l'horreur propre à la famille tient à l'existence de relations autrement plus complexes et troubles que celles qui ont cours entre des particuliers lambda. Ces relations difficiles à démêler et à rationaliser paralysent considérablement la bonne marche des services de police, de justice et des acteurs sociaux.

322. Les immunités familiales entravant la poursuite des infractions. – Parfois, les pouvoirs publics doivent faire le sacrifice de laisser impunis certains faits pourtant répréhensibles, et portant une atteinte considérable aux intérêts de l'Etat et à l'autorité de la justice pénale. Dans cette hypothèse en effet, les témoins qui auraient permis de faire la lumière sur la commission d'une infraction bénéficient d'un droit de se taire. Ainsi, l'article 434-1 du code pénal, intégré au sein d'une section intitulée « *Des entraves à la saisine de la justice* », prévoit que les parents en ligne directe, les frères et sœurs de l'auteur ou du complice d'un crime n'ont pas l'obligation de le dénoncer. Cette faculté de non-dénonciation est également accordée aux conjoints des membres de la famille énumérés précédemment, mais aussi au conjoint de l'auteur ou du complice de l'infraction, ou à « *la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui* ». Ce dernier cas semble devoir faire allusion au concubinage et au PACS. L'expression « *vivre notoirement en situation maritale* » suppose qu'il existe une exigence de cohabitation entre l'auteur ou complice, et son partenaire ou concubin.

¹³⁴⁴ V. *supra*, n°192.

Toutefois, selon cet article, cette immunité ne joue pas lorsque le crime considéré est commis sur un mineur¹³⁴⁵. Ce faisant, le législateur rappelle ici la hiérarchisation qu'il opère entre l'intérêt de la famille et la solidarité familiale (la valeur sacrifiée) et l'intérêt de l'enfant (la valeur privilégiée).

En revanche, depuis la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, cette immunité ne joue plus lorsque le crime visé constitue un acte terroriste, portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation (article 434-2 du Code pénal).

L'immunité susvisée joue encore, selon les mêmes conditions, s'agissant du recel de criminel (article 434-6 du code pénal), c'est-à-dire le fait de loger, verser des subsides ou de fournir tout autre moyen d'échapper aux poursuites pénales à l'auteur ou au complice d'un crime ou d'un acte de terrorisme. Il en va de même du refus de témoigner au profit d'une personne que l'on sait innocente afin de protéger l'auteur ou le complice, membre de sa famille, prévu par l'article 434-11 du code pénal.

Section II. La dénaturation du droit pénal au contact de la famille

323. La dénaturation comme conséquence de l'adaptation de la matière pénale à la famille. – Au contact de la famille, le droit pénal n'est pas uniquement amené à s'adapter. Il arrive encore qu'il abandonne, à l'occasion de cette adaptation, une part de ses fondements traditionnels. Ainsi, s'il fallait définir plus avant la notion de dénaturation du droit pénal, il s'agirait de la mise à l'épreuve du droit pénal, en l'occurrence au contact du droit de la famille¹³⁴⁶.

324. L'apparition d'incriminations familiales de nouvelle génération. – Il convient de noter une apparition d'incriminations familiales suivant des propriétés nouvelles. Cela ne tient

¹³⁴⁵ Avant la loi du 14 mars 2016, le texte précisait « sur un mineur de quinze ans », V. Art. 45, L. n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

¹³⁴⁶ C. Pomart-Nomdédéo, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *D. actualité*, 9 septembre 2010, étude 20, n°2.

pas tant au caractère récent ou non de ces incriminations, mais davantage à leur technique d'incrimination particulière.

Ainsi, de manière traditionnelle, l'incrimination pénale est marquée par son objectivité. Ainsi, les incriminations ordinaires¹³⁴⁷ ou dites « *incriminations vitales* », « *roulant de loi en loi, depuis le fond des âges* »¹³⁴⁸, telles que le meurtre, les violences, le vol ou l'empoisonnement par exemple, sont décrites selon un précepte infractionnel – c'est-à-dire la partie expressive de l'infraction – formulé de manière impersonnelle. En effet, dans la définition des actes pénalement répréhensibles, les notions d'auteur et de victime doivent être appréciées largement. Aussi, le vol est-il la « *soustraction de la chose d'**autrui*** »¹³⁴⁹, le meurtre, « *le fait de donner la mort à **autrui** volontairement* »¹³⁵⁰ et les violences volontaires, les coups portés et autres actes de violences commis volontairement par « ***toute personne*** »¹³⁵¹. Par conséquent, il importe peu que soit connue l'identité des protagonistes de l'infraction, à condition qu'il soit acquis qu'il s'agit d'au moins deux personnes humaines, l'une ayant causé un dommage matériel, physique, psychique ou mortel à l'autre. Dès lors, ce sont les circonstances aggravantes qui permettent de viser expressément la qualité de la victime ou de l'auteur de l'infraction. Les incriminations de droit commun, telles que les violences volontaires ou les agressions sexuelles, adaptées à la sphère familiale par le biais de la circonstance aggravante prévue à l'article 132-80 du code pénal¹³⁵² n'échappent pas plus à cette règle.

Ce constat de l'objectivité peut encore être fait concernant, des incriminations ancestrales telles que l'abandon pécuniaire de famille, la bigamie, la non-représentation et la soustraction d'enfant, précédemment décrites. Ces incriminations, bien que d'emblée adaptées à la famille, protègent un cadre familial – pris dans son ensemble – rationnel et objectif.

Toutes ces infractions, qui connaissent des réformes législatives successives, sont les composantes d'un système infractionnel « *autopoïétique* »¹³⁵³, c'est-à-dire qui se régénère

¹³⁴⁷ Ces infractions existaient déjà dans le Code pénal de 1810.

¹³⁴⁸ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, p. 399.

¹³⁴⁹ Art. 311-1 du C. pén.

¹³⁵⁰ Art. 221-1 du C. pén.

¹³⁵¹ Dans sa rédaction initiale, anc. art. 309 et s. du C. pén. « *Toute personne qui, volontairement, aura porté des coups ou commis des violences ou voies de fait [...]* ».

¹³⁵² V. *supra*, n° 93 et s.

¹³⁵³ Pour plus de précisions sur la théorie de l'autopoïèse, V. F. J. Varela et H. R. Maturana, « Autopoiesis : The organization of the living », in *Autopoiesis and Cognition*, Reidel, 1973 ; pour une définition de l'autopoïèse, V. F. J. Varela, *Autonomie et connaissance. Essai sur le vivant*, Paris, Le Seuil, 1989, p. 45 ; L. Quéré,

continuellement et en interaction simultanée avec son environnement. D'âge en âge, elles ont vocation à s'appliquer de manière générale au plus grand nombre de cas d'espèces.

Mais, à côté de ces incriminations de portée générale, sont apparues de nouvelles incriminations garantissant une protection plus ciblée, davantage individualisée. Ces nouvelles incriminations, contrairement aux « *incriminations vitales* », vont suivre une technique incriminatoire étrangère au droit pénal. Appelées à s'adapter à un panel de comportements précis – spécifiques – ou à une catégorie de personnes déterminées, ces incriminations répondent davantage à « *un besoin plus contingent de droit pénal, besoin d'ordre né des lassitudes ou des peurs du désordre* »¹³⁵⁴. On assiste donc à une véritable *spécialisation* des incriminations, dans tous les domaines d'intervention du droit pénal ; et en particulier dans celui qui intéresse cette étude : le domaine familial. Aussi, est-il possible d'observer l'essor d'une nouvelle génération d'incriminations familiales qui se singularise quant à leur conception même. Dorénavant, la qualité première recherchée à travers la création d'incrimination est celle de l'*adaptabilité* à outrance.

Ces incriminations suivent à la fois une technique d'incrimination (§1) un raisonnement d'incrimination (§2), atypiques en droit pénal.

§1 - Une technique d'incrimination atypique en droit pénal

325. Le constat d'une individualisation du droit criminel. – Il existe une tendance contemporaine répandue – fortement dénoncée par la doctrine¹³⁵⁵ – à l' « *individualisation du*

« Présentation », *Réseaux*, vol. 9, n°50, 1991, p. 8 : « *Un système autopoïétique est organisé comme un réseau de processus de production de composants qui a) régénèrent continuellement par leurs transformations et leurs interactions le réseau qui les a produits, et qui b) constituent le système en tant qu'unité concrète dans l'espace où il existe, en spécifiant le domaine topologique où il se réalise comme réseau* ».

¹³⁵⁴ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 399.

¹³⁵⁵ V. Y-J. Ratineau, « La privatisation de la répression pénale », *RSC* 2014. 883 ; X. Pin, « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002. 245 ; J.-B. Thierry, « L'individualisation du droit criminel », *RSC* 2008. 59 ; F. Alt-Maes, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité », *RSC* 2002. 501 ; P. Salvage, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991. 699 ; notamment, s'agissant des écrits sur la sacralisation de la victime, sa réémergence et sa place croissante dans le procès pénal : V. J. Vérin, « Une politique criminelle fondée sur la victimologie et sur l'intérêt des victimes », *RSC* 1981. 895, A. Decocq, « L'avenir funèbre de l'action publique », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, éd. J.-Cl., 1999, p. 781 ; R. Cario, « La justice restaurative : Vers un nouveau modèle de Justice pénale ? », *AJ pénal* 2007, p. 373 ; R. Cario, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 4^e éd., L'Harmattan, 2012,

droit criminel »¹³⁵⁶ c'est-à-dire « *l'adaptation, non plus seulement de la peine, mais des règles du droit criminel dans leur ensemble, au phénomène délictuel et à ceux qui en sont les acteurs* »¹³⁵⁷. Or ce phénomène d'individualisation impacte en grande partie la création des incriminations pénales actuelles. Ainsi, la sophistication et la diversification de la délinquance ont conduit le législateur à fixer de nouvelles incriminations et peines en vue d'apporter une réponse pénale à des comportements frauduleux jusqu'alors mal appréhendés ou ignorés. Dès lors, en vertu des principes de légalité criminelle posé par l'article 111-3 du Code pénal et d'interprétation stricte de la loi pénale énoncé à l'article 111-4 dudit code, pèsent sur le législateur certaines obligations. Il s'agit de celle de veiller à l'existence d'un texte visant expressément les faits incriminés d'une part, et de celle de produire un texte de qualité, c'est-à-dire clair, accessible et prévisible d'autre part. Ceci permet au juge de l'appliquer efficacement aux cas d'espèces qui lui seront soumis sans avoir à recourir à une interprétation hasardeuse de la loi pénale.

326. Une tendance appliquée aux nouvelles incriminations familiales. – L'individualisation devient la nouvelle méthode d'incrimination choisie par le législateur, s'agissant également des infractions familiales. Celles-ci présentent deux caractères d'originalité en droit pénal : leur vocation souvent illusoire à l'autonomie (A) et leur caractère personnalisable à l'envi (B). Pourtant, bien souvent, une analyse attentive de ces nouvelles propriétés met en évidence les faiblesses et limites de cette technique d'incrimination.

A. Une vocation illusoire à l'autonomie

327. Généralités. – La première caractéristique de ces nouvelles infractions familiales est leur prétention à l'autonomie. En effet, ces incriminations viennent prohiber des comportements qui constituent souvent, ni plus ni moins, qu'une émanation d'une infraction

spéc. p. 18. Idem pour le délinquant, V. quelques exemples de la protection de ses droits et intérêts avec la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *JO* du 25 novembre 2009, p. 20192, spéc. chap. III ; loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *JO* du 15 avril 2011, p. 6610 ; loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JO* du 17 août 2014, p. 13647.

¹³⁵⁶ V. J.-B. Thierry, *op. cit.*, passim.

¹³⁵⁷ J.-B. Thierry, *Ibidem*, p. 60.

de droit commun préexistante. Mais, afin de signifier l'importance de la valeur qu'elles protègent, le législateur décide de les ériger en infractions indépendantes, plutôt qu'en simple circonstance aggravante. Toutefois, la méthode d'incrimination employée semble confuse et aboutit souvent à certaines maladroites et contradictions dans la conception des infractions. Une incrimination familiale nouvelle fournit une illustration probante de cette première caractéristique, la liste n'étant pas exhaustive. Il s'agit du harcèlement moral au sein du couple.

328. Illustrations : le harcèlement moral au sein du couple, une incrimination hybride.

– La nouvelle incrimination de harcèlement moral au sein du couple, insérée à l'article 222-33-2-1 du Code pénal par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010, a déjà fait l'objet d'une présentation succincte dans les développements précédents. Elle interpelle par sa technique d'incrimination. En effet, le législateur – tel un « patchwork » – semble lui avoir attribué, d'une part, les éléments constitutifs de l'infraction générique de harcèlement moral, et d'autre part, le régime de l'incrimination des violences volontaires.

S'agissant tout d'abord de ses éléments constitutifs, le harcèlement moral au sein du couple s'inspire matériellement du harcèlement moral de droit commun (article 222-33-2 du code pénal), envisagé précédemment¹³⁵⁸. Ainsi, tous deux supposent pour leur caractérisation une répétition des « propos ou comportements ». Il s'agit ainsi de deux infractions continues. Néanmoins, les actes de harcèlement n'ont pas à être réitérés, car cela impliquerait qu'ils seraient nécessairement de nature identiques¹³⁵⁹ et réduirait, par conséquent, l'étendue des agissements incriminés. Il est donc uniquement exigé que ces agissements soient insistants¹³⁶⁰.

De plus, ces deux incriminations doivent avoir pour conséquence une dégradation, des « conditions de travail » du salarié pour le harcèlement moral, et des « conditions de vie » du conjoint pour le harcèlement moral au sein du couple. Plus précisément, les textes de ces deux incriminations précisent à l'identique que le harcèlement – qu'il ait un contexte salarial ou au

¹³⁵⁸ V. *supra*, n°102.

¹³⁵⁹ V. Malabat, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2015, p. 279, n° 524.

¹³⁶⁰ T. Garé, *Droit pénal spécial. Personnes et biens*, Tome 1, 3^{ème} éd., Belgique, Larcier, 2014, p. 146.

conjugal – doit avoir « *pour objet ou pour effet* » la dégradation. En somme, ces deux infractions sont à la fois formelles et matérielles¹³⁶¹.

Une difficulté d'ordre probatoire se pose cependant à ce stade. En effet, dans le cas où la dégradation ne serait que l'objet du harcèlement, cela signifierait que sa réalisation effective importe peu. Mais dès lors, comment prouver le dessein du harceleur ? Ici, le législateur fait reposer la caractérisation matérielle des incriminations de harcèlement sur les intentions supposées de l'auteur.

Au demeurant, cela ne semble pas poser de problème s'agissant du harcèlement moral de droit commun, puisqu'en effet, la dégradation doit seulement avoir été « *susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité [du travailleur], d'altérer sa santé physique ou mentale* ». D'ailleurs, nous l'avons précisé plus haut, la simple éventualité que les actes de harcèlement moral aient pu dégrader les conditions de travail suffit¹³⁶². Ainsi, le harcèlement moral générique est une infraction purement formelle.

En revanche, s'agissant du harcèlement moral au sein du couple, la dégradation doit « *[se traduire] par une altération de la santé physique ou mentale de la victime* ». Il faut en conclure que le harcèlement moral au sein du couple est une infraction matérielle exigeant la réalisation effective du dommage. Cela revient à exiger la preuve concrète d'une altération de la santé qui peut (ou ne pas) s'être réalisée¹³⁶³.

Intentionnellement, les infractions de harcèlement sont également semblables. Ce sont des délits intentionnels au sens de l'article 121-3 alinéa 1^{er} du code pénal. L'auteur doit avoir eu la volonté et la conscience de procéder à des actes répétés d'harcèlement, ainsi que la conscience de leur retentissement sur les conditions de vie de la victime. Pour autant il n'est pas nécessaire de démontrer l'intention de nuire¹³⁶⁴ : il suffit que les conditions de vie de la victime aient été effectivement impactées par les actes de l'auteur.

¹³⁶¹ A. Lepage et H. Matsopoulou, *Droit pénal spécial*, Paris, Thémis droit, 2015, p. 253, n°378.

¹³⁶² V. *supra*, n° 102.

¹³⁶³ V. Malabat, *op. cit.*, p. 63, n°126.

¹³⁶⁴ T. Garé, *op. cit.*, p. 148.

En outre, l'emplacement de cette nouvelle incrimination dans le Code pénal, au sein d'une Section intitulée « Du harcèlement moral » et à la suite directe de l'article 222-33-2 du code pénal, ne fait que confirmer cette identité infractionnelle.

Mais, s'agissant ensuite de la répression du harcèlement moral au sein du couple, elle ne présente que très peu de similitudes avec les incriminations de droit commun de harcèlement moral et de harcèlement sexuel. En effet, alors que les textes d'incrimination de ces harcèlements ne prévoient qu'une peine unique, celui du harcèlement moral intraconjugal pose différentes sanctions en fonction de la gravité du résultat dommageable. Ainsi, lorsque que le conjoint, concubin, partenaire ou ex aura subi une incapacité totale de travail supérieure à huit jours, le harceleur sera puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Lorsque cette incapacité totale de travail sera inférieure ou égale à huit jours, la peine sera de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Ce qui étonne, en l'occurrence, ce n'est pas tant le fait que le harcèlement moral au sein du couple, soit puni plus durement que le harcèlement moral générique. En effet, les liaisons conjugales actuelles ou anciennes, nous le savons, aggravent les sanctions pénales encourues. En revanche, c'est le fait que le législateur ait calqué le système de gradation de la peine prévue pour les violences volontaires, qui surprend. En effet, les peines susmentionnées ne sont autres que celles encourues, au titre des violences volontaires aggravées par la circonstance de l'article 132-80 du code pénal¹³⁶⁵. En d'autres termes, le législateur a tout simplement fait de cette circonstance aggravante, un élément constitutif du délit de harcèlement moral, en dépit du précepte pénal traditionnel de non confusion des éléments constitutifs et des circonstances aggravantes de l'infraction...

Une précision s'impose, dès lors. En effet, une partie de la doctrine estimait que les actes de harcèlement moral devaient être d'une importance moindre que des actes de violences¹³⁶⁶. Mais, au regard de la nouvelle réforme, il semblerait qu'il faille désormais englober dans les « propos et comportements » de harcèlement moral au sein du couple, les agissements violents. En effet, il ne serait pas logique de punir aussi sévèrement que des violences volontaires, des actes qui seraient de gravité inférieure en réalité.

¹³⁶⁵ Art. 222-12, 6° du C. pén. et art. 222-13, 6° du C. pén.

¹³⁶⁶ A. Bourrat-Gueguen, « Atteintes à l'adulte », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2010-2011, chap. 611, n° 611.80.

329. *Quid* de l'utilité de l'incrimination de harcèlement moral au sein du couple. –

Plusieurs arguments semblent plaider en faveur d'une inutilité¹³⁶⁷ de l'incrimination d'un harcèlement moral au sein du couple. En effet, rappelons-le, la jurisprudence a toujours réprimé les violences psychologiques au titre des violences volontaires¹³⁶⁸. Tout récemment, de plus, le législateur est venu confirmer cette solution jurisprudentielle à l'article 222-14-3 du code pénal. Mais surtout, se pose la question de l'opportunité de la répression d'un harcèlement moral spécifique au couple, si en définitive la sanction encourue pour ce fait est identique à celle des violences volontaires commises précisément dans ce contexte conjugal. Néanmoins, nous considérons comme opportune, la pénalisation d'un comportement de harcèlement moral au sein du couple. En effet, si ces deux incriminations de harcèlement moral intraconjugal et de violences volontaires aggravées ont le même domaine de répression, elles ne renvoient pas pour autant aux mêmes réalités de protection. Ainsi, la qualification pénale de violences volontaires ne permet pas de rendre compte de la répétition et de l'insistance des agissements du conjoint. Ces notions sont, pour leur part, caractéristiques du délit de harcèlement moral. Ainsi, loin de nuire à la force de la loi pénale, l'incrimination d'un harcèlement pénal perpétré par le conjoint prend tout son sens, au regard de la fonction expressive du droit pénal.

330. La proposition d'un harcèlement moral au sein du couple réprimé comme une circonstance aggravante. – Si la répression d'un délit de harcèlement moral propre au couple semble nécessaire, néanmoins l'ériger en une infraction autonome de harcèlement moral spécifique semble moins judicieuse. En effet, un tel comportement pourrait très bien faire l'objet d'une simple circonstance aggravante, assortissant la nouvelle infraction objective de harcèlement moral de l'article 222-33-2-2¹³⁶⁹. Inséré au Code pénal par la loi du 4 août 2014 – postérieurement à l'incrimination de harcèlement moral au sein du couple – le harcèlement moral objectif incrimine « *le fait de harceler une personne par des propos ou comportements 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* ».

¹³⁶⁷ V. Malabat, *ibidem*, p. 63, n° 126.

¹³⁶⁸ V. *supra*, n°100.

¹³⁶⁹ V. *supra*, n° 102.

Nous le voyons, cette incrimination est formulée exactement de la même façon que son homologue attendant aux relations conjugales. Matériellement et intentionnellement, ces infractions se caractérisent de la même manière. S'agissant enfin de leur répression, l'infraction de harcèlement moral objectif est puni moins sévèrement que celui propre au couple. Mais, ils sont tous deux réprimés suivant une gradation de la peine, basée sur la gravité du résultat dommageable. Ainsi, n'ayant causé qu'une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours, le harcèlement moral de l'article 222-33-2-2 sera puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Lorsqu'il aura causé une incapacité totale de travail supérieur à huit jours, qu'il aura été commis à l'encontre d'un mineur de quinze ans, ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité était apparente ou connue de l'auteur, la peine sera portée à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

Nous sommes, par conséquent, là en présence d'un doublon infractionnel volontaire¹³⁷⁰ parfaitement incongru, dont il faut rechercher la source dans la tendance actuelle du législateur à créer des incriminations par analogie, sans plus d'effort de synthèse ou de cohérence.

En somme, il aurait été préférable de rattacher le harcèlement moral au sein du couple, au nouveau délit de harcèlement moral ne visant aucun domaine d'application particulier. Il suffirait, alors, tout simplement que l'incrimination plus générale de harcèlement moral absorbe celle plus spéciale de harcèlement moral spécifique au couple. Ainsi, cette dernière se verrait réprimée, certes, mais en tant que circonstance aggravante et non plus en tant qu'infraction autonome. Cela permettrait de délester, du même coup, la section du Code pénal relative au harcèlement moral, dont le contenu a été augmenté de manière superfétatoire.

B. Un caractère personnalisable à l'envi

331. Généralités. – Au surplus, ces nouvelles incriminations interpellent par leur caractère personnalisable quant aux personnes ou au groupe de personnes visés. Classiquement, la

¹³⁷⁰ V. Malabat, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 155-164.

qualité de l'auteur et/ou de la victime de l'infraction était prise en compte grâce aux circonstances aggravantes. Il s'agissait alors de statuts ou de qualités d'individus, certes particuliers, mais non personnels. Par exemple, il est aisé de comprendre que le mineur âgé de quinze ans ou la personne présentant une particulière vulnérabilité due à son âge ou à son état physique ou psychique, nécessitent une protection particulière. De plus, la minorité est une période de la vie concernant tout individu ; l'état de faiblesse est lui une condition dans laquelle toute personne est potentiellement amenée à se trouver à raison de son âge ou d'un trouble psychologique ou physique temporaire ou non. Egalement la qualité de la victime dépositaire de l'autorité publique ou travaillant dans un établissement d'enseignement – à condition que cette qualité soit apparente ou connue de l'auteur au moment des faits – ne présente pas de caractère personnel. Cependant, progressivement, un mouvement de personnalisation des incriminations pénales classiques est apparu avec l'adoption de circonstances aggravantes portant sur des qualités intrinsèques, propres à la personne même de la victime ou de l'auteur ou relevant de son intimité. C'est le cas par exemple des circonstances aggravantes intégrées au Code pénal par la loi n° 2003-88 du 3 février 2003 *visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe*. Selon ces dispositions, lorsqu'un crime ou un délit auront été commis à l'encontre d'une personne en raison de son appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une race, une religion¹³⁷¹ ou en raison de son orientation ou identité sexuelle¹³⁷², les peines encourues seront aggravées. Cela traduit un véritable catalogage d'auteurs et de victimes qui seront identifiés comme appartenant à un groupe particulier d'individus.

332. L'individualisation d'une l'infraction familiale. – Ce constat va se confirmer dans la sphère familiale par la prise en compte de la situation familiale de l'individu (auteur ou victime) à titre de circonstance aggravante. Le droit pénal affiche une volonté de protection pénale individualisée vis-à-vis des différentes formes conjugales et des choix de vie des justiciables. Il incrimine, ainsi, les actes commis par tout délinquant à l'encontre de son conjoint, concubin ou partenaire pacsé ; peu importe que la relation conjugale soit actuelle ou ancienne en vertu de l'alinéa 2 de l'article 132-80 du code pénal. D'ailleurs, une partie de la

¹³⁷¹ V. Art. 132-76 du C. pén.

¹³⁷² V. Art. 132-77 du C. pén.

doctrine s'accorde à y voir le passage d'un droit pénal de la famille à un droit pénal du couple¹³⁷³. Mais, cette tendance à la personnalisation des incriminations atteint son paroxysme avec les infractions familiales de nouvelle génération.

En effet, au-delà de la prise en compte d'une situation privée afférente à la vie familiale de l'individu, ce qui étonne c'est la mutation de circonstances aggravantes relatives au lien familial en véritable élément constitutif concourant à la définition même de l'incrimination. Il s'agit donc là d'incriminations *sui generis*, spécifiques quant à leur conception législative. C'est le cas du harcèlement moral au sein du couple qui, comme nous l'avons vu à l'instant, ne peut être commis que par le conjoint ou ancien conjoint, le concubin ou ancien concubin, le partenaire lié à la victime par un PACS ou l'ancien partenaire lié à la victime par un PACS. Il est possible de citer d'autres exemples d'infractions *sui generis*, comme la première tentative d'inscription de l'inceste dans le code pénal.

333. Illustration d'incrimination *sui generis* : l'inscription de l'inceste dans le Code pénal une technique d'incrimination obscure. – Nous centrerons ici notre propos uniquement sur la technique d'incrimination employée par le législateur, à l'incrimination de l'inceste. Une première tentative notoire¹³⁷⁴ d'inscription de cette qualification au Code pénal avait déjà été opérée avec l'adoption de la *loi n°2010-121 du 8 février 2010* tendant à inscrire l'inceste dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux¹³⁷⁵. Elle formulait cette qualification comme suit : « *les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute personne, y compris s'il s'agit d'un concubin membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de*

¹³⁷³ P. Maistre Du Chambon, « Quelques considérations sur le droit pénal de la famille », *JCP* éd. G, n°1, 10 janvier 2011, p. 8 ; M. Douchy-Oudot, « Quelle protection contre les violences au sein du couple » *Procédures* 2010, étude 9, passim. Cette expression doctrinale percutante est néanmoins erronée en ce qu'elle préfigure l'autonomie d'un nouveau droit pénal spécial, conduisant au démembrement à outrance de la matière pénale, V. *infra*, n°359 et 360.

¹³⁷⁴ Une proposition de pénalisation expresse de l'inceste, à travers une infraction spécifique en 2004 avait déjà avorté, V. Assemblée nationale, *Proposition de loi n° 1896*, visant à ériger l'inceste en infraction spécifique, de ESTROSI Christian, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 2004.

¹³⁷⁵ 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, *JO* du 9 février 2010, texte n° 1, p. 2265.

droit ou de fait ». De plus, la même définition des actes incestueux était posée s'agissant des atteintes sexuelles sans violence.

Mais, en raison de l'imprécision de la notion de « famille », et plus précisément l'absence de « *désignation des personnes qui doivent être regardées comme membres de la famille* »¹³⁷⁶, la qualification de crimes ou délits incestueux a été abrogée par le Conseil constitutionnel, le 16 septembre 2011¹³⁷⁷ - le législateur ayant méconnu le principe de légalité des délits et des peines. Il ne s'agissait pourtant pas de la seule contradiction au principe de légalité criminelle que contenait cette loi. En effet, la logique d'incrimination employée par ses rédacteurs apparaissait pour le moins obscure.

Or, étonnamment, la nouvelle qualification d'inceste rétablie par la loi susvisée du 14 mars 2016¹³⁷⁸, suit exactement la même méthode¹³⁷⁹. Seule la définition de l'acte incestueux change. Désormais, sont qualifiés d'incestueux les viols, agressions sexuelles (article 222-31-1), et atteintes sexuelles (article 227-27-2-1) commis « *sur la personne d'un mineur par : 1°) Un ascendant, 2°) Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce, 3°) Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait* ».

334. L'état antérieur du droit pénal quant à la pénalisation de l'inceste. – Avant d'analyser la technique d'incrimination de l'inceste, il convient de rappeler succinctement l'état du droit répressif, antérieurement aux récentes réformes précitées.

Contrairement au code civil qui nomme l'inceste au titre des empêchements à mariage¹³⁸⁰, le code pénal se refusait à le désigner explicitement. En effet, dans un souci de respect de la vie privée et de la liberté sexuelle, il a été considéré que les relations incestueuses consommées entre deux personnes majeures et consentantes ne constituaient pas en soi une atteinte à

¹³⁷⁶ Cons. Const. Décision n° 2011-163 *QPC* du 16 septembre 2011, *JO* du 17 septembre 2011, p. 15600, consid. 4. (relative à l'article 222-31-1 du C. pén.) ; Cons. const. Décision n° 2012-222 *QPC* du 17 février 2012, *JO* du 18 février 2012, p. 2846. (relative à l'article 222-27-2 du C. pén.) ; P. Comblès de Nayves (De), « Loi sur l'inceste : peut mieux faire », *Constitutions* 2012. 91.

¹³⁷⁷ Cons. Const. Décision n° 2011-163 *QPC* du 16 septembre 2011, *op. cit.*

¹³⁷⁸ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, *JO* du 15 mars 2016, texte n°1.

¹³⁷⁹ J.-Ph. Guédon, « L'inceste réintroduit dans le Code pénal », *AJ. Pén.* 2016. 165.

¹³⁸⁰ Art. 160 et s. du C. civ.

l'ordre social¹³⁸¹. C'est dire que la circonférence du droit pénal est bien plus restreinte que celle de la morale et que tout ce qui apparaît comme amoral n'est pas pour autant punissable aux yeux de la loi pénale. Toutefois, cela ne signifie guère que le droit pénal ignorait l'inceste. Aussi, notre arsenal pénal offrait-il déjà des outils de répression des pratiques incestueuses, puisque les incriminations sexuelles de droit commun aggravées¹³⁸² sanctionnaient déjà ces faits, lorsqu'ils étaient commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait.

335. La technique d'incrimination : une qualification particulière d'inceste. – Le législateur a bel et bien érigé l'inceste en incrimination pénale, contrairement à ce que prétendait, déjà à l'époque, la circulaire d'application du 9 février 2010¹³⁸³. Celle-ci précisait en effet, dans un souci de clarification, que « *les articles 222-31-1 et 227-27-2-1 [créaient] une forme de « surqualification » d'inceste, qui se superposait aux qualifications et circonstances aggravantes existantes en matière de viols, d'agressions sexuelles et d'atteintes sexuelles, mais ne constituent nullement de nouvelles incriminations [...]* »¹³⁸⁴.

Pourtant, plusieurs éléments semblent plaider en faveur de la thèse contraire. En effet, d'une part, l'article 222-31-1 a été réintroduit dans le Code pénal à la suite des infractions sexuelles autonomes de viol (articles 222-23 et suivants), d'agressions sexuelles sans pénétration (articles 222-27 et suivants) et d'atteintes sexuelles (articles 227-25 et suivants). Il ne s'agissait donc pas d'une simple volonté de définition de l'inceste, démarche qui aurait été davantage compréhensible. En effet, si tel avait été le cas, elle aurait été intégrée de manière logique au début de la section III « Des agressions sexuelles », postérieurement à l'article 222-22 du code pénal qui explicite déjà la notion générale d' « agressions sexuelles ». D'autre part, l'emplacement des articles 222-31-1 et 227-27-2-1, à la suite des infractions sexuelles qu'ils viennent qualifier d'incestueuses – respectivement les viol et agressions sexuelles d'un

¹³⁸¹ M.-L. Rassat, « inceste et droit pénal, *JCP* 1974. I. 2614, n°

¹³⁸² De manière classique, le *quantum* des peines des viols (article 222-24 4° du C. pén.), les agressions sexuelles (article 222-28 4° du C. pén.) et les atteintes sexuelles (227-6 1° du C. pén.) est augmenté « *lorsque [ces infractions] sont commises par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ».

¹³⁸³ Circulaire d'application n° CRIM10-3/E8 – 09.02.2010 du 9 février 2010 présentant des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la 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.

¹³⁸⁴ Circulaire d'application du 9 février 2010, *op. cit.*, n° 2.2 [En ligne : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2010/02/cir_30443.pdf] Consulté en 2012.

côté, les atteintes sexuelles de l'autre – témoigne bien d'un souci de gradation de la part du législateur, l'inceste devant être plus sévèrement réprimé lorsqu'il concernera un viol ou une agression sexuelle, qu'une atteinte sexuelle sans violence.

Au surplus, lorsque le Conseil Constitutionnel a déclaré ces articles contraires à la Constitution en 2010, c'est en rappelant au législateur l'obligation qui lui incombe, en vertu de l'article 34 de la Constitution et du principe de légalité des délits et des peines¹³⁸⁵ « [...] de définir les crimes et délits en des termes suffisamment clairs et précis »¹³⁸⁶. Cela signifie donc que le Conseil également voyait bien dans ces dispositions, des incriminations pénales. Enfin, le raisonnement adopté dans la circulaire précitée apparaissait juridiquement contradictoire, puisque lui-même relève une qualification d'« inceste ». Or, l'opération de qualification pénale consiste justement dans la « détermination de l'infraction, par rattachement du fait en cause à l'infraction définie par la loi »¹³⁸⁷. En l'occurrence, les faits visés par la loi sont la commission de viols, d'agressions sexuelles ou d'atteintes sexuelles sur la victime mineure au sein de sa famille. En conséquence, dès lors que ces actes seront perpétrés par les membres du groupe familial précités, ils seront qualifiés pénalement d'incestueux. Cela revient donc à affirmer que ces articles 222-31-1 et 227-27-2-1 du code pénal créent véritablement trois nouvelles infractions particulières : le viol incestueux, les agressions sexuelles incestueuses et, les atteintes sexuelles incestueuses. Dès lors, affublées de cette qualification d'« actes incestueux », ces infractions deviennent des infractions « qualifiées » - c'est-à-dire des infractions nécessitant une incrimination et une répression nouvelles qui leurs soient propres, à l'instar de l'infraction d'assassinat par exemple¹³⁸⁸. Or tel n'est pas le cas ici puisque les textes considérés ne prévoient pas de sanction particulière, comme nous nous apprêtons à le voir.

¹³⁸⁵ Principe découlant notamment de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

¹³⁸⁶ *Op. cit.*, consid. n°3.

¹³⁸⁷ Gérard Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition, PUF, 2016, « Qualification pénale ».

¹³⁸⁸ L'infraction particulière ou encore nommée « infraction qualifiée » désigne une variante de l'infraction simple, définie selon ses propres éléments constitutifs et sanctionnée selon ses propres peines. Il s'agit par exemple de l'assassinat (art. 221-3 du C. pén.) qui est le meurtre commis avec préméditation. Ces infractions qualifiées pourront parfois être assorties de leurs propres circonstances aggravantes. C'est le cas par exemple du vol en bande organisée (art. 311-9 du C. pén.), V. Maître Eolas, « Un nouvel exemple de malfaçon législative », *Journal d'un avocat*, 8 février 2010 [En ligne : <http://www.maitre-eolas.fr/post/2010/02/08/Un-nouvel-exemple-de-malfa%C3%A7on-l%C3%A9gislative>], Consulté en 2012.

336. L'inceste non conçu comme une incrimination autonome et spécifique. – En nommant expressément l'inceste, les réformes de 2010 et de 2016 viennent affranchir cette qualification pénale particulière, des infractions sexuelles classiques à l'intérieur desquelles elle se voyait auparavant diluée¹³⁸⁹. En revanche, l'inceste n'a jamais été érigé en infraction autonome¹³⁹⁰. En effet, l'établissement d'une infraction autonome suppose d'une part, l'existence d'une incrimination claire et précise – c'est-à-dire la définition du comportement actif ou passif prohibé par la loi et d'autre part, la fixation d'une peine qui lui est propre. Or à cet égard, la qualification d'inceste, telle que définie par les articles 222-31-1 et 227-27-2-1 précités, ne répondait à aucune de ces exigences. Ainsi, concernant la première exigence (la description du comportement incriminé), ces textes ne conçoivent pas l'inceste comme une incrimination uniforme et autonome – mais davantage comme une « *surqualification* »¹³⁹¹. Par conséquent, l'inceste n'est point consacré comme une infraction singulière à part entière. Concernant la deuxième exigence ensuite (la peine) – et c'est celle qui retiendra le plus notre attention tant la technique législative employée ici paraît fantasque – aucune sanction pénale ne vient assortir cette surqualification d'inceste. Ainsi, le législateur n'entend tirer aucune conséquence répressive de cette dernière. L'unique dessein recherché, comme l'indiquait déjà l'intitulé de la loi de 2010, est d'inscrire le terme d'inceste dans le code pénal ; cela pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'adoption de dispositions déclaratives, permettent de prévoir leur application immédiate aux faits commis antérieurement à la loi, qu'il s'agisse de procédures à venir ou en cours. Aussi, comme le précisait la circulaire de 2010, l'objectif de ces dernières n'est-il pas d'aggraver ou de modifier les peines existantes jugées suffisamment graves¹³⁹². Enfin, en nommant expressément l'inceste, la loi tend à favoriser « *une meilleure lisibilité de la valeur protégée* »¹³⁹³ et permet ainsi « *une identification sociologique de la criminalité ou de la délinquance en cause, avec des retombées escomptées pour en*

¹³⁸⁹ G. Delors, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RCS* 2010. 599, n°6.

¹³⁹⁰ Contrairement à la thèse développée par une partie de la doctrine V. G. Delors, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RCS* 2010. 599, n°1 : « *Ainsi, se nourrit, depuis peu, chez le législateur la volonté certes modeste d'ériger l'inceste en infraction autonome. Cette volonté se concrétise par l'accouchement de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur des mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux* » ; S. Lavric, « Publication de la loi sur l'inceste », *D. actualité* du 10 février 2010.

¹³⁹¹ A. Darsonville, « Viol », *Rép. pén.* 2011 (mis à jour en juin 2012), n° 6.

¹³⁹² Circulaire d'application du 9 février 2010, *op. cit.*, n° 4.

¹³⁹³ G. Delors, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RCS* 2010. 599, Introduction.

appréhender les méfaits particuliers sur les victimes »¹³⁹⁴. En d'autres termes, la consécration de l'inceste vise essentiellement à établir des statistiques plus précises du phénomène incestueux¹³⁹⁵, devant induire une meilleure connaissance de celui-ci. Les objectifs poursuivis par la nouvelle loi de 2016 ne diffèrent pas davantage. En somme, voici une surqualification d'inceste relayée au rôle de simple appellation assertive et neutre¹³⁹⁶ à portée purement symbolique¹³⁹⁷.

De ce fait, dépourvue de peines indépendantes, l'inceste ne peut être vu comme une infraction autonome et spécifique. Par conséquent, s'il est à considérer que le législateur lui-même reconnaît l'efficacité du dispositif d'aggravation préexistant des incriminations sexuelles de droit commun, la question de l'utilité pénale réelle d'un tel ajout de dénomination « incestueuse » dans le code pénal se pose. Nul doute que nous sommes ici face à une manière étrange de légiférer. Désincarné de sa fonction expressive, le droit pénal se voit ici instrumentalisé à des fins purement victimologiques¹³⁹⁸.

Bien loin de la préconisation de la Commission européenne incitant à « *un recours raisonnable au droit pénal* »¹³⁹⁹, cette réforme a pour principale retombée d'obscurcir davantage la compréhension du régime des incriminations sexuelles. D'ailleurs, cette qualification d'inceste promet d'être source de bien des tracas quant à son application.

337. Les hypothèses de répression de l'inceste et la nature de la qualification. – En l'absence de sanction pénale, se pose la question de l'application de la nouvelle qualification d'inceste par les juridictions répressives. Pour répondre à cette interrogation, il faut

¹³⁹⁴ Y. Mayaud, « L'inceste dans ...l'illégalité », *RSC* 2011. 830, n°2.

¹³⁹⁵ Il existait dès lors une obligation pour les juridictions de jugement (correctionnelles ou d'assises) et le juge d'instruction de viser expressément la qualification d'inceste dans leurs jugements et ordonnances. Aux assises, la qualification d'inceste devait faire l'objet d'une question spécifique selon l'alinéa 2 abrogé de l'article 356 du C. pr. pén.

¹³⁹⁶ Ph. Bonfils, « 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 », *RSC* 2010. 462, n° 4-5.

¹³⁹⁷ A. Lepage, « Réflexions de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP éd. G* 2010, doctr. 335, n° 14.

¹³⁹⁸ V. *infra*, n° 277.

¹³⁹⁹ Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, Bruxelles, Communication du 20 septembre 2011, p. 7, §2 (en ligne) : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0573:FIN:FR:PDF>.

questionner la nature juridique de cette qualification. Ainsi, deux hypothèses peuvent être retenues.

La première serait d'appréhender l'inceste à travers de trois infractions simples, c'est-à-dire non assorties de circonstances aggravantes. C'est d'ailleurs la thèse qui avait été retenue par certains avocats de la défense, qui voient leur plaidoirie déjà toute assurée¹⁴⁰⁰. En effet, désormais, la circonstance aggravante tenant à l'existence d'un lien familial entre dans la définition même de l'acte incestueux. Dès lors, en vertu du principe en droit pénal de non confusion des éléments constitutifs et des circonstances aggravantes¹⁴⁰¹, la répression de l'acte incestueux ne peut être aggravée par la même circonstance aggravante. De sorte que les peines aggravées des infractions de viol¹⁴⁰², d'agressions¹⁴⁰³ et d'atteintes¹⁴⁰⁴ sexuelles ne seraient guère applicable aux viol, aux agressions et aux atteintes incestueuses.

Autant dire que ces actes incestueux seraient punis au même titre que les infractions simple de viol, d'agressions sexuelles et d'atteintes sexuelles. Une telle solution, on le voit, est peu satisfaisante, voire choquante puisqu'elle aboutirait – en définitive – à punir le viol incestueux de la même manière qu'un viol commis par un illustre inconnu : à savoir quinze ans de réclusion criminelle au lieu de vingt¹⁴⁰⁵. De même, l'atteinte sexuelle qualifiée d'incestueuse qui aurait été commise par un ascendant sur un mineur de quinze ans aurait été punie de seulement cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, c'est-à-dire deux fois moins sévèrement que la même atteinte sexuelle aggravée, cette fois-ci, par la circonstance tenant à la qualité d'ascendant : soit dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. Il s'agirait là d'un véritable non-sens. Cela illustre donc parfaitement la portée contre-productive de cette technique d'incrimination. En effet, si en théorie l'ambition affichée de cette loi était de garantir aux victimes une reconnaissance efficace et de « *prendre en compte*

¹⁴⁰⁰ V. Maître Eolas, « Un nouvel exemple de malfaçon législative », *Journal d'un avocat*, 8 février 2010 [En ligne : <http://www.maitre-eolas.fr/post/2010/02/08/Un-nouvel-exemple-de-malfa%C3%A7on-%C3%A9gislative>], Consulté en avril 2012 ; Maître Mô, « On nous dit rien ... Et parfois on fait bien », *Blog de Maître Mô*, 4 février 2010 [En ligne : <http://maitremo.fr/on-nous-dit-rien-et-parfois-on-fait-bien/>], Consulté en avril 2012.

¹⁴⁰¹ Maître Mô, « On nous dit rien ... Et parfois on fait bien », *Blog de Maître Mô*, 4 février 2010 [En ligne : <http://maitremo.fr/on-nous-dit-rien-et-parfois-on-fait-bien/>], Consulté en avril 2012.

¹⁴⁰² Art. 222-24, 2° et 4° du C. pén.

¹⁴⁰³ Art. 222-28, 2° et 4° du C. pén.

¹⁴⁰⁴ Uniquement s'agissant des atteintes sexuelles sur mineur de quinze ans, V. Art. 227-26 du C. pén.

¹⁴⁰⁵ V. art. 222-23 et 222-24 du C. pén.

la réalité et la spécificité de l'inceste »¹⁴⁰⁶ en cassant un tabou heurtant insidieusement l'intégrité de la société française¹⁴⁰⁷, dans la pratique elle conduit au contraire au prononcé de peines dérisoires compte tenu de la gravité des faits incriminés. Et pour cause, l'inceste est une forme de violence sexuelle à part entière « qui attaque l'identité de l'enfant et sa place au sein de sa famille, et brouille tous ses repères. [Il] détruit la confiance de l'enfant envers ses figures d'attachement fondamentales, et le réduit à un objet sexuel au mépris de ses besoins fondamentaux et dans le déni de sa souffrance »¹⁴⁰⁸. Aussi, il semble illogique que la reconnaissance de la spécificité de cette souffrance ne se traduise pas également dans le quantum de la répression¹⁴⁰⁹.

La deuxième hypothèse, et c'est celle que le législateur a entendu retenir, consisterait à estimer que cette surqualification d'inceste est strictement déclarative et symbolique et qu'elle ne change absolument rien à l'état de la répression des délits et crimes sexuels¹⁴¹⁰. Le juge continuerait donc à appliquer la circonstance aggravante tenant au lien de famille entre l'auteur et la victime et les peines aggravées des incriminations sexuelles de droit commun. Mais, dans ce cas, quelle était donc la nécessité impérieuse justifiant la création de cette qualification particulière d'inceste ? Outre le fait de générer de l'insécurité juridique, cette incrimination rajoute davantage à la part inutile du droit pénal, en introduisant dans le code pénal une qualification redondante et superfétatoire¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁶ Assemblée nationale, *Proposition de loi n° 1538*, visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes, de Marie-Louise Fort, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 mars 2009, exposé des motifs.

¹⁴⁰⁷ Assemblée nationale, Proposition de loi n° 1538, *op. cit.*

¹⁴⁰⁸ M. Salmona, « L'inceste dans le code pénal : une avancée, mais le parcours reste long pour les victimes », *Le Nouvel observateur, Le Plus*, 17 mai 2015, p. 45.

¹⁴⁰⁹ M.-L. Fort, discours prononcé le 26 janvier 2010 par la rapporteure de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration de la République lors de la discussion en deuxième lecture de la proposition de loi sur « la lutte contre l'inceste sur les mineurs », en Assemblée Nationale, Session ordinaire de 2009-2010, [En ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2009-2010/20100112.asp#ANCR20100000019-01120>] : « le dispositif adopté prévoit de consacrer la spécificité de l'inceste en droit pénal, sans aggravation de la peine principale ».

¹⁴¹⁰ V. E. Allain, « Fallait-il faire entrer l'inceste dans le code pénal ? », *Blog. Dalloz*, 5 février 2010, n°5 [En ligne : <http://blog.dalloz.fr/blogdaloz/2010/02/fallait-il-faire-entrer-linceste-dans-le-code-p%C3%A9nal-.html>].

¹⁴¹¹ Y. Mayaud, « L'inceste dans ...l'illégalité », *RSC* 2011. 830, n°2 ; V. Malabat, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 155 sq.

En conclusion, en réintroduisant la qualification d'inceste dans le Code pénal, le législateur s'est contenté d'observer religieusement les critiques formulées par Conseil Constitutionnel, à l'occasion de sa décision du 16 septembre 2011. Ainsi, évitant toute déconvenue, il est venu préciser la définition de l'acte incestueux et les personnes pouvant se rendre coupable de ce chef, sur le foncement d'une liste calquée sur celle des empêchements civils au mariage des articles 161 et suivants du Code civil. Toutefois, il s'est bien gardé de modifier la méthode selon laquelle il inscrivait l'inceste dans les textes, niant ainsi les autres défauts et incohérences du texte, pourtant largement réprouvés par la doctrine.

§2 - Un raisonnement d'incrimination atypique en droit pénal, ou l'opportunisme législatif

338. La ratio legis des incriminations. – La dénaturation du droit pénal porte sur la technique d'incrimination des infractions pénales, mais également sur le détournement de leur *ratio legis*, c'est-à-dire leur logique d'incrimination, leur raison d'être. Or, force est de constater bien souvent, lorsque le droit pénal est mise à l'épreuve du droit de la famille, que l'initiative d'adoption de la *lege ferenda* est polluée par un certain opportunisme législatif.

339. L'opportunisme législatif. – Robert Badinter s'exprimait en ces termes : « Devant la vague émotionnelle que suscite un crime odieux, les femmes et les hommes politiques se sentent interpellés. La réponse la plus simple consiste à dire : faisons une loi pour éviter que cela se reproduise. [...] La multiplication des lois sans chercher à s'assurer de leur efficacité, engendre un désordre législatif préjudiciable. On est entré dans un système où la loi devient un mode de communication politique [...]»¹⁴¹². Ces propos traduisent parfaitement le phénomène d'opportunisme législatif qu'il est possible de déplorer aujourd'hui, conduisant ainsi à une instrumentalisation du droit en général, et du droit pénal en particulier.

D'un point de vue sémantique, l'opportunisme désigne la « *conduite qui se conforme aux opportunités, aux circonstances* »¹⁴¹³ du moment. Ainsi, l'opportunisme législatif pourrait se définir comme l'adaptation du droit criminel aux besoins ponctuels de politique législative. Celle-ci est en effet, « *la partie de la science législative ayant pour objet de concevoir les fins*

¹⁴¹² Alain Salles, « *Ne pas confondre justice et thérapie* », Propos recueillis de Robert Badinter, *Le Monde*, 8 septembre 2007.

¹⁴¹³ Dictionnaire Littré (à compléter dès que possible)

et les moyens d'une action législative, en vue d'une modification du droit positif, de donner une impulsion au mouvement de la législation, d'orienter les réformes, d'en fixer les objectifs et d'en peser les moyens »¹⁴¹⁴. Toutefois, il arrive que cette politique législative s'exécute au détriment de la discipline pénale, tant elle y aboutit à des résultats étrangers à sa logique propre, lui imposant la protection de valeurs sociales qui devraient lui être étrangères. En effet, le droit pénal ne doit pas devenir un instrument de régulation des comportements individuels puisqu'il n'est point un droit accessoire à la loi morale¹⁴¹⁵. S'il exprime à travers ses incriminations des valeurs sociales à protéger, reflet d'une société donnée à un moment considéré et édictées par d'autres disciplines principales, ce n'est que pour les assortir d'une sanction pénale strictement nécessaire. Ainsi, cette répression ne saurait servir à contenter des intérêts purement opportunistes. Pourtant, la loi pénale se voit assigner la poursuite d'objectifs atypiques en droit pénal : une finalité stratégique (A) et une finalité victimologique (B).

A. Le détournement de la finalité du droit pénal à des fins stratégiques

340. Il convient de constater une instrumentalisation de la règle pénale à des fins purement stratégiques. Cette instrumentalisation se retrouve lorsque le législateur use du droit pénal à des fins faussement pédagogiques (1) ou des fins purement pragmatiques (2).

1) Le détournement à des fins pédagogiques

341. La tentative de responsabilisation du titulaire de l'autorité parentale. – Toutes les fois où le droit pénal est invité – selon la formule éclairée d'un auteur – «*à punir non "ce qui est", mais à définir "ce qui devrait être" dans une logique normative qui devrait [lui] rester étrangère* »¹⁴¹⁶, il se voit inexorablement détourné de sa finalité réelle. Et pour cause, il est un droit d'intervention exceptionnelle puisqu'il tend précisément à limiter l'action intempestive de contrôle et de répression de la puissance publique. Et pour cause, tous les principes

¹⁴¹⁴ G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition, PUF, 2016, « politique législative ».

¹⁴¹⁵ V. *supra*, n°281 et s.

¹⁴¹⁶ E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Lexisnexis, 2014, n°75.

fondamentaux de droit pénal convergent vers cette rationalisation du pouvoir¹⁴¹⁷. Ainsi, traditionnellement cette discipline juridique renferme dans ses propres règles la solution de son autorégulation : elle doit demeurer « *l'ultima ratio de la réaction sociale* »¹⁴¹⁸.

Hélas, pourtant, il est fréquemment cantonné à un rôle de censeur dans la famille. C'est le cas notamment lorsqu'il intervient à des fins purement pédagogiques en particulier auprès des parents, prétendant ainsi leur rappeler de quelle manière éduquer leurs enfants et les obligations qui leur incombent vis-à-vis d'eux. On assiste à l'avènement d'une École des parents par la menace de la répression.

Se pose alors la question de l'opportunité de la répression pénale pour certains des comportements visés. Deux cas d'incriminations peuvent être sélectionnés en guise d'illustrations : la soustraction à l'obligation scolaire (1) et la soustraction à l'obligation d'assiduité scolaire (2). Dans ces deux cas, le droit pénal semble poser une véritable définition de ce que doit être un bon parent.

a) La soustraction à l'obligation scolaire, une incrimination dépourvue d'effectivité

342. Genèse de l'incrimination. – Ce raisonnement d'incrimination en droit pénal, curieux et contestable, n'est pas récent. En effet, en 1998 déjà était créée une incrimination de soustraction à l'obligation scolaire par la loi n°98-1165 du 18 décembre¹⁴¹⁹. L'adoption de ce texte intervient dans un contexte de recrudescence des sectes en France¹⁴²⁰. Le législateur et le politique s'inquiétèrent alors du fait que six mille enfants soient soustraits à une scolarisation dans les écoles de la République et placés sous l'emprise d'une éducation idéologique et sectaire délivrée dans des établissements privés hors contrat ou par leurs propres parents à

¹⁴¹⁷ Le droit pénal est une discipline sage, dont l'enjeu réside dans la conciliation entre le respect des droits et libertés fondamentaux et la répression des comportements contraire à la loi pénale. Ainsi, tendent à limiter le pouvoir de répression de l'Etat, les principes du droit pénal (le principe de légalité criminelle, le principe d'interprétation stricte de la loi, le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères ...) ou les principes directeurs du procès pénal (le droit à un procès équitable, le principe du contradictoire, la présomption d'innocence ...).

¹⁴¹⁸ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°71.

¹⁴¹⁹ Loi n° 98-1165 du 18 décembre 1998, tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire, *JO* du 22 décembre, p. 19348.

¹⁴²⁰ V. La création de l'*Observatoire interministériel sur les sectes*, Décret n° 96-387 du 9 mai 1996, portant création d'un Observatoire interministériel sur les sectes, *JO* du 11 mai 1996, p. 7080, remplacé par la Mission interministérielle de lutte contre les sectes (MILS), Décret n° 98-890 du 7 octobre 1998 instituant une mission interministérielle de lutte contre les sectes, *JO* du 9 octobre 1998, p. 15286.

domicile¹⁴²¹. Sous couvert d'une loi censée garantir à tous les enfants vivant en France un épanouissement par l'instruction, se cache en réalité une volonté de contrôle et de transparence des valeurs fondamentales enseignées sur le territoire de la République et garantissant le maintien de l'ordre public sur celui-ci. Ainsi, selon le rapport parlementaire sur les sectes, «*il était indispensable de renforcer le contrôle de l'enseignement dispensé à ces enfants, pour s'assurer que les valeurs fondatrices de la République, la citoyenneté et la laïcité au premier chef, leur soient bien inculquées*»¹⁴²². Aussi, la lisibilité de la valeur sociale pénalement protégée ici s'en trouve faussée.

De plus, certains auteurs font preuve d'un certain scepticisme à l'égard de cette réforme pénale de l'urgence et y voient «*des dispositions de circonstance adoptées à la va-vite pour, soit disant répondre au problème des sectes*»¹⁴²³. Et pour cause, les députés étaient appelés à approuver rapidement cette loi «*sans modification [bien que] son dispositif puisse être amélioré et l'efficacité des contrôles renforcée*»¹⁴²⁴. Aussi, l'adoption de cette loi pourrait donner le sentiment d'un droit pénal dont l'évolution suivrait celle des actualités et faits divers, faute d'une politique pénale réfléchie.

343. Une immixtion orchestrée dans l'intimité familiale. – L'incrimination du manquement à l'obligation scolaire est révélatrice d'une certaine méfiance du législateur eu égard à la famille. Rappelons en effet que le contrôle de la scolarisation de l'enfant «*prioritairement*»¹⁴²⁵ dans des établissements d'enseignement vient en contradiction du principe de la liberté d'enseignement – corollaire de la liberté de conscience – à valeur constitutionnelle¹⁴²⁶. En vertu de celui-ci, les familles conservent le droit de choisir pour

¹⁴²¹ P. Leroy, *La proposition de loi tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire*, Rapport n° 1250 au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Assemblée nationale, 1998, p. 5 [En ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1250.asp>].

¹⁴²² P. Leroy, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴²³ M.L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions des et contres les particuliers*, 6^e éd., Précis, Dalloz, 2011, n°734.

¹⁴²⁴ *Ibidem*, p. 7.

¹⁴²⁵ Selon la formulation des art. L. 131-1-1 du C. éduc. et 227-17-1 du C. pén. Cela implique que l'inscription dans la famille et les écoles privées hors contrat doit rester marginale.

¹⁴²⁶ La liberté d'enseignement est un principe fondamental reconnu par les lois de la République consacré, suite à la liberté d'association (Cons. Const. Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *JO* du 18 juillet 1971, p. 7114), par le Cons. const. Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, «*Loi complémentaire de la loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 relative à la liberté d'enseignement*», *JO* du 25 novembre 1977, p. 5530).

l'éducation de leurs enfants¹⁴²⁷, conformément à leurs convictions et croyances et dans le respect de l'ordre public, les méthodes d'enseignement qui leur semblent adaptées. Ainsi, afin de contourner les blâmes doctrinaux pressentis¹⁴²⁸, le législateur a sciemment choisi de réprimer non pas l'inscription de l'enfant hors d'un établissement public ou privé sous contrat, mais le refus de son inscription suite à une mise en demeure de l'autorité compétente, en vertu de l'article 227-17-1 alinéa 1 du code pénal. Cela signifie que les parents peuvent faire valoir leurs choix éducatifs vis-à-vis de leurs enfants. Néanmoins, toute instruction en famille sera soumise à une obligation de déclaration préalable, en l'absence de laquelle le parent encourt l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe (article R. 131-18 du code de l'éducation nationale). De plus, au moins une fois par an à compter de cette déclaration, le contenu de l'instruction délivrée en famille fera l'objet d'un contrôle de l'autorité compétente en vue de s'assurer qu'il est conforme au droit de l'enfant à l'instruction posé par l'article L. 131-1-1 du même code¹⁴²⁹ (article L. 131-10 alinéa 3 du code de l'éducation). Lorsque l'instruction ne sera pas jugée de qualité, les titulaires de l'autorité parentale seront informés d'un délai dans lequel ils devront fournir leurs explications ou améliorer la situation (alinéa 7 du même article). Ce n'est qu'au terme d'un nouveau délai, dans le cas où les résultats du contrôle seraient encore insatisfaisants, que les parents se verraient contraints par l'autorité, d'inscrire l'enfant dans un établissement privé ou public, de leur choix, sous quinzaine (alinéa 8 du même article).

Dans le cas où les parents auraient choisi d'inscrire leur enfant dans un établissement privé hors contrat dont l'enseignement ne serait pas jugé conforme, les autorités de l'éducation nationale peuvent imposer à ces établissements la modification de leur programme scolaire ou ordonner leur fermeture le cas échéant.

¹⁴²⁷ Cons. const. décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, préc., consid. 4 « Considérant que l'affirmation par le même Préambule de la Constitution de 1946 que "l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat" ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé ».

¹⁴²⁸ V. sur les contraintes posées par le respect du principe de liberté de l'enseignement, J.-C. Carle, *Obligation de scolarité et contrôle de l'obligation scolaire*, Rapport n°504 (1997-1998) au nom de la commission des affaires culturelles, Sénat, 17 juin 1998 (en ligne) : http://www.senat.fr/rap/197-504/197-504_mono.html.

¹⁴²⁹ Ce droit doit garantir à l'enfant, selon cet article, « 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, son sens moral et son esprit critique d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, de partager les valeurs de la République et d'exercer sa citoyenneté ».

Donc on le voit, la puissance publique ne semble pas dépourvue de moyens de coercition probants pour garantir le respect des obligations énoncées par le droit de l'éducation. Dès lors, quelle est ici l'impériosité de l'intervention du droit pénal, dans le domaine particulier qu'est celui de l'éducation de l'enfant ? Le recours au droit pénal semble hélas devenir systématique, la sanction pénale faisant office de moyen de pression pour donner de la crédibilité aux exigences des pouvoirs publics. L'objectif apparaît clairement : il s'agit de prôner une instruction en établissements publics ou privés sous contrat comme modèle-type d'enseignement. Dans tous les cas, cette incrimination illustre parfaitement la restriction considérable des traditionnelles fonctions socialisatrice et éducative de la cellule familiale¹⁴³⁰, qui se voit désormais contrainte de déléguer ces attributions à des institutions étatiques.

344. Eléments constitutifs. – L'article 227-17-1 du code pénal a été par la loi de 1998. Nous n'envisagerons dans le cadre de cette étude que l'alinéa 1^{er} de l'article incriminant le détenteur de l'autorité parentale¹⁴³¹. Ce texte réprime de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende, « *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*¹⁴³² ».

Cette infraction suppose la réunion de trois conditions préalables. Premièrement, le droit pénal intervenant de manière accessoire, l'incrimination implique la violation de l'obligation scolaire prévue à l'article L. 131-1 du Code de l'éducation nationale disposant que « *l'instruction est obligatoire pour les enfants [...] français ou étrangers, entre six et seize ans* ». Deuxièmement, sont considérés comme auteurs du manquement à l'obligation scolaire les personnes exerçant l'autorité parentale, c'est-à-dire les parents de l'enfant, ou en cas de décès ou de défaillance de ceux-ci, la personne physique ou morale à laquelle aura été déléguée l'autorité. Il peut encore s'agir de la personne exerçant l'autorité de fait de façon continue. Il convient de définir succinctement ces notions. S'agissant, tout d'abord, de

¹⁴³⁰ V. *supra*, n° 86 et s.

¹⁴³¹ Le deuxième alinéa vise quant à lui, les directeurs d'établissements privés hors contrat, auteurs du manquement à l'obligation scolaire.

¹⁴³² Par le passé, l'article visait l'inspecteur d'académie. Il a été modifié par le Décret n°2012-16 du 5 janvier 2012 relatif à l'organisation académique, *JO* du 6 janvier 2012, texte n°34. Aujourd'hui, l'autorité de l'Etat compétente mentionnée par le texte est le directeur académique des services de l'éducation nationale agissant par la délégation du recteur d'académie en vertu de l'art. R. 222-24-1 I dudit décret.

l'autorité de fait, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser les contours de la notion. Ainsi, l'autorité de fait ne peut être présumée ; dès lors « énoncer que les faits ont été commis par le grand-oncle de la mineure qui avait autorité sur elle »¹⁴³³ ne suffit pas à caractériser l'exercice d'une telle autorité. Encore faut-il « rechercher les circonstances dans lesquelles [l'auteur] était amené à exercer cette autorité »¹⁴³⁴. L'appréciation de l'existence de l'autorité de fait est une appréciation *in-concreto*. Les circonstances prises en compte peuvent donc tenir à « la cohabitation ou à la position de la personne par rapport à l'enfant ou à la famille »¹⁴³⁵. Dès lors, ce peut-être le conjoint ou le concubin du parent titulaire de l'autorité parentale ou encore les grands-parents résidant avec l'enfant. S'agissant, ensuite, de la notion de continuité, elle suppose que l'autorité de fait ne puisse être exercée de manière sporadique¹⁴³⁶. Dans ce cas d'espèce donc, à défaut d'une communauté de vie avec l'enfant, l'autorité de fait ne semble pas pouvoir être établie, quand bien même il s'agirait d'un membre ou d'un ami de la famille. Ainsi, le visiteur occasionnel de la famille, en l'absence de cette cohabitation est dépourvue de toute autorité de fait sur l'enfant¹⁴³⁷.

Troisièmement, comme cela a déjà été développé, les poursuites pénales nécessitent une mise en demeure préalable de l'autorité compétente infructueuse.

Concernant l'élément matériel, les différentes conditions de procédure ayant déjà été détaillées auparavant, il importe de préciser que le délit vient sanctionner le refus de l'auteur d'inscrire l'enfant de six à seize ans, dans un établissement d'enseignement public ou privé, en dépit de l'injonction de l'autorité de l'État compétente.

De plus, l'article 227-17-1 du code pénal vise, selon une formule qui se veut flexible et subjective, mais également imprécise, l'absence d'« excuse valable » des parents justifiant le manquement à l'obligation scolaire. En l'absence de précision textuelle, il semble que le caractère valable ou non de cette excuse doive s'apprécier au cas par cas. Toutefois, l'article 131-10 alinéa 1^{er} du code de l'éducation semble apporter quelques indications sur ces motifs

¹⁴³³ Cass. crim., 4 février 2004, *pourvoi n° 03-82.845*, JCP éd. G 2004.IV.1657.

¹⁴³⁴ Cass. crim., 4 février 2004, *op. cit.*

¹⁴³⁵ A. Bourrat-Gueguen, « Atteintes à l'enfant : la maltraitance à enfant », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2010-2011, chap. 612, n° 612-83.

¹⁴³⁶ La Chambre criminelle a pourtant retenu une solution différente s'agissant de faits de viol aggravé sur mineur par personne ayant autorité de fait : V. Cass. crim., 3 septembre 2008, *pourvoi n° 08-84.092* : « En l'absence même momentanée de leurs grands-parents ou des parents, l'oncle seul adulte, exerçait de fait une autorité sur ses jeunes neveu et nièce ».

¹⁴³⁷ Cass. crim., 1^{er} février 2006, JCP 2006. IV. 3324.

d'excuse, à savoir l'état de santé de l'enfant ou les conditions de vie de la famille (une famille amenée à se déplacer souvent).

Enfin, en l'absence de précision textuelle, la soustraction à l'obligation scolaire est un délit intentionnel en vertu de l'article 121-3 alinéa 1 du code pénal. Son élément moral consiste dans la volonté de ne pas inscrire l'enfant dans un établissement d'enseignement agréé malgré la mise en demeure. Par ailleurs, la preuve de la connaissance par les intéressés de l'injonction administrative se trouve facilitée par la nature juridique probante de l'acte de mise en demeure.

345. Une redondance de qualifications pénales. – Un auteur faisait remarquer à juste titre qu' « [...] *une surabondance de prévisions textuelles ne constituait pas une garantie d'application* »¹⁴³⁸. Bien au contraire, créatrice d'insécurité juridique, cette surabondance nuit à la clarté de la loi pénale, lorsque les mêmes faits se retrouvent incriminés sous des qualifications pénales différentes.

L'incrimination de soustraction à l'obligation scolaire de l'article 227-17 du code pénal pourrait être confondue avec celle de la soustraction aux obligations légales (article 227-17-1). En effet, cette dernière infraction réprime « *le fait pour le père ou la mère de se soustraire, sans motif légitime*¹⁴³⁹, *à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur* ». Dès lors, le fait pour le parent d'inscrire son enfant dans un établissement d'enseignement non agréé pourrait recevoir deux qualifications pénales distinctes : un abandon de l'enfant quant à son éducation, d'un côté ; et un refus de scolarisation suite à une mise en demeure. D'ailleurs, la Cour de cassation a eu l'occasion de retenir la responsabilité pénale d'un couple, pour abandon moral ou matériel, en raison de la scolarisation de leur enfant de six ans et demi dans une école dirigée par les adeptes d'une secte indienne, le « Sahaja Yoga ». Les juges ont estimé, qu'en agissant de la sorte, les parents avaient compromis, par manque de direction nécessaire, la sécurité et la santé de l'enfant en l'envoyant « *à plusieurs milliers de kilomètres dans une contrée difficile et éprouvée* »¹⁴⁴⁰. Dès lors, on se trouve face à un concours réel d'infractions¹⁴⁴¹. Or, cela

¹⁴³⁸ M.-C. Sordino, « Flux et reflux du droit pénal au sein du droit des affaires », *Gaz. Pal.* 2008, p. 3.

¹⁴³⁹ Cette formulation rappelle étrangement celle de l'art. 2227-17 « *sans excuse valable* ».

¹⁴⁴⁰ Cass. crim. 11 juillet 1994, n° 93-81. 881, *JCP* 1995. II. 22441, note Eudier.

aurait un impact sur le quantum la peine, puisque lorsque les peines sont de même nature, le juge ne pourra prononcer qu'une seule dans la limite du maximum légal le plus élevé¹⁴⁴². Ainsi dans notre cas de figure, cela reviendrait à retenir la sanction plus sévère de l'infraction de soustraction aux obligations légales, à savoir deux ans d'emprisonnement et 30 000 d'amende. Cet exemple donne à apprécier les travers d'un raisonnement d'incrimination approximatif. Outre, une atténuation de l'harmonie de la discipline pénale due à la création de qualifications sensiblement proches l'une de l'autre, le législateur fait produire à la loi pénale des effets diamétralement opposés au résultat escompté. En effet, en présence d'un concours réel d'infractions, la spécificité de l'incrimination de soustraction à l'obligation scolaire, ainsi que l'importance de la valeur sociale protégée, seraient considérablement diluées. De même, le justiciable qui souhaiterait simplement inculquer à sa progéniture des enseignements et valeurs auxquelles il a foi, pourrait encourir une peine démesurée et inadaptée au regard des faits. Mais fort heureusement, il semblerait que la jurisprudence ait opté pour l'application de l'adage *speciala generalibus derogant*. Ainsi, la qualification pénale spéciale de soustraction à l'obligation scolaire primerait sur la qualification générale de soustraction aux obligations légales¹⁴⁴³. D'ailleurs, l'exigence d'une mise en demeure de la première infraction marque encore davantage son caractère spécifique.

346. *Quid de l'opportunité de la répression ?* – La répression de l'incrimination de l'article 227-17-1 du code pénal suit un régime particulier compte tenu de la nature de celle-ci. En effet, l'élément matériel de cette infraction ne consiste pas dans le fait de ne pas scolariser le mineur. Dans ce cas, en effet, le simple constat de l'absence de scolarisation suffirait à consommer le délit ; ce qui en ferait une infraction instantanée. Ici, ce qui est réprimé c'est véritablement le refus de l'auteur d'inscrire le mineur dans un établissement agréé suite à une mise en demeure. Cela implique, donc, que l'activité délictueuse durera tant

¹⁴⁴¹ P. Pédrón, « Infraction à l'obligation scolaire », *JCl. pén.* 2009, fasc. 20, n° 41.

¹⁴⁴² Sur le concours réel d'infractions V. P. Salvage, « Concours d'infractions. Le concours réel d'infractions », *J.-Cl. pén.* 2010, fasc. 30, n° 15 (mise à jour en juillet 2015).

¹⁴⁴³ Toulouse, 19 juin 2003, JurisData n° 2003-220457 ; *JCl pén.* 2009, fasc. 20, Pédrón ; *Dr. fam.* 2003, comm. 136, obs. Lamy : cas de manquements graves à la scolarisation, en dépit d'une mesure d'assistance éducative et deux signalements académiques. La Cour d'appel incrimine les parents sur le fondement de l'article 227-17 considérant cette qualification plus adaptée à la situation. Cependant, dans ce cas la menace sectaire était inexistante puisque les parents avaient simplement décidé de déscolariser leurs enfants aux motifs qu'ils n'apprenaient rien et qu'ils étaient victimes de violences. Nous sommes donc bien loin de la finalité initiale, de lutte contre les sectes, de cette incrimination...

que perdurera ce refus. Ainsi, « *les éléments constitutifs de l'infraction sont réitérés à chaque instant pendant une certaine durée, sous l'impulsion constante de la volonté de son auteur* »¹⁴⁴⁴. Il s'agit en somme d'une infraction continue. Or, cela aura un effet sur le point de départ de la prescription de l'action publique : pour les infractions continues, le délai de prescription commence à courir au jour où la situation délictueuse cesse¹⁴⁴⁵. Dans le cas de la soustraction à l'obligation de scolarité, cela correspond au jour où prend fin le manquement ; donc concrètement au jour de l'inscription du mineur.

Dès lors, comment justifier l'utilité pratique de la répression. Deux thèses sont à considérer. Premièrement, il est possible de défendre celle selon laquelle le non-respect seul de la mise en demeure administrative préalable suffit à justifier la peine. Dans ce cas alors la répression vise uniquement à asseoir un contrôle purement institutionnel. Deuxièmement, il est louable de revenir à la thèse traditionnelle selon laquelle l'intervention du droit pénal se justifie par la répression d'un trouble à l'ordre public. Dans cette dernière hypothèse et à partir du moment où la contrariété à l'ordre public n'existe plus, se pose la question de l'opportunité de la répression s'agissant du délit de soustraction à l'obligation de scolarité¹⁴⁴⁶. Il semble que la peine ait surtout ici un but d'intimidation, sans réel intérêt pénal pratique.

b) L'extension de l'application du droit pénal à la soustraction à l'obligation d'assiduité scolaire

347. Une incrimination apparentée à la soustraction à l'obligation scolaire. – L'instrumentalisation du droit pénal semble se généraliser et se décliner à toutes les situations de défaillance parentale. La contravention de soustraction à l'obligation d'assiduité scolaire posée par l'article R. 624-7 du code pénal¹⁴⁴⁷ en est la parfaite illustration. Celle-ci sera

¹⁴⁴⁴ M.-C. Sordino, *Droit pénal général*, Paris, Ellipses, 2013, p. 126.

¹⁴⁴⁵ Par ex. pour le recel, la prescription ne court pas tant que le receleur détient encore la chose provenant de l'infraction initiale : Cass. crim., 17 mai 1983, Bull. crim. n° 143.

¹⁴⁴⁶ Pour la défense de cette thèse V. A. Gouttenoire et M. C. Guérin, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Rép. pén. Dalloz*, 2015, n°91-93.

¹⁴⁴⁷ Créé par le Décret n° 2004-162 du 19 février 2004, relatif au contrôle de la fréquentation et de l'assiduité scolaire et aux sanctions que comportent, au regard du versement des prestations familiales et en matière pénale, les manquements à l'obligation scolaire et du Code pénal, *JO* du 20 février 2004, p. 3446. Ce texte est également reproduit à l'art. R. 131-19 du code de l'éducation. Pour une critique d'un point de vue technique sur ce texte V. J.-F. Seuvic, « Absentéisme scolaire : art. R. 624-7 du code pénal », *RSC* 2004, p. 395, *in fine*.

énoncée de manière plus succincte, quant à ses éléments de définition se rapprochant de celles du manquement à l'obligation scolaire. Elle est définie – selon une formulation peu digeste – comme « *le fait, pour l'un ou l'autre parent d'un enfant soumis à l'obligation scolaire ou toute personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou une autorité de fait de façon continue, après avertissement donné par l'inspecteur d'académie et mise en œuvre des procédures définies à l'article R. 131-7 du Code de l'éducation, de ne pas imposer à l'enfant l'obligation d'assiduité scolaire sans connaître de motif légitime ou d'excuse valable ou en donnant des motifs d'absence inexacts* ». Il s'agit d'une contravention de quatrième classe, concevant elle aussi l'intervention du droit pénal comme accessoire.

348. Le contrat de responsabilité parentale. – La question de l'opportunité du droit pénal se pose encore dans ce domaine, à partir du moment où d'autres alternatives coercitives semblaient envisageables. Ainsi, toujours afin de lutter contre l'absentéisme à l'école, avait été imaginé un contrat de responsabilité parentale introduit par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances¹⁴⁴⁸ qui tendait à rappeler aux titulaires de l'autorité parentale leurs droits et devoirs en matière d'éducation. Le manquement grave à ces derniers pouvait entraîner, selon une certaine gradation, une suspension voire une suppression des allocations familiales ou la saisine du Procureur de la République en vue de poursuites pénales¹⁴⁴⁹. Cette initiative législative avait été perçue comme choquante par une grande majorité de la doctrine et de la classe politique¹⁴⁵⁰, notamment parce qu'elle tendait à faire de l'aide sociale – reposant en principe sur des fondements de solidarité nationale – une contrepartie de la responsabilité parentale¹⁴⁵¹. Pourtant, ce dispositif avait, tout de même, le mérite d'apporter une ébauche d'innovation en matière de réponse non répressive à l'absentéisme scolaire, sur la base d'une contractualisation des échanges entre parents en difficultés et corps enseignant.

¹⁴⁴⁸ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *JO* du 2 avril 2006, p. 4950, modifiée par la loi n°2010-1027 du 28 septembre 2010, dite « loi Ciotti », *JO* du 29 septembre 2010, p. 17553.

¹⁴⁴⁹ Pour un exposé de la procédure V. Circulaire CNAF n° 2011-005 du 16 mars 2011, « Suspension ou suppression des allocations familiales sur demande de l'inspecteur d'académie en cas d'absentéisme scolaire » adressée par la Direction de politiques familiales et sociales.

¹⁴⁵⁰ V. par exemple G. Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, Paris, Dalloz, 2014, p. 526 sq. ; V. Avena-Robardet, « Absentéisme à l'école : attention aux allocs ! », *AJ famille* 2010, p. 410 ; du même auteur : « L'école buissonnière sévèrement sanctionnée », *AJ famille* 2010, p. 199.

¹⁴⁵¹ A.-M. Leroyer, « Absentéisme scolaire. Suppression du contrat de responsabilité parentale », *RTD civ.* 2013, p. 443. L'auteur dénonce également une « *instrumentalisation du contrat à des fins politiques* », une réforme qui sous ses apparences faussement pédagogiques vise à sanctionner légalement les parents démissionnaires qu'il s'agit d'éduquer.

D'ailleurs, la loi n° 2013-108 du 31 janvier 2013 portant abrogation du contrat de responsabilité parentale¹⁴⁵², s'est contenté de supprimer la suspension du versement des allocations familiales tout en maintenant cette idée d'accompagnement parental¹⁴⁵³. Ainsi, ce nouveau dispositif repose toujours sur ce principe de contractualisation, puisqu'en cas de persistance de l'absentéisme suite à un premier avertissement, il est prévu que le directeur d'école et les membres concernés de la communauté éducative réunis par lui, élaborent avec les titulaires de l'autorité parentale « un dispositif d'aide et d'accompagnement adapté et **contractualisé** » selon l'article L. 131-8 du code de l'éducation. En revanche, il est possible de déplorer que ces deux procédés fassent encore intervenir un système de sanctions pénales à l'encontre du parent fautif.

349. Une redondance de qualifications pénales. – La répression du manquement à l'obligation d'assiduité scolaire pose la difficulté de la redondance de qualification. En effet, certaines décisions de justice ont été rendues sur le fondement délictuel général de l'article 227-17 du code pénal relatif à la soustraction aux obligations légales, plutôt que sur le fondement contraventionnel spécial de l'article R. 624-7 du code pénal, pour des cas d'absentéisme scolaire¹⁴⁵⁴. Ainsi, à titre d'exemple, le 5 février 2015, un fait divers défrayait la chronique, tant il a provoqué la stupeur de l'opinion publique : il s'agissait d'une peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis prononcée, par le tribunal correctionnel de Valenciennes, sur le fondement de l'article 227-17 du code pénal, à l'encontre de la mère d'un collégien comptabilisant soixante-dix-neuf demi-journées d'absence dès le premier trimestre, malgré les injonctions de l'éducation nationale¹⁴⁵⁵. Une telle décision, en dépit de son caractère exceptionnel certes, n'est cependant pas nouvelle. Le 20 mai 2010 déjà, une mère avait été condamnée à deux mois d'emprisonnement avec sursis, par le tribunal

¹⁴⁵² Loi 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, *JO* du 1^{er} février 2013, p. 1961, texte n°1.

¹⁴⁵³ D. Poupeau, « Absentéisme scolaire : le Sénat vote l'abrogation de la loi Ciotti », *AJDA* 2012, p. 2032 ; V. Avena-robardet, « Absentéisme scolaire », *AJ famille* 2014, p. 655.

¹⁴⁵⁴ Or, cette différence de qualification a des conséquences non négligeable quant au quantum de la peine. Alors que la contravention de quatrième est punissable de 750 euros d'amende (art. 131-13 4° du C.pén.), le délit de soustraction aux obligations légales est punissable de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

¹⁴⁵⁵ M. Battaglia, « *Prison avec sursis pour absentéisme scolaire : une sanction rare mais pas inédite* », *Le Monde*, n° 21793, 10 février 2015, p. 20. Consultable également en ligne : http://www.lemonde.fr/education/article/2015/02/10/prison-avec-sursis-pour-absenteisme-scolaire-une-sanction-rare-mais-pas-inedite_4573570_1473685.html.

correctionnel de Laon, pour les absences répétées de ses deux filles, trois-cent-soixante-treize demi-journées au total¹⁴⁵⁶. Dans ces deux affaires, il semblerait que les juges aient estimé que le nombre important de journées d'école manquées par les mineurs, ainsi que l'absence de réponse aux injonctions de l'Education nationale, dénotaient une désinvolture et un désintérêt des deux mères quant à ses obligations¹⁴⁵⁷. Aussi, la sanction pénale se justifiait-elle par la gravité des faits.

Par le passé, pourtant, cette appréciation volontairement intransigeante de juridictions du premier degré a déjà été contestée en seconde instance. En effet, dans un arrêt du 29 avril 2008, la Cour d'appel avait infirmé un jugement du tribunal correctionnel du point de vue de la caractérisation de l'infraction de soustraction aux obligations légales, concernant un cas d'absentéisme scolaire¹⁴⁵⁸. Les faits sont les suivants : un père veuf cautionnait la présence, à son domicile, d'objets volés et recelés par son fils et celui de sa nouvelle compagne. De plus, convoqué à plusieurs réunions hebdomadaires avec le corps enseignant – compte tenu du « *très important* » absentéisme de son fils – soit l'intéressé ne se présentait pas aux rendez-vous, soit il y adoptait un comportement désinvolte (une haleine chargée en alcool et propos grossiers). Malgré ces éléments, la Cour d'appel estime que si l'attitude peu éducative du père est « *particulièrement critiquable en ce qu'elle donne à l'enfant une image déplorable du monde des adultes et du sens des responsabilités, [elle] ne revêt pas le caractère de gravité pour l'éducation de ce dernier qu'exige la loi pour que le délit soit constitué* ».

A contrario, poursuit-elle – en indiquant ainsi les faits de nature à caractériser concrètement ce délit¹⁴⁵⁹, « *le fait de tolérer sans réaction la présence à son domicile, et en connaissance de cause, de nombreux objets volés dans la chambre de son fils, d'admettre que celui-ci porte des vêtements volés et même d'en accepter pour lui même, compromet gravement la moralité et l'éducation de l'enfant, déjà fragilisées par le peu de suivi scolaire et les valeurs morales*

¹⁴⁵⁶ Mattea Battaglia, *op. cit.* ; A. Collas, « Une mère condamnée à de la prison avec sursis pour les 373 demi-journées d'absentéisme de ses deux filles », *Le Monde*, n°20322, 28 mai 2010, p 12.

¹⁴⁵⁷ V. M. Battaglia, *ibidem* ; A. Collas, *op. cit.*

¹⁴⁵⁸ Montpellier, ch. corr. 3^{ème}, 29 avril 2008, n° 07/01622.

¹⁴⁵⁹ Un autre exemple judiciaire donne une idée des faits réellement constitutifs d'une soustraction parentale aux obligations légales en vertu de l'art. 227-17 du C. pén. : Douai, ch. 9, 13 avril 2007, n°06/03596 (il était établi que l'absentéisme de l'enfant était la conséquence de l'incapacité de la mère à assurer le suivi éducatif du mineur en raison d'hospitalisations pour anorexie, alcoolisme ainsi qu'une grande précarité).

et sociales invalidées par l'exemple de son père, avec lequel il était en relation fusionnelle ».

350. Inefficacité de la répression. – Le phénomène de l'absentéisme à l'école est une problématique réelle en France, dont il convient de ne pas minimiser les retombées. En effet, entre 2013 et 2014, son taux – stable depuis quatre ans – s'élève à 4% en moyenne. Cependant, il demeure très important dans les lycées professionnels, soit 11,5 % en moyenne¹⁴⁶⁰. Cependant, ce constat établi, il est possible de douter du caractère efficace du recours à la sanction pénale comme moyen de lutte. Le cas de la Grande-Bretagne donne en la matière un éclairage extérieur intéressant. Ainsi, Claude Lelièvre, historien de l'éducation et professeur à l'Université Paris-Descartes, parlait d'une « *lutte [britannique] contre l'absentéisme musclée* »¹⁴⁶¹, à grand renfort de condamnations à des peines d'emprisonnement ou pécuniaires, sans résultat probant. En effet, alors que la répression pénale s'intensifiait, le taux d'absentéisme lui augmentait, passant de 0,7% à 1% de 2002 à 2007¹⁴⁶².

Par conséquent, il semble urgent de mettre en place des mesures alternatives à la répression. Outre le concept de la contractualisation des échanges parents-école, d'autres tentatives de traitement avaient déjà été imaginées et mises en application, avant de tomber prématurément dans l'oubli¹⁴⁶³. Nous pensons notamment au système des « mallettes des parents » proposé par l'ancien Haut commissaire à la Jeunesse, Martin Hirsch¹⁴⁶⁴. Elles consistaient dans des réunions/débats devant permettre aux parents de s'associer davantage dans la vie scolaire de leurs enfants via des formations sur le fonctionnement de l'école, l'utilisation des nouvelles

¹⁴⁶⁰ Direction de l'évaluation de la prospective de la performance (DEPP), *L'absentéisme des élèves continue à être élevé dans une partie des lycées professionnels*, Rapport d'information, n°5, février 2015.

¹⁴⁶¹ C. Lelièvre, « Les préfets ont autre chose à faire que de s'occuper de l'absentéisme scolaire », *La lettre de l'Education*, n° 663, 5 avril 2010, p. 20.

¹⁴⁶² C. Lelièvre, *op. cit.*

¹⁴⁶³ S. Laurent, « Absentéisme scolaire : Martin Hirsch et les amnésies gouvernementales », *Le Monde*, 4 mai 2010, *passim*, [En ligne : http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/05/04/absenteisme-les-amnesies-du-gouvernement_1346266_823448.html]. Cet article traite également du recrutement de « médiateurs de la réussite scolaire » censés faire l'intermédiaire entre les parents et l'école. Mais ce projet aussi a été privé d'avenir.

¹⁴⁶⁴ Ce programme avait été expérimenté dans 37 collèges de Créteil entre 2008 et 2009 et semblait porteur de résultats encourageants : une meilleure implication des parents volontaires, une diminution de l'absentéisme et une amélioration du comportement des enfants, une amélioration ténue mais visible des résultats scolaires. Pour plus de précisions, V. Ecole d'économie de Paris (PSE), *Quels effets attendre d'une politique d'implication des parents d'élèves dans les collèges ?*. Les enseignements d'une expérimentation contrôlée, Rapport au Haut commissaire à la Jeunesse, 11 janvier 2010.

technologies ou l'aide à la réalisation des devoirs par exemple¹⁴⁶⁵. Bien sûr, en l'absence de toute coercition, ce mécanisme repose uniquement sur le volontariat parental. Ainsi, comme tout programme d'assistance éducative en partenariat avec l'école, la difficulté majeure porte sur la capacité à impliquer le parent non volontaire ou démissionnaire. Aussi, peut-être que la clé de la réhabilitation, auprès de ce parent, du lien avec le milieu scolaire se trouve-t-elle ailleurs. Souvent le parent qui se désintéressera de la scolarité de son enfant, n'aura lui-même pas éprouver davantage d'intérêt pour sa propre scolarité passée : soit qu'il n'en ait pas perçu l'utilité ou que l'enseignement reçu était en contradiction avec ses valeurs. Ne serait-il pas, par conséquent, bénéfique de recentrer l'action gouvernementale et éducative sur l'attractivité des enseignements et l'intérêt de l'élève à apprendre. Dans ce mécanisme, l'enfant deviendrait intermédiaire de la communication entre l'école et le parent, permettant alors à ce dernier de mieux saisir la mission du corps enseignant. Et si finalement, la responsabilisation des parents passait par le constat d'une conviction de l'enfant à s'instruire.

2) Le détournement à des fins purement pragmatiques

351. L'eupéanisation du droit pénal. – « *Le droit de punir est l'expression par excellence de la souveraineté des États* »¹⁴⁶⁶. Ainsi, pendant longtemps, il était de principe que « *la législation pénale et les règles de la procédure pénale [restaient] de la compétence des États membres* »¹⁴⁶⁷. Néanmoins, une prégnance progressive du droit européen sur le droit

¹⁴⁶⁵ V. Avena-Robardet, « Absentéisme à l'école : attention aux allocs ! », *op. cit.*

Ce mécanisme se rapproche de celui du « parenting order » instauré en Grande-Bretagne, par le *Crime and Disorder Act, Section 8* de 1998, [En ligne : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/contents>].

Contrairement à l'ancien système français, le « parenting order » fait appel à la contrainte puisque le non-respect de l'ordre expose le parent ou le titulaire de l'autorité parentale à une sanction pénale (amende de 1000 livres sterling), non inscrite au casier judiciaire. Le « parenting order » a un champ d'application plus large que le seul absentéisme scolaire et vise à accompagner le parent dans l'éducation du mineur. Elle consiste, pendant une période ne pouvant excéder douze mois (sous-section 4), à délivrer aux parents des leçons d'encadrement du mineur (par exemple en l'accompagnant à l'école) ou à prononcer à leur endroit des obligations, de soins par exemple comme la participation à un programme de désintoxication.

¹⁴⁶⁶ A. Huet, « Droit pénal », *Rép. dr. eur.* 2010, n° 1 ; J. Pradel, G. Corstens et G. Vermulen, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 4 et 14.

¹⁴⁶⁷ CJCE, 14 décembre 1995, « Banchemo », aff. C-387/93, Rec. I. 4663, point 58 ; V. M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Ellipses, 2014, n° 158 et s. ; W. Jeandidier, *Droit pénal général*, 2^e éd., Montchrestien, 1991, p. 113, n°111. D'ailleurs, aujourd'hui encore, l'expression de cette souveraineté étatique demeure perceptible. Ainsi, par exemple, les conventions internationales nécessitent pour leur intégration dans le droit interne de l'intermédiaire d'une transposition, s'agissant des directives communautaires, ou d'une ratification, s'agissant de conventions émanant du Conseil de l'Europe par exemple.

criminel interne ne peut être contestée. Ainsi, le pouvoir législatif interne, en matière pénale, se voit largement impacté par les conventions européennes, ces dernières pouvant être source d'une obligation pour les États membres de créer des incriminations pénales ou de modifier celles existantes¹⁴⁶⁸. C'est le cas du traité sur l'Union européenne¹⁴⁶⁹ et de celui sur le fonctionnement de l'Union (T.F.U.E)¹⁴⁷⁰ qui initient une intervention des institutions européennes en matière de répression. Ainsi, en vertu de l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union. Mais, c'est également le cas s'agissant du Conseil de l'Europe dont les conventions peuvent contenir des dispositions relatives à la répression de certaines infractions en droit interne. En guise d'illustration et dans le cadre cette étude, peut être citée la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et les violences domestiques¹⁴⁷¹, signée à Istanbul le 11 mai 2011. Cette convention est à l'origine de la création de l'incrimination de mariage forcé, concourant encore davantage à la pénalisation du droit de la famille.

352. Le mariage forcé, une incrimination de complaisance. – L'objectif premier de la création de cette infraction résidait dans la mise en conformité du droit pénal français au droit européen. Ainsi, la loi n°2013-711 du 5 août 2013¹⁴⁷² portant diverses dispositions d'adaptation de la législation française à la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et les violences domestiques¹⁴⁷³, signée à Istanbul le 11 mai 2011, a inséré un nouvel article 222-14-4 dans le code pénal français, incriminant ainsi de façon autonome le mariage forcé. Ce texte prévoit,

¹⁴⁶⁸ V. A. Huet, « Droit pénal », *Rép. dr. eur.* 2010, n° 9 et s. ; C. Porteron, « Lois et Décrets », *Rép. pén.* 2002, n°87-103.

¹⁴⁶⁹ Ce traité pose plusieurs dispositions relatives à la coopération policière associant les services de police et de douane des États membres en vue de la prévention et de la détection des infractions pénales, V. Art. 87 du traité sur l'Union européenne.

¹⁴⁷⁰ Art. 83, 1° du TFUE. Le Parlement européen et le Conseil statuent par voie de directives s'imposant aux États, sur l'établissement de « règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontalières [...] ». Les domaines alors concernés sont le terrorisme, la traite des êtres humains ou l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, cette liste n'étant pas exhaustive.

¹⁴⁷¹ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et à la violence domestique signée à Istanbul le 11 mai 2011 [En ligne : <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084840>].

¹⁴⁷² V. art. 16 et 17 de la loi n°2013-711 du 5 août 2013, *JO* du 6 août 2013, p. 13338.

¹⁴⁷³ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et à la violence domestique signée à Istanbul le 11 mai 2011 [En ligne : <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084840>].

en effet, que sera puni de trois mois d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, « *le fait dans le but de contraindre une personne à contracter un mariage ou conclure une union à l'étranger, d'user à son égard des manœuvres dolosives afin de la déterminer à quitter le territoire de la République* ».

La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes et aux violences au sein des couples visait pourtant déjà le mariage forcé ; mais sous la forme d'une simple circonstance aggravante des infractions de meurtre (article 221-4 10° du code pénal), de tortures et actes de barbarie (article 222-3 6° du code pénal) et de violences volontaires (articles 222-8 6°, 222-10 6°, 222-12 6° et 222-13 6°). Ainsi, les peines de ces différentes infractions sont aggravées lorsqu'elles sont commises, contre une personne, afin de contracter un mariage ou conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou conclure cette union.

Contrairement à l'incrimination de mariage forcé de l'article 222-14-4, la circonstance aggravante de mariage forcé semble devoir s'appliquer à des mariages et unions forcés contractés sur le territoire de la République, en l'absence de toute précision. Ceci s'expliquerait par la nécessité de mise en conformité du droit pénal français à la convention d'Istanbul. En effet, l'article 37, 1° de cette dernière préconisait aux États membres de prendre « *les mesures législatives nécessaires pour ériger en infraction pénale le fait, lorsqu'il est commis intentionnellement, de forcer un adulte ou un enfant à contracter au mariage* ». Le deuxième alinéa de cet article, lui, commandait aux États parties de créer une autre infraction prohibant « *le fait [...] de tromper un adulte ou un enfant afin de l'emmener sur le territoire d'un autre État autre que celui où il réside avec l'intention de le forcer à contracter un mariage* ». Ainsi, de manière assez mécanique¹⁴⁷⁴, le législateur français a estimé que le dispositif législatif interne était déjà conforme à la première exigence européenne, compte tenu de la circonstance aggravante de mariage forcé contracté en France créée en 2010. Cependant, concernant la deuxième exigence, il s'est contenté de créer une nouvelle infraction de mariage forcé célébré à l'étranger conformément aux obligations émanant de la convention.

¹⁴⁷⁴ Assemblée nationale, *Projet de loi n° 736*, portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application de l'Union européenne et engagements internationaux de la France, du Garde des Sceaux, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 février 2013, exposé des motifs (art. 16 et 17).

En somme, le *ratio legis* de cette incrimination poursuit un objectif étranger au droit pénal interne. En réalité, il répond davantage à une stratégie législative visant à se prémunir d'une condamnation européenne de la France.

353. Les éléments constitutifs de l'infraction de mariage forcé : élément matériel – Il existe encore peu d'écrits doctrinaux sur les éléments constitutifs de cette nouvelle infraction de mariage forcé prévue à l'article 222-14-4 du code pénal. Il conviendra donc de les faire ressortir de la lettre du texte. Concernant l'élément matériel de cette incrimination, il ne vise pas tant à réprimer la conclusion d'un mariage forcé, mais les tromperies ayant déterminé cette conclusion. Ainsi, le texte emploie le terme de « *manœuvres dolosives* ». On le voit ici, l'objectif du législateur est d'incriminer largement tout comportement visant à tromper la victime de mariage forcé.

En revanche, le texte ne définit pas ce que sont ces manœuvres dolosives et la nature des actes pouvant être constitutifs de telles manœuvres. Dès lors, cette notion apparaît comme particulièrement équivoque. Premièrement, il est possible de se questionner sur le choix terminologique du législateur. En effet, il aurait pu opter pour la notion de « *manœuvres frauduleuses* » au sens de l'article 313-1 du code pénal incriminant l'escroquerie. Pourtant, au regard de l'expression « *manœuvres dolosives* », il semble qu'il ait eu la volonté d'assimiler ces manœuvres au vice du consentement énoncé à l'article 1116 du code civil, à savoir le dol. Ce choix terminologique a, deuxièmement, une incidence non négligeable sur la détermination des actes pouvant être qualifiés de *manœuvres dolosives*. En effet, qu'il s'agisse du dol ou des manœuvres frauduleuses caractérisant matériellement l'escroquerie, dans les deux cas, le but recherché par l'agent (cocontractant ou infracteur) est de tromper autrui afin de l'amener à faire quelque chose (contracter ou remettre une chose). Néanmoins, le mensonge n'occupe pas la même importance dans chacun de ces deux concepts. Ainsi, si les manœuvres frauduleuses de l'article 313-1 impliquent, selon une acceptation doctrinale constante, « *un mensonge nécessairement appuyé par un fait matériel extérieur qui lui assure crédibilité* »¹⁴⁷⁵, le dol – lui, peut se caractériser par « *un simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs* »¹⁴⁷⁶. Par conséquent, il faudrait considérer par déduction, qu'un simple

¹⁴⁷⁵ Jean Pradel et Michel Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Paris, Editions CUJAS, 2014, n° 880.

¹⁴⁷⁶ Cass., civ. 1^{ère}, 6 novembre 1970, pourvoi n° 69-11665, *JCP* 1971. II. 16942, note J. Ghestin.

mensonge, même non corroboré par une mise en scène ou par un acte matériel particulier puisse constituer une manœuvre au sens de l'article 222-14-4 du code pénal. Ainsi, le simple fait de prendre pour prétexte, auprès de la victime, un départ en vacances dans le pays d'origine ou une visite à la famille restée sur place pourrait justifier la répression pénale.

En outre, et en l'absence de précision donnée par le texte, il semblerait que les violences puissent constituer ces *manœuvres dolosives*. En effet, l'initiative de création de ce nouvel article 222-14-4 découle de la convention du Conseil de l'Europe relative à « la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique ». De plus, le législateur a fait le choix d'insérer ce texte dans un paragraphe du code pénal intitulé « Des violences »¹⁴⁷⁷. Parce qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, l'interprète doit entendre classiquement par violences, les violences tant physiques que morales. Cette définition prétorienne constante¹⁴⁷⁸ des violences a d'ailleurs été confirmée expressément par l'insertion dans le code pénal d'un nouvel article 222-14-1 par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relatif aux violences faites spécifiquement aux femmes. Cet article prévoit, en effet, que « *les violences [...] sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques* ». Dès lors, par extension au nouveau délit de mariage forcé, il faudrait en déduire que les *manœuvres dolosives* puissent être des coups et blessures ou voies de fait ayant atteint matériellement l'intégrité physique de la victime. Mais également, que ces manœuvres puissent consister dans des actes tels que des menaces ou des agressions autres que des coups ou blessures, qui même sans contact avec la victime, sont de nature à provoquer chez elle une vive émotion ou une atteinte à son intégrité psychologique. Dans tous les cas, ces actes de violence, constitutifs des manœuvres dolosives au sens de l'article 222-14-4, doivent être positifs. Dès lors, une interrogation subsiste¹⁴⁷⁹. La simple

¹⁴⁷⁷ V. Chapitre III « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne », Section I « Des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne » du C. pén.

¹⁴⁷⁸ Cass. crim., 16 février 1938, *Gaz. Pal.* 1938. I. 750 ; CA de Toulouse, 3^e ch., 26 juin 2003, *D.* 2003. 2728 ; Cass. crim., 2 septembre 2005, *Bull. crim.* n° 212 ; *D.* 2005. Pan. 2989, obs. T. Garé et G. Roujou de Boubée : « *le délit de violences peut être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout comportement de nature à causer, sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique* ».

¹⁴⁷⁹ Cette question subsiste également pour le respect des croyances religieuses et coutumes familiales. Est-il – à lui seul – de nature à constituer une violence psychologique ?

crainte révérencielle que la victime éprouverait envers ses parents peut-elle être considérée au titre des violences psychologique, en l'absence d'autres actes corroboratifs¹⁴⁸⁰ ?

Ensuite, au regard de la lettre de l'article, il faut que soit établi un lien de causalité certain et direct entre les tromperies d'une part et la conclusion du mariage à l'étranger d'autre part pour que l'infraction soit caractérisée. En effet, en vertu de l'article 222-14-4, le prévenu doit avoir « usé à l'égard [d'une personne] de manœuvres dolosives afin de la déterminer à quitter le territoire de la République », dans « le but de [la] contraindre à contracter un mariage ». Dès lors, ce qui entraîne la consommation de l'infraction, c'est bien la conclusion du mariage forcé hors du territoire de la République. Par conséquent, le simple départ de France, quand bien même il aurait été provoqué par des manœuvres, ne suffirait pas en l'absence de toute union effectivement contractée.

354. Les éléments constitutifs de l'infraction de mariage forcé : élément moral. – La caractérisation de l'élément intentionnel de ce délit, semble nécessiter un dol général et un dol spécial. En effet, l'auteur doit avoir eu la volonté d'employer des manœuvres frauduleuses en connaissance de cause, afin d'obtenir un résultat bien déterminé, en l'occurrence celui de contraindre la victime à contracter un mariage à l'étranger. Bien sûr, l'établissement de cette intention laisse une large marge d'appréciation aux juges du fond.

B. Le détournement de la finalité du droit pénal à des fins victimologiques

355. L'impact de la prise en compte de la victime en droit pénal. – « La reconnaissance de droits aux victimes dans le système pénal accompagne un populisme ouvertement répressif qui n'hésite pas expérimenter de nouvelles formes de « gestion » de la délinquance »¹⁴⁸¹. Pourtant, le droit pénal ne saurait avoir de vocation thérapeutique. Or, force est de constater

¹⁴⁸⁰ La crainte révérencielle, est « celle qu'inspire une personne en raison de l'autorité qui lui appartient et du respect qui lui est dû », V. G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., PUF, 2016, « Crainte révérencielle ». Du point de vue du droit civil, elle constitue un cas de nullité du mariage, en vertu de l'article 180 du code civil. L'article 1114 du code civil, prévoit lui que « la seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat ». Néanmoins, ce texte s'appliquant au droit général des contrats, il n'a jamais été utilisé afin d'invalider l'annulation d'un contrat de mariage et n'est donc pas contraire au précédent. Aussi, au plan pénal, le juge choisira-t-il d'adopter un raisonnement différent en estimant que la crainte révérencielle ne suffit pas à caractériser l'infraction de mariage forcé ? Ou choisira-t-il d'apprécier de manière extensive la notion de manœuvres dolosives ?

¹⁴⁸¹ E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Lexisnexis, 2014, n° 172, p. 115.

que ces dernières années, cette reconnaissance de la victime et de ses droits s'est intensifiée¹⁴⁸², emportant ainsi des effets considérables sur la politique législative répressive. Cette place grandissante de la victime pourtant ne doit pas faire oublier que le droit pénal est initialement celui de la peine, et pour une moindre part celui de la réparation. Ainsi, s'il semble impératif d'assurer une protection effective des victimes d'infractions pénales, notamment familiales, la capacité d'appréciation du législateur ne saurait être annihilée de manière exagérée par les revendications victimologiques. Ainsi, à l'heure de l'inflation législative, où l'on aspire à une rationalisation de l'intervention pénale dans l'ensemble des ordres juridiques, la bienveillance à outrance du législateur envers les victimes aboutit – à contre-courant – à l'émergence d'une législation pénale médiatique évoluant aux grés des faits divers et de la politique. Aussi, s'agissant particulièrement de la sphère familiale, le droit pénal semble cultiver l'art du spectacle, tenant ainsi en haleine l'opinion publique à coups de grandes annonces législatives. Le droit pénal adapté à la famille devient ainsi un droit de l'urgence et de l'émotion. En témoigne, la pénalisation – sous impulsion des associations d'aide aux victimes¹⁴⁸³, de l'inceste étudiée précédemment. Certains auteurs parlaient même d'une pénalisation destinée à « mettre des mots sur les maux » et « un baume sur les souffrances des victimes »¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸² F. Alt-Maes, *op. cit.*, p. 501 ; not., s'agissant des écrits sur la sacralisation de la victime, sa réémergence et sa place croissante dans le procès pénal : V. J. Verin, « Une politique criminelle fondée sur la victimologie et sur l'intérêt des victimes », *RSC* 1981. 895 ; A. Decocq, « L'avenir funèbre de l'action publique », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, éd. J.-Cl., 1999, p. 781 ; R. Cario, « La justice restaurative : Vers un nouveau modèle de Justice pénale ? », *AJ pénal* 2007, p. 373 ; R. Cario, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 4^e éd., L'Harmattan, 2012, spéc. p. 18. Idem pour le délinquant, V. quelques exemples de la protection de ses droits et intérêts avec la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, *JO* du 25 novembre 2009, p. 20192, spéc. chap. III ; loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *JO* du 15 avril 2011, p. 6610 ; loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JO* du 17 août 2014, p. 13647.

¹⁴⁸³ M. Salmona, « L'inceste dans le code pénal : une avancée, mais le parcours reste long pour les victimes », *Nouvel observateur, Le Plus*, 17 mai 2015, p. 45.

¹⁴⁸⁴ A. Lepage, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP. G*, n° 12, 22 mars 2010, doctr. 335, p. 335-339.

Conclusion du Titre I

356. L'expression de la subsidiarité du droit pénal dans la famille, le constat d'une « accessoirisation ». – Le droit pénal est classiquement conçu comme un droit subsidiaire, c'est-à-dire prêtant son concours aux autres disciplines juridiques normatives. Lorsque le droit pénal intervient dans la famille, cette subsidiarité pénale s'exprime, d'une part, au regard des valeurs sociales à coloration familiale qu'il est chargé de garantir et, d'autre part, au regard des fonctions accessoires qu'il est amené à y jouer.

D'abord, concernant l'accessoirisation du droit pénal aux valeurs sociales attenantes à la famille, un premier constat s'impose : la famille est une valeur sociale juridiquement protégée. À ce titre, elle se voit consacrée en droit positif et en droit international, comme une valeur fondamentale de la société. Mais au-delà, la famille apparaît, elle-même, comme un sujet titulaire et créateur de valeurs sociales propres, qu'elle impose au droit pénal. En effet, ce dernier a pour mission de renforcer les obligations et interdictions édictées par les autres disciplines juridiques régissant la famille. En l'occurrence, s'agissant de la cellule familiale, c'est principalement à la règle civile qu'il apportera son concours. Ensuite, concernant les fonctions du droit pénal dans la famille, il convient de préciser que si par nature, cette dernière relève de l'espace privé, elle le déborde par certains côtés. Aussi, n'est-il pas étonnant que le droit public s'en saisisse. En tant qu'unités sociales de base, les familles assurent la pérennité d'un Etat, à condition que la puissance publique parvienne à exercer sur ces entités, un certain contrôle social. Or, il semble que le maintien d'un tel contrôle ne puisse prospérer sans que s'instaure une menace de la répression, essentiellement dissuasive. Dès lors, le droit pénal fait office de gardien de l'ordre public au sein de la famille.

357. Les conséquences de l' « accessoirisation » du droit pénal au contact de la famille. – Lorsqu'elle est appliquée à la famille, la règle pénale est altérée. Cette altération peut aller d'une simple adaptation de l'application du droit pénal, à sa dénaturation pure et simple. En effet, en présence d'un lien familial entre l'auteur et la victime, on constate une restriction de la compétence du droit pénal, une aggravation de la répression, ou au contraire son atténuation. Mais, il semble au surplus que le législateur ait fait le choix de rompre avec les préceptes pénaux traditionnels. Ainsi, ayant recours à des technique et logique

d'incrimination atypiques, il entend créer des infractions ayant pour caractéristique première leur adaptabilité. Souvent calquées sur des infractions pénales préexistantes, elles prétendent à une autonomie illusoire, sont de plus en plus individualisées, et tendent à des fins purement opportunistes, en principe, étrangères à la discipline répressive.

Titre II - UNE MODALITÉ D'INTERVENTION NOVATRICE DU DROIT PÉNAL DANS LA FAMILLE

358. La conception du caractère novateur du droit pénal. – Le droit pénal se saisit de la famille telle une valeur sociale extra-pénale s'imposant à lui, voire l'acculant dans sa marche normale de fonctionnement. Pourtant, dans une certaine mesure, il est possible d'observer une émergence d'un droit pénal nouveau, soit qu'il contourne les entraves familiales afin de revendiquer des intérêts qu'il tient pour supérieurs, soit qu'il dompte ces entraves familiales pour révéler son identité propre.

Pour autant, le caractère novateur du droit pénal tel que nous le concevons ne s'assimile pas à une autonomie du droit pénal. Indéniablement, ce droit est un droit singulier en ce qu'il ne ressemble à aucun autre. En revanche, cette singularité ne saurait faire oublier son auxiliaire de principe vis-à-vis du droit de la famille, en ce qui concerne plus précisément notre étude.

359. L'autonomie du droit pénal en question. – Depuis de nombreuses années, la doctrine réfléchit sur la question de l'autonomie ou au contraire de l'hétéronomie des différents droits spéciaux vis-à-vis du droit commun¹⁴⁸⁵. Ainsi, chaque branche du droit semble aspirer – à tort ou à raison – à la reconnaissance d'une certaine autonomie vis-à-vis de l'ensemble du droit positif, et en particulier du droit privé¹⁴⁸⁶. Cette tendance à l'autonomie n'est guère récente¹⁴⁸⁷ et elle n'épargne pas le droit pénal.

¹⁴⁸⁵ J.-Ch. Saint-Pau, *Le droit pénal et les autres branches du droit. Regards croisés*, Actes du XXe congrès de l'Association française de droit pénal organisé à Bordeaux les 5-6-7 octobre 2011, Institut de sciences criminelles et de la justice (ISCJ), Paris, éd. CUJAS, 2012.

¹⁴⁸⁶ Sur l'autonomie du droit commercial, V. par exemple B. Oppetit, « L'expérience française de codification en matière commerciale », *D.* 1990. 1 ; J.-P. Marty, « La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine », *RTD com.* 1981. 681 ; Sur l'autonomie du droit de la consommation, V. par exemple J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994. 239 : l'auteur estime que le droit de la consommation est un droit spécifique qui commande la création de règles spécifiques, sans pour autant parler d'autonomie ; P. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD. com.* 2012. 705 ; Sur la question de l'autonomie du droit fiscal au regard du droit commercial à travers la notion de distribution de réserves, V. E. Kornprobst, « La notion de distribution de réserves, l'autonomie du droit fiscal et l'abus de droit », *Revue des sociétés* 1991, p. 797 ; Pour la dénégation de la thèse autonomiste du droit fiscal, V. G. Gest, « Dualité de juridiction et unité du droit fiscal », *RFDA* 1990. 822, spéc. p. 836 où l'auteur critique de manière véhémement « les contempteurs de la "tarte à la crème" que serait la prétendue autonomie du droit fiscal ».

¹⁴⁸⁷ Par exemple, P. Durand, « Le particularisme du droit du travail », *Droit social* 1945. 298.

De longue date en effet, la question de l'autonomie vraie ou supposée du droit pénal était et demeure en proie à des divergences doctrinales animées. Alors que certains auteurs voient dans l'autonomie du droit pénal « *un stade de développement nécessaire à [sa] maturation accomplie* »¹⁴⁸⁸, d'autres au contraire la réprouvent¹⁴⁸⁹. En effet, si l'on admet que le droit pénal est par principe « *un droit sanctionnateur, subsidiaire des autres droits auxquels il apporte le secours de ses peines, lorsque les sanctions particulières de ces droits sont ou paraissent insuffisantes* »¹⁴⁹⁰, de manière logique, son périmètre d'application et d'efficacité ne saurait être exorbitant de celui des autres disciplines et institutions auxquelles il apporte sa protection. Cette accessoirisation – nous l'avons vu – justifie l'intervention du droit pénal eu égard à l'institution familiale, en ce qu'il y renforce les normes et obligations, notamment civiles – qui la régissent.

Pourtant, le juriste ne saurait – sans s'y méprendre – réduire la place du droit pénal dans le système juridique à cette unique mission d'assesseur. En effet, le droit pénal demeure indéniablement un droit d'exception. Ce caractère exceptionnel provient – nous l'avons vu – de ce que son action ne se justifie qu'en ultime recours, mais bien davantage du particularisme de son objet intrinsèque, de son rôle au sein du droit positif, de sa construction. C'est en effet à lui qu'incombe la significative et lourde tâche de sanctionner les comportements affectant les intérêts essentiels de la société. Or, comment atteindre de manière satisfaisante cet objectif, sans se départir dans une certaine mesure, du diktat des disciplines – juridiques ou non – dites « supérieures »¹⁴⁹¹ ? Aussi, pour des raisons essentiellement pratiques, le droit pénal et en particulier le juge répressif durent-ils

¹⁴⁸⁸ S. Royant, *L'autonomie du droit pénal en question*, Tome I, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 2002 ; pour d'autres auteurs prônant l'autonomie du droit pénal, V. aussi, G. Stéfani (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel*, Paris, Librairie Dalloz, 1956 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, 7e éd., éditions Cujas, 1997, n° 146 sq., p. 215-222 ; P. Bonfils, « L'autonomie du juge pénal », in *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 47 ; B. de Lamy, « La portée rétroactive de la nullité du second mariage empêche la consommation du délit », *Dr. fam.* 2003, n° 1, comm. 6. ; V. plus précisément sur l'appréhension de la notion de contrat en droit pénal, E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux IV, 2011.

¹⁴⁸⁹ E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Lexisnexis, 2014, p. 75-77 ; V. aussi plus anciennement, P. Roland, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil. Essai de solution du problème de l'autonomie du droit pénal*, Thèse, Lyon, 1958 ; J.-L. Goutal, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC* 1980. 911.

¹⁴⁹⁰ G. Stéfani (dir.), *op. cit.*, préface, p. II.

¹⁴⁹¹ E. Dreyer, *Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Lexisnexis, 2014, p. 70, n° 95.

s'affranchir de certaines contraintes académiques, pour mieux appliquer certains concepts pénaux parfois en contradiction avec l'unité nécessaire à la discipline.

Les érudits du XIX^{ème} siècle ont perçu à travers cette émancipation prétorienne, une véritable manifestation de l'autonomie du droit pénal. Se posait alors la question du véritable fondement de cette autonomie. La majorité de la doctrine considère que l'autonomie du droit pénal « *[était] avant tout un fait et un fait d'ordre jurisprudentiel* »¹⁴⁹². Et en effet, certaines pratiques des tribunaux répressifs – de par les mécanismes pénaux singuliers qu'ils emploient et du raisonnement original qu'ils adoptent – semblent abonder dans le sens d'une émancipation d'un droit pénal autonome. Ne pouvant prétendre à l'exhaustivité ici, il est cependant possible de citer certaines manifestations d'autonomie communément relevées par la doctrine. C'est premièrement la tendance du juge pénal à adopter une conception pénalisée de concepts extra-pénaux¹⁴⁹³ qui sert la défense de la thèse autonomiste. Ainsi, par exemple, la notion de domicile est définie différemment en droit civil et en droit pénal. En effet, en droit civil, le domicile est en vertu de l'article 102 du code civil « *le lieu où la personne a son principal établissement* ». Le juge pénal, pour les besoins de la répression s'agissant du délit de violation de domicile (article 226-4 du code pénal) notamment, a adopté une conception plus extensive de cette notion. Aussi, « *le terme de domicile ne désigne pas seulement le lieu ou une personne a son principal établissement, mais encore, le lieu ou qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quels que soient les titres juridiques de son occupation et l'affectation donnée aux locaux* »¹⁴⁹⁴.

C'est deuxièmement, l'indifférence dont font preuve les juridictions pénales vis-à-vis de la nullité d'actes extra-pénaux, qui conforte le plus la doctrine dans le sens d'une autonomie du droit pénal. Mais c'est aussi cette indifférence pénale qui constitue « *le point culminant du débat et le champ de bataille le plus belliqueux, tant l'expansion de ce droit est apparue insupportable pour une majorité de la doctrine* »¹⁴⁹⁵. En effet, il semblait particulièrement impétueux que le juge pénal puisse valablement – et sans outrepasser les limites de sa mission

¹⁴⁹² R. Vouin, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.* 1947, chron., p. 81 ; P. Bonfils, « L'autonomie du juge pénal », in *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 47.

¹⁴⁹³ Pour plus de précisions, V. S. Royant, *op. cit.*, p. 40-72.

¹⁴⁹⁴ Cass. crim., 4 janvier 1977, pourvoi n° 76-91105, bull. crim. n°6 ; Cass. crim., 13 octobre 1982, pourvoi n° 81-92708, bull. crim. n°218 ; Cass. crim. 24 avril 1985, pourvoi n° 84-92673, bull. crim. n°158, *RSC.* 1986. 103, obs. G. Levasseur.

¹⁴⁹⁵ S. Royant, *ibidem.*, p. 72, n°107.

répressive – prononcer des condamnations et des dommages-intérêts, en faisant fi des conditions de validité imposées par les disciplines extra pénales dont il n'est que l'accessoire¹⁴⁹⁶. Ainsi, s'agissant du délit d'abus de confiance (article 314-1 du code pénal) par exemple¹⁴⁹⁷, la jurisprudence criminelle estime l'infraction constituée alors même que la remise précaire des biens au prévenu repose sur un contrat préalable nul. Ainsi, par exemple, a été déclaré coupable d'abus de confiance, le dépositaire détournant des cigares au préjudice du déposant, quand bien même le contrat de dépôt portait en réalité sur des biens de contrebande¹⁴⁹⁸. Selon la Cour de cassation, « *le vice du contrat en vertu duquel sont détenus les biens frauduleusement détournés ne met pas obstacle à la poursuite pour abus de confiance* ». Et un tel raisonnement est aisément compréhensible dès lors que droit civil et droit pénal poursuivent des finalités différentes ; alors que le premier, assure la défense d'intérêts purement privés en faisant respecter notamment la force obligatoire des contrats, le deuxième a essentiellement pour objet la défense de l'ordre public. Aussi, tous les éléments constitutifs de l'infraction étant caractérisés, il convient logiquement de rentrer en voie de condamnation¹⁴⁹⁹.

Une autre partie de la doctrine, au contraire, estime que si elle est « *judiciaire par son expression et son élargissement, l'autonomie du droit pénal est légale dans son principe* »¹⁵⁰⁰. D'ailleurs, il est possible d'apprécier cette affirmation en matière de preuve par exemple¹⁵⁰¹. En l'occurrence, c'est bien la loi pénale qui fixe les règles d'admission des preuves, le juge pénal se contentant alors de les appliquer. Or, selon qu'il s'agisse du droit civil ou du droit pénal, les mécanismes probatoires ne sont guère régis par les mêmes principes. Alors qu'en

¹⁴⁹⁶ V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, 7e éd., éditions Cujas, 1997, p. 218, n°148. Les auteurs exposait le problème en ces termes : le droit pénal « *doit-il tenir compte, dans l'application de la sanction, des conditions de validité intrinsèques des institutions extra-pénales dont il protège le fonctionnement ? Ou peut-il se référer à une conception plus spécifiquement pénale de ces notions ?* ».

¹⁴⁹⁷ Le rayonnement de l'action pénale sur les autres disciplines est large et omniprésent. En effet, la pratique des juges répressifs à faire produire à des actes nuls des effets quant à la répression, s'observe également en droit administratif (par exemple sur l'indifférence de l'irrégularité de la désignation d'un fonctionnaire auteur d'une infraction) ou en droit commercial (notamment s'agissant de la notion de chèque pour le délit de chèque sans provision), V. S. Royant, *ibidem.*, p. 73 sq.

¹⁴⁹⁸ Cass. crim., 9 juillet 1857, Bull. crim. n° 260.

¹⁴⁹⁹ Pourtant un autre raisonnement pourrait être défendu. En effet, l'abus de confiance nécessite l'existence d'une condition préalable : la remise d'une chose en vertu d'un titre (le plus souvent un contrat). Dès lors, à considérer que le contrat sur lequel repose la possession à titre précaire de la chose soit rétroactivement nul, c'est la condition préalable même de l'infraction qui disparaîtrait, V. A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, 2011, p. 267, n° 371.

¹⁵⁰⁰ G. Stéfani (dir.), *ibidem.*, préf., p. III.

¹⁵⁰¹ F. Alt-Maës, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain », *RSC.* 1987, p. 347.

droit civil, les différents modes de preuves recevables sont légalement rigoureusement déterminés (article 1341 et suivants du code civil), en droit pénal règne un principe de liberté de la preuve en vertu de l'article 427 du code de procédure pénale¹⁵⁰². Selon ce principe et sauf disposition légale contraire, tous les modes de preuve s'équivalent. De la même manière, si en droit civil, la valeur probante de la preuve est strictement déterminée par la loi, au pénal, c'est en vertu de son intime conviction seule que le juge apprécie cette valeur, sauf tempéraments¹⁵⁰³. Cette originalité de la procédure pénale par rapport à la loi civile marque là encore une aspiration autonomiste en droit pénal. Il convient de se demander cependant si cette revendication à l'autonomie est juridiquement viable.

360. L'autonomie du droit pénal en questionnement dans la famille. – À considérer qu'elle puisse véritablement exister, l'autonomie du droit pénal est une autonomie imparfaite – et ce, à deux égards. Cela se mesure, d'une part, d'un point de vue sémantique. Une définition fort éclairée du concept général d'autonomie a été proposée par un auteur¹⁵⁰⁴. Dans cette définition, le concept apparaît comme nuancé, séquencé.

Dans son sens littéral tout d'abord, la signification du mot « autonomie » ne laisse que très peu de place à l'interprétation ou l'extrapolation. Étymologiquement, l'autonomie provient du terme grec « *autonomos* » ; c'est-à-dire « autos » qui signifie « soi-même » et « nomos » qui signifie « loi »¹⁵⁰⁵. De ce fait, l'autonomie désigne toute chose gouvernée par ses propres lois. Dès lors, constitue un droit autonome, « *un droit qui est auto-institué et qui s'auto-règle, s'auto-alimente. Il pourrait donc être étudié sans aucune référence à des principes ou des normes externes, il vivrait en vase clos [...]* »¹⁵⁰⁶. Cette définition est particulièrement intéressante puisqu'elle implique qu'il suffirait d'un seul élément d'extranéité ou d'hétéronomie pour que soit démentie la thèse autonomiste d'un droit. Or, le

¹⁵⁰² En dépit du principe pénal de liberté de preuve, certains procédés de preuve sont soit ignorés soit strictement encadrés. Ainsi, d'une part, si le serment décisive lie le juge civil (V. art. 1358 à 1365 C. civ.), il n'est guère pris en compte par la procédure pénale. D'autre part, certains modes de preuves recueillis par les fonctionnaires de police ou de justice, tels que les perquisitions, les auditions de témoins, les actes de captation, fixation, transmission et d'enregistrement de propos ou d'images, sont soumis à un principe de loyauté.

¹⁵⁰³ En vertu de l'art. 431 et 537 du C. pr. pén., les procès-verbaux constatant des contraventions font foi jusqu'à preuve contraire (rapportée soit par écrit ou par témoignage).

¹⁵⁰⁴ J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation*. Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Paris, Dalloz, 2004, p. 279 sq.

¹⁵⁰⁵ Encyclopédie Universalis, éd. Encyclopedia Universalis, 1996, « Autonomie ».

¹⁵⁰⁶ J.-P. Chazal, *op. cit.*, p. 289.

droit pénal a sans cesse recours à des notions extra-pénales. Ainsi, la Cour de cassation a eu l'occasion de rejeter la relaxe d'un prévenu poursuivi pour abandon de famille au motif que, même en présence d'un mariage nul, le caractère putatif de ce dernier laissait subsister son obligation alimentaire envers l'épouse de bonne foi¹⁵⁰⁷. Par conséquent, la seule apparence d'un mariage contracté de bonne foi suffit à sanctionner pénalement. Ici, la juridiction répressive n'hésite donc pas à utiliser un mécanisme de droit civil¹⁵⁰⁸ au service de ses objectifs affichés de répression et de réparation. De même, la loi pénale porte en elle-même les stigmates d'une absence d'autonomie de la matière, notamment en raison des renvois explicites qu'elle fait parfois à d'autres matières. C'est le cas par exemple s'agissant de l'abandon de famille, infraction pour laquelle l'article 227-3 du code pénal renvoie expressément « *aux obligations familiales prévues par le Code civil* »¹⁵⁰⁹. Dès lors, le pouvoir d'interprétation qu'aurait le juge vis-à-vis de notions extra-pénales s'en trouve considérablement restreint.

Dans un sens affaibli ensuite, le concept d'autonomie est « *synonyme de particularité, de spécificité. Il suffirait [donc] qu'un droit se distingue, d'une manière suffisamment marquée, du droit commun pour que son autonomie soit acquise* »¹⁵¹⁰. Pourtant, une telle autonomie semble artificielle puisqu'elle est créée de toute pièce par le juriste, l'idée étant de légitimer des choix techniques. Cette autonomie semble, par trop d'aspects, exagérée en ce qu'elle justifierait de manière factice l'autonomie de toute branche du droit qui ne sont en réalité que des ramifications du droit commun. L'écueil d'une telle méthode consisterait dans une parcellisation à outrance du droit, préjudiciable à sa cohérence. S'agissant du droit pénal elle serait simplement erronée puisque par définition, ce droit est un droit satellite, tributaire d'une organisation sociale – et en l'occurrence familiale – préalable indispensable à son intervention. Par ailleurs, l'autre inconvénient de cette spécialisation à visée autonomiste est qu'elle est contagieuse. Ainsi, voit-on apparaître un florilège de droits pénaux spéciaux, qui sont en réalité davantage la part d'un tout que des véritables disciplines juridiques autonomes. Aux droits pénaux spéciaux se substituent dès lors des droits pénaux spécialisés, présentant un intérêt pratique ténu. Finalement, à côté du prétendu « droit pénal de la famille » - expression

¹⁵⁰⁷ Cass. crim., 23 mars 1981, pourvoi n° 94-74.340, Bull. crim. n° 101, RSC. 1982. 349, obs. G. Levasseur.

¹⁵⁰⁸ Art. 201 C. civ.: « Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il est contracté de bonne foi ».

¹⁵⁰⁹ V. *supra*, n° 299.

¹⁵¹⁰ J.-P. Chazal, *ibidem*, p. 290.

de plus en plus répandue dans les écrits¹⁵¹¹ – pourquoi ne pas concevoir également un « *droit pénal du couple* »¹⁵¹², voire même un droit pénal applicable à chaque membre de la famille : un droit pénal de l'enfant, un droit pénal du beau-parent. Cette démultiplication à l'envi de droits pénaux spécialisés alourdit la discipline et complique sa lisibilité.

En somme, le droit pénal – lorsqu'il s'applique à la famille surtout – ne saurait être une discipline étanche, évoluant en autarcie vis-à-vis des autres.

D'autre part, la prétendue autonomie du droit pénal est imparfaite parce que discontinue, aléatoire, fluctuante. Ainsi, elle est marquée par des périodes de « *reculs passagers et temporaires* »¹⁵¹³. Prenons l'exemple de l'indemnisation de la concubine suite au décès de son amant. Alors que la chambre criminelle de la Cour de cassation acceptait le principe de cette indemnisation¹⁵¹⁴ à condition que le concubinage ne présente pas de caractère délictueux¹⁵¹⁵, la chambre civile exigeait encore la preuve d'« *un intérêt légitime et juridiquement protégé* »¹⁵¹⁶. Par conséquent, le droit pénal semblait jouir d'une autonomie jurisprudentielle éclatante. Hélas, le célèbre arrêt *Dangereux*, rendu par la Chambre mixte le

¹⁵¹¹ P. Maistre du Chambon, « Quelques considérations sur le droit pénal de la famille », *JCP* éd. G, n°1, 10 janvier 2011, p. 6 ; A. Bourrat-Guéguen, « Droit pénal de la famille », in *Droit de la famille, Dalloz Action*, Livre 6, 2013.

¹⁵¹² P. Maistre du Chambon, *op. cit.*, p. 8 sq.

¹⁵¹³ F. Alt-Maës, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain », *RSC*. 1987, p. 347.

¹⁵¹⁴ Cass. crim., 21 octobre 1969, pourvoi n° 68-93.558, Bull. crim. n° 257 « [...] En s'abstenant de rechercher si le décès subi de la victime n'a pas occasionné un préjudice matériel et moral à la demanderesse qui, après une longue vie commune, s'est trouvée, notamment, privée soudain a la fois d'un logement, de l'appoint des ressources de son concubin et de son affection, la cour d'appel n'a pas donné une base légale à sa décision ».

¹⁵¹⁵ La chambre criminelle continuait de rejeter toute indemnisation au profit de la concubine lorsque le concubinage même durable était entaché d'adultère, V. Cass. crim., 14 mars 1967, pourvoi n° 66-91.134, Bull. crim. n° 100 : « Une telle situation (le concubinage) et les relations adultères qu'elle implique établissent le caractère à la fois précaire et délictueux du lien qui unissait le [défunt et la concubine], et que l'existence d'une telle liaison n'a pu créer un droit à réparation au profit de la concubine ».

¹⁵¹⁶ Cass. ch. conseil, 27 juillet 1937, Métenier, *D.P.* 1938.1.5, note R. Savatier « le concubinage demeure, en toute occurrence, quelles que soient ses modalités et sa durée, une situation de fait qui ne saurait être génératrice de droits au profit des concubins et vis-à-vis des tiers ». Cette décision démontre parfaitement la prévalence de l'institution du mariage et le grand mépris institutionnel vis-à-vis du concubinage à cette époque ; V. autre arrêt, Cass. civ. 2, 13 décembre 1961, Bull. n° 861 « *Le demandeur d'une indemnité délictuelle ou quasi délictuelle doit justifier, non d'un dommage quelconque, mais de la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé* » ; Cette position de la chambre civile était d'autant plus choquante qu'elle admettait déjà à cette même époque, l'indemnisation du préjudice moral que la mort d'un cheval aurait causé à son maître ! V. cass. civ. 1, 16 janvier 1962, Bulletin n° 3 « *qu'indépendamment du préjudice matériel qu'elle entraîne, la mort d'un animal peut être pour son propriétaire la cause d'un préjudice d'ordre **subjectif** et affectif susceptible de donner lieu à réparation [...]* ».

27 février 1970¹⁵¹⁷ mit fin au phénomène autonomiste du droit pénal en la matière. En effet, cette décision unifiait dorénavant les solutions rendues par les chambres civile et criminelle sur le principe de la réparation de la concubine, en ces termes clairs et lapidaires : « *l'article 1382 du code civil [...] ordonnant que l'auteur [...] ayant causé un dommage à autrui sera tenu de le réparer, n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation* ».

Le caractère caduc de l'autonomie du droit pénal fut cependant de courte durée, puisque par un arrêt du 19 juin 1975¹⁵¹⁸, la Chambre criminelle opère un revirement de jurisprudence et entérine l'indemnisation de la concubine même en présence de relations adultères. La chambre criminelle s'était contentée de tirer les conclusions de l'arrêt *dangereux* de 1970, à l'occasion duquel la chambre mixte avait abandonné les anciennes exigences de stabilité et surtout l'absence de caractère délictueux. Ce faisant, la chambre criminelle retrouvait ainsi son autonomie vis-à-vis de la jurisprudence civile qui, elle, persistait encore à ignorer tout effet juridique au concubinage délictueux ou adultérin.

Cependant aujourd'hui, cette autonomie jalousement gardée du droit pénal est de nouveau remise en question par la jurisprudence civile et tend à perdre du terrain. En effet, si le juge civil semble hésiter encore à revendiquer expressément sa tolérance vis-à-vis de l'adultère, plusieurs de ces décisions semblent l'indiquer. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Riom a admis l'indemnisation simultanée de l'épouse et de la concubine de l'homme mort à la suite d'un accident¹⁵¹⁹. De la même manière, la jurisprudence civile a jugé, à plusieurs reprises, que les libéralités consenties à une concubine en vue de maintenir, reprendre ou rémunérer une

¹⁵¹⁷ Ch. mixte, 27 févr. 1970, *Dangereux*, pourvoi n° 68-10.276, *D.* 1970, chron. n° 145, obs. N. Gomaa.

¹⁵¹⁸ Cass. Crim. 19 juin 1975, pourvoi n° 74-92.363, *Bull. Crim.* 161, *Gaz. Pal.* 1975.2. 566. Cette décision est intéressante s'agissant de la formulation de la décision de la Chambre criminelle. Elle estimait en effet que « *l'auteur responsable de l'homicide ne pouvait être admis à se prévaloir du caractère délictueux d'un état de fait touchant à la vie privée de la partie adverse et que d'après les dispositions combinées des articles 336, 337 et 339 du code pénal (anciens textes abrogés incriminant l'adultère), seule l'épouse de la victime aurait eu légalement la faculté de dénoncer ou d'opposer en justice* ». Aussi, pouvons nous supposer que cette décision aurait été tout autre si c'était l'épouse qui se prévalait du caractère adultérin du concubinage. Ainsi, si la chambre criminelle avait, sans conteste, assoupli sa position quant à l'adultère, son objectif ici n'était cependant pas de l'avaliser. Dans tous les cas, cela importe peu aujourd'hui puisque, peu de temps après cette décision, la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 est venue dépénaliser l'adultère.

¹⁵¹⁹ Riom, 9 novembre 1978, *JCP* 1979. II. 19017, note G. Almairac. Cependant, un arrêt successif de la chambre civile tenait pour précaire les relations qu'entretenait la victime avec deux concubines, entre lesquelles il partageait son temps – alors que de chacune de ces unions étaient nés des enfants, *V. Cass. civ.*, 8 janvier 1985, pourvoi n° 82-92.753. Il ne semble pas que cette décision doive minimiser la portée de la première, mais sinon rappeler qu'en matière d'indemnisation, concubinage sur concubinage ne vaut...

relation adultère n'avaient pas une cause contraire aux bonnes mœurs¹⁵²⁰. Par conséquent, la jurisprudence civile opère un profond et constant chambardement dans son appréhension de ce qui est immoral et de ce qui ne l'est pas¹⁵²¹. Ainsi, nous ne nous étonnerons pas de découvrir un jour prochain une décision civile entérinant pleinement l'indemnisation dans le cadre d'un concubinage adultérin.

En somme, pour être avalisé scientifiquement, un concept doit pouvoir être vérifié durablement. Or tel n'est pas le cas s'agissant de l'autonomie du droit pénal, au regard notamment du droit de la famille.

361. Le choix de concepts, singularité et résilience du droit pénal. – Il convient de préférer au concept d'autonomie du droit pénal, celui de la singularité du droit pénal dans un premier temps. En effet, le droit pénal, lorsqu'il est appliqué à l'institution familiale, présente des traits certains de singularité, de par sa technicité, sa neutralité et sa fonctionnalité (**chapitre I**). Mais le droit pénal se présente également tel un droit résilient, protégeant et affirmant ses propres valeurs vis-à-vis de la cellule familiale (**chapitre II**).

¹⁵²⁰ Cass. civ. 1, 3 février 1999, pourvoi n°96-11.946, Bull. civ. I, n°43, *D.* 1999, somm. 377, obs. J.-J. Lemouland ; *D.*1999. 267, obs. X. Savatier ; Cass. Ass. Plén., 29 octobre 2004, pourvoi n°03-11.238, Bull. ass. Plén. N°12, *JCP* 2005.II.10011 note F. Chabas ; *AJ. Fam.* 2005. 234, note F. Chénéde.

¹⁵²¹ Indemnisation octroyée au concubin homosexuel du défunt, V. TGI Belfort, 25 juillet 1995, *JCP* 1996.II.22724, note C. Paulin.

Chapitre I. L'expression d'une singularité du droit pénal dans la famille

362. L'expression d'une singularité du droit pénal par synergie. – Ayant à cœur de proposer une « troisième voie » d'autonomie, un auteur suppose que l'autonomie apparaît encore « *quoique de façon plus subtile, quand la matière considérée, bien que ne mettant apparemment en œuvre que des principes et des méthodes empruntés à des branches existantes, en fait une sorte de combinaison chimique ayant un caractère nouveau [...]* »¹⁵²². Cette définition de l'autonomie est intéressante par les traits d'originalité et de sophistication qu'elle présente. Selon cette thèse, l'hétéronomie d'une discipline ne serait pas exclusive d'un constat d'autonomie, à partir du moment où cette hétéronomie est pleinement choisie. En d'autres termes, en s'appropriant des règles qui lui sont étrangères (soit qu'elle les applique sans difficulté, soit qu'elle les applique en adoptant une conception propre de ces règles), ou au contraire en refusant littéralement de les appliquer, la discipline juridique concernée sélectionne de manière consciente les principes auxquels elle entend donner du crédit.

Toutefois, s'il est indéniable que cet argument est signe d'une grande liberté de la matière visée, en revanche il ne permet pas d'attester, de manière absolue et irréfutable, de l'autonomie d'une discipline. Aussi, peut-il être rétorqué que la discipline criminelle possède elle-même en son sein des contradictions structurelles préexistantes, liées pour une grande part à des problématiques conjoncturelles (politiques législative¹⁵²³ ou nécessités jurisprudentielles). En effet, il n'est pas rare qu'un même concept – extra-pénal ou non d'ailleurs – soit tour à tour admis par le droit pénal ou ignoré par lui. C'est ainsi que la bonne foi de l'époux victime de non-paiement de pension alimentaire est reconnue par les juges répressifs¹⁵²⁴, alors qu'elle est quasiment toujours refusée pour exonérer le professionnel compte tenu de ses compétences, devoirs et des moyens dont il dispose¹⁵²⁵. De la même

¹⁵²² G. Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, 1989, p. 770.

¹⁵²³ Sur l'opportunité législative, V., *supra*, n° 339.

¹⁵²⁴ V. sur le mariage putatif, Cass. crim., 23 mars 1981, pourvoi n° 94-74.340, préc.

¹⁵²⁵ Sur la complicité d'un expert comptable V., Cass. crim. 3 février 2016, pourvoi n°14-86.325, inédit. Les juges rejettent l'argument de la bonne foi du professionnel, aux motifs qu' « *il ne pouvait ignorer que de tels agissements étaient, d'une part, pour lui-même et son cabinet, constitutifs de faux en écritures et usage de faux par la transmission de ces documents, erronés et fallacieux, à l'URSSAF et à l'administration fiscale et, d'autre* »

façon, le juge pénal semble s'inspirer du sens de l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » dans certaines de ses décisions. Tantôt, il décide d'en observer le principe lorsqu'il exige par exemple l'absence de toute faute antérieure du prévenu souhaitant obtenir exonération¹⁵²⁶. Tantôt, il estime ce principe inefficace lorsqu'il admet que la prostituée est recevable à se porter partie civile à l'encontre de son proxénète – autrefois appelé souteneur – pour obtenir une indemnité pécuniaire ou la restitution des revenus de la prostitution¹⁵²⁷. Il est encore possible de citer par exemple d'un côté, l'indifférence de principe du droit pénal quant au mobile et d'un autre côté, sa prise en compte lorsqu'il s'agit des violences commises par l'ex-conjoint, concubin et pacsé en raison des anciennes relations existantes entre lui et sa victime. Mais, la considération du mobile de l'auteur jouera aussi au moment de la fixation et de l'aménagement de sa peine.

En somme, l'art de la contradiction est inhérent à la pratique même du droit pénal. Ainsi, cet argument ne constitue pas en soi une gageure systématique d'autonomie. En revanche, il représente en toute circonstance, une véritable originalité, singularité du droit pénal. Le droit pénal est un droit unique, présentant de par son économie générale une unité d'ensemble.

*part, d'abus de biens sociaux de la part des gérants de fait de ses entreprises et d'exécution de travail dissimulé, dont il se rendait, délibérément et en connaissance de cause, complice compte tenu de la nature de sa mission et de ses obligations professionnelles exigeant rigueur et d'apporter ses conseils aux clients [...] » ; Sur le gérant d'une société V. Cass. crim., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-83.093, Inédit. Les juges estiment qu' « en sa qualité de dirigeant de l'entreprise, [le prévenu] qui n'a pas pris les mesures permettant d'éviter la réalisation du dommage, a commis, au sens de l'article 121-3 du code pénal, **une faute caractérisée ayant exposé autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer** » ; Cass. crim. 10 janvier 2001, Bull. crim. n° 2, RSC. 2001. 577, Y. Mayaud (faute caractérisée des dirigeants d'une société ne prévenant pas le gérant de la filiale, du risque de réaction chimique présenté par un produit toxique qui provoque le décès d'une des locataires d'un immeuble) ; et les exemples peuvent être multipliés s'agissant du corps enseignant ou du corps médical, des fonctionnaires et personnes morales.*

¹⁵²⁶ Celui qui s'est lui-même placé en situation de péril ne peut par la suite légitimer l'infraction par laquelle il s'est dépêtré de ce danger. Ce principe est traditionnellement rappelé par la jurisprudence. Dès lors, ne peut invoquer la légitime défense, le prévenu qui résiste violemment à l'interpellation des forces de police, ceci constituant en soi le délit de rébellion et d'outrage à agents selon l'article 433-6 du code pénal, V. Cass. crim. 9 février 1972, pourvoi n° 71-91.349, bull. crim. n°54 et Cass. crim. 1^{er} septembre 2004, pourvoi n° 04-80.362, Bull. crim. n°190. De même, ne peut davantage arguer d'une contrainte physique, le prévenu qui souffrait, antérieurement à la commission de l'infraction qui lui était reprochée (non-port de la ceinture de sécurité), d'une blessure à l'épaule causée par un accident survenu la veille, V. Cass. crim. 28 octobre 2009, pourvoi n°09-84.484, inédit.

¹⁵²⁷ Cass. crim. 7 juin 1945, RSC. 1952. 347, obs. R. Vouin.

363. L'économie générale du droit pénal. – L' « économie » d'une chose renvoie à « [son] *ordre interne, [sa] structure, [son] organisation d'ensemble* »¹⁵²⁸. En droit des obligations, l'économie générale d'un contrat¹⁵²⁹ – notion d'origine prétorienne permettant d'apprécier la validité de ce dernier – fait référence à « *l'esprit général* »¹⁵³⁰ du titre, « *son architecture* »¹⁵³¹. Appliqué au droit pénal, la notion d'économie générale nous permettra de rendre compte de la singularité de la matière lorsqu'elle intervient au sein de la famille, au regard de ses structure, essence et logique intrinsèques. Cette singularité apparaît comme fonctionnelle dans un premier temps (**Section I**) et conceptuelle dans un deuxième (**Section II**).

Section I. Une singularité fonctionnelle dans la famille

364. La singularité fonctionnelle du droit pénal dans la famille, entre neutralité et originalité. – Le droit pénal tient une fonction particulière dans la cellule familiale. Il y tient une place singulière, en ce que son intervention dans cette sphère privée diffère de celle des autres disciplines juridiques. D'une part, c'est un droit qui se montre particulièrement compréhensif vis-à-vis des pratiques et structures familiales. Il affiche en effet, à l'égard de ce groupe une neutralité ; il est d'ailleurs possible de se demander si cette neutralité ne constitue pas finalement une valeur sociale nouvelle érigée par le droit pénal (§1). Ainsi, et d'autre part, ce droit fait preuve d'une certaine originalité notamment lorsqu'il s'immisce dans la famille (§2).

§1 - La neutralité du droit pénal vis-à-vis de la famille

365. Une conception pénale actualisée de la famille. – La protection pénale des obligations familiales de droit civil et des conditions de validité du lien familial, pourrait donner le sentiment que le droit pénal épouse la conception civiliste de la famille. Cette dernière – bien qu'elle tende à s'assouplir – demeure élective en ce qu'elle continue à asseoir

¹⁵²⁸ G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., PUF, 2016, « Économie ».

¹⁵²⁹ V. A. Zelcevic-Duhamel, « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP éd. G*, 2001. I. 300.

¹⁵³⁰ R. Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2016*, 8^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2016, « Économie du contrat ».

¹⁵³¹ E. Mouial Bassilana, « Le déséquilibre significatif », *J.-Cl.* 2015, fasc. n°730, n°16-18.

les fondements mêmes de la famille sur les liens d'alliance et de parenté¹⁵³², au détriment d'autres formes familiales.

Pourtant, le droit pénal – plus encore que d'autres disciplines juridiques – est enclin à une tolérance particulière vis-à-vis de la famille. En effet, plusieurs exemples suffisent à en attester. Ainsi, longtemps le droit pénal préféra ignorer la commission intrafamiliale d'infractions pénales, soucieux de préserver la paix et la cohésion des familles. Rappelons encore la reconnaissance pénale précoce du droit de la concubine à réparation, à une époque où le concubinage était encore considéré comme indigne de protection sociale et juridique¹⁵³³. Également – et c'est ce dernier exemple qui retiendra notre attention ici – c'est à travers la conception structurelle de la famille adoptée par le droit pénal, au fil des années, que se lie cette tolérance.

Il faut souligner que cette tolérance pénale, s'agissant de la structure de la famille, s'est progressivement déplacée. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, la vision pénale de la famille s'est resserrée. En effet, sous l'ancien droit, bon nombre de dispositions relatives notamment aux immunités familiales visaient – comme membres à part entière de la famille, la personne séparée de fait ou de corps¹⁵³⁴ ou encore les alliés jusqu'au quatrième degré inclus¹⁵³⁵. Cependant, le délitement contemporain des relations familiales élargies a conduit le droit pénal à adapter sa conception horizontale de la famille, optant ainsi pour une conception plus réaliste de cette dernière. Néanmoins, en marge de ce rétrécissement, le droit pénal a actualisé sa vision de la structure familiale, alignant ainsi cette dernière sur une perception sociologique de la famille. Par conséquent, à la normalité familiale le droit pénal a préféré la neutralité familiale, tant envers le couple (A) qu'envers les tiers (B).

¹⁵³² V. *supra*, Introduction, n°30 . Cependant, force est de constater que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe modifiera considérablement, à n'en pas douter, le visage du droit de la filiation, V. J.-J. Lemouland, « Famille », *Rép. civ.* 2015, n° 64.

¹⁵³³ V. par ex. *supra*, n° 60 et 360 *in fine*.

¹⁵³⁴ Il s'agit par exemple de l'immunité de vol (anc. art. 380 du C. pén.) qui profitait également à l'époux séparé de corps ou de fait. Aujourd'hui, ce n'est plus le cas (art. 311-12 du C. pén.).

¹⁵³⁵ V. *infra*, n°318.

A. La neutralité vis-à-vis de la conjugalité

1) La consolidation d'un véritable concept de couple en droit pénal

366. Le droit pénal, une science à mutations rapides. – Le droit pénal – contrairement au droit civil de la famille accusant une progression plus lente – est un droit d'adaptation constante et rapide, contraint dans un contexte familial et social troublé, de répondre au mieux aux différents cas d'espèce qui se présente à lui. Aussi, face à l'ampleur des violences intrafamiliales et en particulier conjugales, le législateur dut faire de la notion de couple, un véritable concept en droit pénal.

367. La reconnaissance d'un véritable concept de couple en droit pénal. – La construction du couple en tant que paradigme fut progressive en droit pénal.

Avant la réforme du nouveau Code pénal, amorcée par la loi du 22 juillet 1992¹⁵³⁶, la protection pénale des membres du couple était inégalitaire et encore fortement imprégnée d'une conception plus civiliste des relations conjugales. Ainsi, aucune disposition pénale ne visaient expressément les termes « conjoint » ou « concubin ». Chaque membre du couple étant pris en considération individuellement et ne bénéficiait pas de droits égaux. En effet, s'agissant du couple marié, le droit pénal ne réservait pas le même sort au mari et à la femme. Par exemple, seule la mère bénéficiait d'une excuse atténuante en cas d'infanticide¹⁵³⁷. De plus, certaines circonstances aggravantes ne visaient que la qualité d'« époux ». C'est le cas notamment de l'ancien article 334-1 du code pénal de 1810 qui posait une aggravation de peine lorsque l'auteur du délit de proxénétisme était « *l'époux, père, mère ou tuteur de la victime [...]* ». Enfin, il est possible de relever – sous l'ancien droit – l'iniquité manifeste de la peine encourue par la femme et par le mari en cas d'adultère. Ainsi, alors que l'épouse convaincue d'adultère était punie de trois mois ou de deux ans d'emprisonnement (ancien

¹⁵³⁶ Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal, *JO* du 23 juillet 1992 (rectificatif au *JO* du 23 décembre 1992).

¹⁵³⁷ La mère auteur d'infanticide était punie de réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans (anc. art. 302 al. 1 C. pén. 1810), sans que cette excuse puisse s'étendre à ses coauteurs ou complices qui eux étaient condamnés à la peine de mort (anc. art. 300 et s. C. pénal 1810) ; Cette clémence vis-à-vis de la femme alors se justifiait par une « folie puerpérale » et la peur du déshonneur. La mère agissant de la sorte était considérée comme malade et inconsciente de la gravité de son acte, V. R. Lalou, « L'infanticide devant les tribunaux français (1825-1910) », *Dénatalité. L'antériorité française 1800-1914*, Revue Communications, Vol. 44, n° 1, 1986, p. 194.

article 337 du code pénal)¹⁵³⁸, le mari lui n'était condamné qu'au paiement d'une amende d'un montant dérisoire¹⁵³⁹ (ancien article 339 du code pénal). S'agissant du concubinage par ailleurs, le droit pénal – sans l'ignorer en totalité – ne lui reconnaissait qu'une portée juridique limitée. Seule la naissance d'un enfant commun aux concubins permettait de révéler la famille naturelle aux yeux du droit pénal. Autrement, aucune mention n'était faite du concubin et de la concubine en tant que véritable couple¹⁵⁴⁰. Bien au contraire, la concubine était considérée individuellement et souvent vu comme un trouble-fête des unions maritales établies. C'était le cas par exemple de l'adultère commis par le mari qui entretenait sa concubine au domicile conjugal¹⁵⁴¹. Il s'agit donc d'une sorte de « *bigamie de fait* »¹⁵⁴². C'était également le cas du délit de concubinage notoire consistant pour le concubin à entretenir des relations avec l'épouse du mari parti en guerre¹⁵⁴³.

Il fallut attendre le nouveau Code pénal de 1994 pour qu'apparaissent dans les textes les notions de conjoint et de concubin, le PACS n'existant pas encore à ce moment là. Ainsi, est créée la première circonstance aggravante tenant à la qualité de conjoint ou de concubin. On remarquera que la notion est volontairement neutre, ne faisant aucune référence au genre dudit conjoint ou concubin. Cette nouvelle circonstance aggravante s'appliquait aux infractions d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne (dans leur version de 1994). Il s'agissait alors des cas de tortures et de barbarie (article 222-3-6^o¹⁵⁴⁴) et des violences volontaires (articles 222-8-6^o, 222-10-6^o, 222-12-6^o, 222-13-6^o). En effet, à travers la réforme du nouveau code pénal, le législateur – fort du progrès des études sur le

¹⁵³⁸ Art. 337 al. 2 « *Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme* ».

¹⁵³⁹ Le montant de l'amende s'élevait de cent francs à deux mille francs.

¹⁵⁴⁰ C. Escoffier-Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994, p. 239, n^o303.

¹⁵⁴¹ Art. 339 anc. précité.

¹⁵⁴² Escoffier-Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994, p. 241, n^o306. Le droit pénal ne sanctionnait cette bigamie que lorsque le concubinage venait en contradiction avec au mariage, mais pas en cas de concubinages multiples.

¹⁵⁴³ 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, *JO* du 26 décembre 1942, p. 4209 : « *Quiconque vivra en concubinage notoire avec l'épouse de celui qui est retenu loin de son pays par circonstance de guerre sera puni de trois mois à trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 1500 à 25 000 frcs* ».

¹⁵⁴⁴ « *Par le conjoint ou le concubin de la victime* ».

phénomène des violences intrafamiliales, et notamment sur leurs impacts sur les enfants¹⁵⁴⁵ – a souhaité exprimer la désapprobation du corps social envers ces violences. Il convenait alors d'affirmer la primauté de l'intégrité physique d'autrui comme intérêt juridiquement protégé, indifféremment de la situation conjugale de la victime.

Cependant, la nouvelle circonstance n'était pas générale puisque pour les infractions de meurtre ou d'agressions sexuelles, la loi pénale ne prévoyait rien. Était-il possible de percevoir dans ces lacunes législatives un sincère oubli involontaire ou au contraire une minimisation du phénomène des violences conjugales ? En effet, en dépit des études menées sur cette violence, il convient de garder présent à l'esprit que cette réalité relève – et cela est encore vrai aujourd'hui – du tabou. Ainsi, si les acteurs législatifs et judiciaires du XXème siècle avaient déjà pris conscience de l'existence de ce fléau, ils n'en ont pas réalisé l'ampleur et les conséquences désastreuses sur la santé des familles et par extension de la société. Devons-nous rappeler que l'ancien Code pénal légitimait expressément le crime passionnel, précisant que «*dans le cas d'adultère, [...] le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit, [était] excusable*»¹⁵⁴⁶. Ainsi, bien que cette excuse atténuante ait été abrogée en 1992, le meurtre à l'encontre du conjoint ou du concubin était encore considéré comme exceptionnel puisque le climat ambiant de violences familiales était alors rarement perçu comme pouvant déboucher sur un homicide¹⁵⁴⁷. Aussi, en cas de meurtre entre conjoints ou concubins, la qualité de l'auteur et les relations intimes existant entre lui et sa victime n'influaient pas sur la gravité de la peine ou de la qualification, le juge pénal bénéficiant alors d'une liberté d'appréciation large. C'est ce même défaut de maîtrise du phénomène des violences conjugales qui ont conduit à occulter les agressions sexuelles de la circonstance aggravante, au nom du « sacro-saint » devoir conjugal. Après tout, ce n'est que récemment en 2010 qu'a été supprimée la présomption de consentement des époux aux relations sexuelles¹⁵⁴⁸.

¹⁵⁴⁵ Une véritable prise de conscience sociale du phénomène des violences intrafamiliales s'est amorcée depuis plus d'une dizaine d'années, V. R. Coutanceau et J. Smith (dir.), *Violence et famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 11 sq.

¹⁵⁴⁶ Anc. art. 324 C. pén. 1810.

¹⁵⁴⁷ C. Escoffier-Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994, p. 237, n°302.

¹⁵⁴⁸ V. *supra*, n° 94.

La loi du 4 avril 2006 marque une évolution importante vers l'acquisition de la neutralité pénale et l'élaboration d'un statut réel du couple en droit pénal. Trois de ces apports essentiels peuvent être relevés. Dans un premier temps, la loi étend la circonstance aggravante aux infractions de meurtre (article 221-4, 9°). En effet, le contexte social de l'élaboration de ce texte de loi était le suivant : environ cent femmes mouraient chaque année sous les coups de leur conjoint ou concubin, en France¹⁵⁴⁹. Aussi, le législateur dut se rendre à l'évidence que le meurtre pouvait constituer une continuité, une transcendance des violences conjugales. D'ailleurs, l'absence de circonstance aggravante tenant à la qualité de conjoint ou de concubin s'agissant du meurtre, semblait d'autant plus ubuesque que le nouveau code pénal aggravait déjà la peine des violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner commises par le conjoint ou le concubin. Dès lors, l'extension de cette circonstance au meurtre était une étape logique. Il en va de même des agressions sexuelles : les agressions sexuelles autres que le viol (article 222-28, 7°) et le viol (article 222-24, 11°).

Dans un deuxième temps, parce que l'objectif de la loi de 2006 est de consacrer le nouveau statut du couple, l'article 132-80 posant la circonstance aggravante tenant aux relations conjugales entre l'auteur et la victime est inséré au sein d'une section III « *De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption de peines* » du Livre premier du code pénal. Par ailleurs, cet article vise dorénavant, à côté du conjoint et du concubin, le partenaire d'un PACS¹⁵⁵⁰. Par conséquent, le droit pénal reconnaît expressément les différentes formes de conjugalités, préexistant socialement depuis plusieurs années.

Enfin, la loi de 2006 étend le champ de la circonstance aggravante aux relations conjugales passées ayant existé entre la victime et l'auteur. Ainsi, l'article 132-80 envisage le cas où les faits seraient commis par l'ex-conjoint, l'ex-concubin ou l'ex-partenaire. Cependant, cette dernière disposition nécessite que l'infraction ait été commise en raison des anciennes relations ayant existé entre les parties. La Cour d'appel a rendu une décision fort intéressante à propos de cette condition, le 8 septembre 2008¹⁵⁵¹. En l'espèce, un homme et une femme

¹⁵⁴⁹ G. Geoffroy, *Proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple*, Rapport n°2726 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 7 décembre 2005, art. 5 (en ligne), disponible sur le site de l'Assemblée nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2726.asp#P322_66047.

¹⁵⁵⁰ F. Alt-Maës, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP. éd. G.* 2000. I. 275, passim.

¹⁵⁵¹ Toulouse, 3^{ème} ch., 8 septembre 2008, n°07/00566, *Dr. pén.* 2009, comm. 17, obs. M. Véron, préc.

mariés pendant vingt-quatre ans, se séparent. Une fois cette séparation entérinée, la femme embauche son ancien concubin dans l'entreprise qu'elle dirige. Néanmoins, devant l'absentéisme de l'homme, elle décide de le licencier rapidement. Le jour de l'entretien préalable, l'homme lui administre un coup de pied aux fesses qui la fait chuter au sol. Une fois la victime réfugiée dans sa voiture, le prévenu administre un deuxième coup de pied cette fois dans la carrosserie du véhicule. Alors que le tribunal correctionnel condamnait l'individu pour violences volontaires ayant entraîné une incapacité de travail inférieure à huit jours commises par concubin (article 222-13-6° du code pénal), la Cour d'appel elle a estimé que rien ne permettait ici d'affirmer que les violences étaient en relation avec les anciennes relations entretenues par le couple, plutôt qu'avec le licenciement. Dès lors, il convenait selon elle de requalifier l'infraction en simple contravention de violences légères... La solution retenue par les juges peut laisser l'observateur dubitatif. En effet, si le licenciement semble être la raison immédiate des violences, elle n'en est pas la seule. Or, l'article 132-80 du code pénal, s'il exige que l'infraction soit en relation avec les relations conjugales passées, ne commande pas que ce lien soit **direct et exclusif**. Aussi, les juges auraient dû se demander si placé dans une autre situation plus neutre – c'est-à-dire un entretien de licenciement avec un patron lambda – le prévenu aurait agi de la même façon. Or, il est fort à parier que son comportement aurait été tout autre... Notons, par ailleurs, que cette condition légale qui tend à justifier la commission de l'infraction par l'auteur, en raison de ses anciennes relations avec la victime, traduit la mutation sous l'enveloppe d'une circonstance aggravante, d'un mobile – en principe indifférent en droit pénal.

En somme, en droit pénal, le législateur contemporain entend protéger « *une famille unigenre et volontairement asexuée* »¹⁵⁵², une famille objectivée.

2) Droit pénal et liberté sexuelle

368. Le choix d'une neutralité sexuelle en droit pénal. – « *Le droit pénal ne saurait être porteur d'une morale familiale autonome* »¹⁵⁵³. Dès lors, il se départit de considérations

¹⁵⁵² M. Douchy-Oudot, « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures* 2010, étude 9, n°4.

¹⁵⁵³ P. Maistre du Chambon, « Quelques considérations sur le droit pénal de la famille », *JCP* éd. G, n°1, 10 janvier 2011, p. 7.

morales quant aux pratiques conjugales et choix de vie individuels. Cette neutralité s'apprécie notamment clairement à travers la dépénalisation de l'adultère et de l'homosexualité. Ces célèbres cas de dépénalisation seront étudiés plus en profondeur dans les développements ultérieurs. Nous nous contenterons ici simplement d'apprécier le caractère avant-gardiste du droit pénal au regard de l'évolution des mœurs.

Ainsi, s'agissant de l'adultère, le juge pénal avait déjà affirmé sa position tolérante vis-à-vis de cette pratique, antérieurement même à sa dépénalisation légale en 1975¹⁵⁵⁴. Nous l'avons vu en effet, le chemin vers la dépénalisation du délit d'adultère fut initié par le juge pénal. Ainsi progressivement, la répression sexuée en fonction de la qualité de femme ou de mari de l'auteur de l'infraction a laissé place à une certaine indifférence pénale en matière d'indemnisation de la concubine¹⁵⁵⁵. S'agissant ensuite de l'homosexualité, il apparaît que l'on soit passé d'une pénalisation de l'homosexualité à une pénalisation de l'homophobie. Ainsi, alors que la loi du 4 août 1982 abroge les dispositions relatives à l'ancien délit d'homosexualité¹⁵⁵⁶, sont aggravées les peines encourues pour les crimes et délits qui auront été commis « à raison de l'orientation ou identité sexuelle de la victime » en vertu de l'article 132-77 du code pénal. De même, est pénalisée la discrimination opérée entre les personnes physique en raison notamment de « leurs mœurs », de « leur orientation ou identité sexuelle » selon l'article 225-1 du code pénal. Ainsi, le droit pénal ne se contente pas seulement de reconnaître la liberté sexuelle, il protège de plus le droit de tout individu à revendiquer cette liberté.

B. La neutralité vis-à-vis du tiers

369. La reconnaissance du tiers dans la famille en droit pénal. – Si la famille française contemporaine se conçoit de manière restrictive, tel ne fut pas toujours le cas. En effet, dans la famille dite médiévale, liens de parenté et liens d'amitié se mêlaient souvent, de sorte que le tiers tenait dans les familles une place importante. Ce fut notamment, dès le XIII^e siècle

¹⁵⁵⁴ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JO* du 12 juillet 1975, p. 7171.

¹⁵⁵⁵ *V. supra*, n°360.

¹⁵⁵⁶ Loi n° 82-683 du 4 août 1982 portant abrogation de l'article 331 (al. 2) du code pénal pénalisant les actes impudiques ou contre nature commis avec un mineur du même sexe (homosexualité), *JO* du 5 août 1982, p. 2502.

par exemple, le cas des « amis charnels » ou « affins »¹⁵⁵⁷ qui jouaient un rôle clé dans la vie juridique et notamment en droit criminel¹⁵⁵⁸. L'ami charnel qui commettait un rapt en vue de marier la jeune fille mineure¹⁵⁵⁹ n'encourait aucune peine par exemple¹⁵⁶⁰. De plus, les amis charnels étaient appelés à dénoncer les enlèvements et séquestrations des jeunes héritières, mais également les auteurs de l'homicide de leurs proches¹⁵⁶¹. De même, l'ami charnel – véritable prédécesseur de la victime par ricochet contemporaine, a droit à une réparation pécuniaire en cas de décès d'un des membres du lignage. Aussi, écrit-on que le réseau familial, « *espace le plus sûr pour surmonter les aléas de la vie et de faire face à l'adversité, [...] s'ouvre volontiers aux amis chers, élevés au rang d' "amis charnels" et ainsi intégrés à la famille* »¹⁵⁶². Aussi, « *famille réelle et famille rêvée [se confondaient-elles] grâce à des appellations qui incorporaient les membres proches de la lignée au cercle fraternel* »¹⁵⁶³.

370. L'apparition de nouveaux acteurs dans la famille. – Depuis le début du XXème siècle, le tiers intervenant dans la famille contemporaine a changé de visage. En effet, la hausse du taux de divortialité, mais également la désinstitutionnalisation du couple ont favorisé une instabilité conjugale oscillant entre désunions et reconstitutions familiales. Ces transitions précaires conduisent dès lors à l'avènement de familles « *bifocales* »¹⁵⁶⁴, voire multifocales ou que nous pourrions encore qualifier de familles complexes ou reconstituées. Or, le seul point

¹⁵⁵⁷ Dans un souci de concision, nous ne citerons ici que les amis charnels. Mais, il est également possible de citer le contrat d'« affrèment » par lequel « *deux personnes – qui peuvent n'avoir entre elles aucun lien de parenté – décident de mettre leurs biens en commun, de vivre ensemble, mangeant, buvant et habitant au même foyer* », V. R. Aubenas, « Réflexions sur les fraternités artificielles Au Moyen-Âge », in Etudes historiques à la mémoire de Noël Didier, Montchrestien, 1960, p. 1-10. Ce contrat rappelle étrangement le PACS créé jadis pour les couples homosexuels. Mais, le contrat d'affrèment pouvait également être conclu par les époux afin d'assurer au conjoint survivant une part de l'héritage du défunt.

¹⁵⁵⁸ J. et A. Pousson, *L'affection et le Droit*, Toulouse, édition du CNRS, 1990, p. 36 sq. De plus ces amis charnels étaient chargés de porter à la connaissance de la justice pénale les enlèvements et séquestrations de riches héritières.

¹⁵⁵⁹ J. et A. Pousson, *op. cit.*, p. 37. Les auteurs utilisent le terme « sous-âgés » en opposition des majeurs.

¹⁵⁶⁰ J. et A. Pousson, *ibidem*, p. 37. De la même manière, le mariage de la pupille consenti sans le consentement de tels amis était sanctionné pénalement.

¹⁵⁶¹ Pour plus de précisions sur la procédure d'appel à dénonciation jusqu'à la fin du XIVème siècle, V. J. Briand, « Les appels à la dénonciation dans la procédure judiciaire rémoise à la fin du Moyen Age », *Hypothèses*, n°12, 2009, p. 120 sq. Cette procédure d'appel durait en moyenne trois mois ; et le silence des amis charnels à cet appel valait refus de ne pas poursuivre le prévenu. La population considère alors, selon un consensus commun, celui que l'on sait coupable comme innocent.

¹⁵⁶² S. Mouysset, « De mémoire, d'action et d'amour : les relations hommes/femmes dans les écrits du for privé français au XVIIIe siècle », *Dix-septième siècle*, n° 244, 2009, p. 407.

¹⁵⁶³ S. Mouysset, *op. cit.*, p. 407.

¹⁵⁶⁴ F. De Singly (dir.), *La famille. L'état des savoirs*, La Découverte, Paris, 1992, p. 60.

commun à ces familles reconstituées ne réside pas dans la forme d'union qui les fonde – les seconds mariages accusant eux aussi un certain recul¹⁵⁶⁵ –, mais dans l'apparition d'une nouvelle figure de la famille contemporaine : le beau-parent.

371. Le beau-parent, un troisième acteur parental incontournable. – Un auteur faisait remarquer avec raison qu'« à la différence du veuvage où le beau-parent vient occuper une place “vacante”, la désunion fait de celui-ci un acteur supplémentaire de la donne familiale »¹⁵⁶⁶. Aussi, ce beau-parent exerce souvent lui aussi une fonction de parentalité auprès de l'enfant. Sa présence dans le réseau familial est donc devenue une réalité sociale impossible à contourner aujourd'hui.

Face à cette réalité, le droit pénal semble adopter une approche différente de celle du droit civil. Alors que ce dernier prend en compte la relation beau-parent/enfant au titre des liens d'affection qui peuvent se tisser entre eux (1) le droit pénal aborde cette relation en terme de liens d'autorité (2)

1) La reconnaissance par le droit civil d'une fonction affective du beau-parent

372. Le beau-parent, un tiers « privilégié » en droit civil .– La question du statut du beau-parent n'est pas nouvelle. En effet, dans son rapport de 2006, le défenseur des enfants avait déjà affirmé une volonté d' « *instaurer un véritable statut des tiers* »¹⁵⁶⁷, notamment des beaux-parents, « *qui participent à l'éducation de l'enfant et avec lesquels il noue souvent des liens affectifs forts* »¹⁵⁶⁸. Ainsi, depuis plusieurs années, la loi civile tente d'octroyer des droits ou des mécanismes juridiques au beau parent, afin que ce dernier prenne une meilleure part à l'éducation de l'enfant. Bien que le principe soit celui de la coparentalité¹⁵⁶⁹ – ce

¹⁵⁶⁵ Le remariage permet d'identifier plus aisément les reconstructions familiales, cependant lui aussi se confronte à la désaffection populaire.

¹⁵⁶⁶ F. De Singly (dir.), *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁶⁷ D. Versini, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, Rapport annuel du Défenseur des enfants, 2006, p. 5.

¹⁵⁶⁸ D. Versini, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁶⁹ Art. 371-1 C. civ.

dernier subsistant au-delà de la séparation des parents¹⁵⁷⁰, le droit civil consent à accorder au beau-parent un certain nombre de prérogatives. Ainsi, en qualité de tiers « facilité », le beau-parent peut – à certaines conditions légales – adopter l'enfant de son conjoint, sous la forme plénière¹⁵⁷¹ ou la forme simple¹⁵⁷². De plus, depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples homosexuels, le conjoint homosexuel qui n'avait auparavant aucun lien juridiquement reconnu avec l'enfant adopté par l'autre époux – et qui a pleinement participé au projet parental et à l'éducation du mineur – peut être assimilé au parent¹⁵⁷³. Cependant, notons-le, si cette réforme uniformise le droit de l'adoption pour les couples mariés – hétérosexuels et homosexuels – en revanche elle demeure silencieuse sur le statut juridique du beau-parent concubin ou pacsé (homosexuel ou hétérosexuel d'ailleurs).

À l'endroit de ces beaux-parents néanmoins, la loi du 4 mars 2002 a prévu certaines dispositions qui leur sont favorables, bien que parcellaires. En effet, cette loi offre au beau-parent certaines prérogatives spécifiques et déroatoires soumises à l'autorisation incontournable du juge aux affaires familiales et au seul intérêt de l'enfant. Ainsi, le beau-parent peut « à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige », se voir confier par le juge l'enfant en cas de séparation des parents, notamment lorsque l'un d'eux est privé de l'exercice de l'autorité parentale¹⁵⁷⁴. De plus, « dans des circonstances exceptionnelles »¹⁵⁷⁵ et du vivant des parents, le juge peut décider qu'en cas de décès du parent qui exerce l'autorité parentale, l'enfant ne sera pas confié au parent survivant, mais au tiers à titre provisoire¹⁵⁷⁶.

Par ailleurs, la loi de 2002 a allégé le mécanisme de délégation de l'autorité parentale qui s'inspire fortement des propositions formulées plus tôt par le rapport Dekeuwer-Defossez de

¹⁵⁷⁰ Art. 373-2 dispose que « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale ». Par conséquent, même en cas de séparation, l'autorité parentale continue d'être exercée par les deux parents de l'enfant, indépendamment de la reformation successive de nouveaux couples par chacun d'eux.

¹⁵⁷¹ Art. 345-1 C. civ.

¹⁵⁷² Art. 360 C. civ.

¹⁵⁷³ Art. 7 et 8 de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 : « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise [...] lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard », et « l'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple ».

¹⁵⁷⁴ Art. 373-3, al. 2 C. civ. Notons toutefois que le texte précise que le tiers concerné sera choisi de préférence dans la parenté de l'enfant ...

¹⁵⁷⁵ CA de Pau, 12 décembre 1995, Defrénois 1997, p. 996, obs. J. Massip : le juge a estimé de telles circonstances exceptionnelles constituées dans le cas de la mère gravement malade et exerçant seule l'autorité parentale, alors que le père de l'enfant, alors divorcé de la mère, était de nationalité zaïroise et avait été pénalement condamné en France avant d'être expulsé.

¹⁵⁷⁶ Art. 373-3 al. 3 C. civ.

1999¹⁵⁷⁷, en contradiction du principe d'indisponibilité de l'autorité parentale¹⁵⁷⁸. Ainsi, les parents peuvent saisir le juge afin de demander volontairement¹⁵⁷⁹ que soit délégué partiellement (droit de surveillance et de garde) ou en totalité l'exercice de l'autorité parentale (transfert de la totalité des droits et devoirs de l'autorité parentale) à un tiers, un membre de la famille, une proche digne de confiance, un établissement agréé en vertu de l'article 377 du code civil. En outre, la loi de 2002 a créé un mécanisme inédit, la délégation-partage de l'autorité parentale. Elle consiste pour le juge à prévoir, selon l'article 377-1 du code civil, dans sa décision de délégation, et « *pour les besoins d'éducation de l'enfant* », que les pères et mères partageront avec le tiers délégataire tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale. Cette délégation-partage a pour mérite de laisser subsister au bénéfice des deux parents et du tiers les différents attributs de l'autorité parentale ; il s'agit donc d'un « *partage de l'autorité sans dépossession* »¹⁵⁸⁰. La mise en place de ce partage suppose bien évidemment l'accord du ou des parents. Ainsi, le beau-parent sera réputé pouvoir accomplir les actes usuels d'éducation auprès de l'enfant, sans que l'accord supplémentaire du ou des parents ne soit exigé¹⁵⁸¹. *A contrario*, lorsqu'il s'agira d'actes graves, le consentement du parent sera requis.

373. Des relations facilitées entre le beau-parent et l'enfant – En dépit d'arguments contraires¹⁵⁸², ces différents mécanismes juridiques mis à la disposition du beau-parent

¹⁵⁷⁷ Avant 2002, cette délégation de l'exercice de l'autorité parentale était davantage perçue comme un abandon de l'enfant par ses parents. Pour plus d'éléments, V. F. Dekeuwer-Defossez (dir.), *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, Paris, Documentation française, septembre 1999, p.78 sq.

¹⁵⁷⁸ Art. 376 C. civ.

¹⁵⁷⁹ Cette délégation peut également être forcée lorsque les parents témoignent un « *désintérêt manifeste* » vis-à-vis de l'enfant ou en cas de défaillance V, Art. 377 al. 2 C. civ.

¹⁵⁸⁰ J. Leonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Rapport fait au Premier ministre, octobre 2009, p. 67 sq (en ligne) : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000484.pdf>.

¹⁵⁸¹ V. art. 377 al. 2 C. civ renvoyant à l'art. 372-2 C. civ « *A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* ».

¹⁵⁸² Les propositions du rapport de Défenseurs des enfants de 2006, notamment le « mandat d'éducation » permettant au beau-parent d'accomplir ponctuellement des actes usuels simples (comme le fait de pouvoir récupérer l'enfant à l'école sans être soupçonné d'enlèvement, pouvoir l'accompagner chez le médecin, etc) n'ont pas été retenues, V. Avena-Robardet, « En route pour un statut du beau-parent », *AJ. Fam.* 2007. 447 ; D. Versini, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités*, op. cit., p. 36-37. De même, dans le cadre de l'élaboration en 2009 d'un avant-projet de loi relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers – tendant à créer un véritable statut du beau-parent en droit civil – le rapport de l'ancien député Jean Leonetti a rappelé que la place du beau-parent ne pouvait se faire au détriment de la coparentalité. Ainsi, le rapport limitait la reconnaissance du beau-

semblent prometteurs d'une émergence d'un statut du beau-parent en droit civil. D'ailleurs, la loi du 17 mai 2013 a inséré dans le code civil un nouvel article 371-4 précisant que « *si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables* ». De plus, une nouvelle proposition de loi sur l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant, adoptée le 27 juin 2015 par l'Assemblée nationale ambitionne – entre autres apports – de reconnaître la place du beau-parent dans les familles recomposées en créant le « mandat d'éducation quotidienne »¹⁵⁸³. Enfin, de manière assez surprenante, les juridictions civiles ont eu par le passé l'occasion de retenir au profit de l'ex-concubine de la mère, un droit de visite et d'hébergement, compte tenu de la place de « *seconde mère* » qu'elle avait tenu auprès des enfants et des liens affectifs forts qui s'étaient tissés entre eux¹⁵⁸⁴.

En somme on le voit, le législateur tend progressivement à reconnaître le beau parent comme un véritable parent social et affectif de l'enfant. Ce constat est moins vrai s'agissant du droit pénal.

2) L'admission par le droit pénal d'une fonction d'autorité du beau-parent

374. La qualité de beau-parent, élément et circonstance de répression. – Contrairement au droit civil, le droit pénal n'attache pas de valeur particulière à la dimension affective de la relation existant entre le beau-parent et l'enfant. Il se borne à constater l'existence sociale du beau-parent. En effet, de par les liens de proximité et de confiance qu'il noue avec l'enfant et son parent biologique, le beau-parent devient un nouvel acteur sur la scène pénale susceptible de commettre certains actes répréhensibles. Ainsi, la présence du beau-parent s'impose au droit pénal qui le considère comme un simple tiers. En cela, la reconnaissance pénale du beau-

parent à un mécanisme de médiation familiale permettant aux parents et au tiers de s'accorder sur les prérogatives de ce-dernier, V. J. Leonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Rapport fait au Premier ministre, octobre 2009 ; S. Lavric, « Rapport Leonetti sur le statut du beau-parent », *D. actualité* 2009 ;

¹⁵⁸³ Tout comme le mandat d'éducation initial, le mandat d'éducation quotidienne permet, avec l'accord des parents, au beau-parent d'accomplir des actes usuels d'autorité et d'en attester grâce à un document officiel.

¹⁵⁸⁴ TGI Besançon, 6 janvier 2000, *D.* 2000, IR, 88. Idem cette fois-ci pour l'ex-concubin de la mère, CA Grenoble, 15 décembre 1977, *Dr. Fam.* 1998, n°38.

parent apparaît neutre, objective. Elle se justifie ainsi à des fins purement utilitaristes, c'est-à-dire répressives. Ainsi, du point de vue du droit pénal, la qualité de beau-parent est un paramètre de répression important. À ce titre, la prise en compte du tiers et notamment du beau-parent se lit à travers une notions clé en droit pénal : « l'autorité ».

375. La notion d'autorité déclinée. – La notion d'autorité ne joue pas, dans la technique de répression, la même fonction infractionnelle selon son utilisation. En effet, soit le droit pénal l'emploie comme une circonstance aggravante. À ce titre, la notion est greffée aux agressions sexuelles (articles 222-22,4°, 222-28, 2° et 222-30, 2° du code pénal) et aux atteintes sexuelles (article 227-26, 1° du code pénal) ; soit, il l'emploie comme un élément constitutif de l'infraction.

En tant que circonstance aggravante premièrement, la notion d'autorité a fait l'objet d'une clarification législative récente. En effet, depuis la loi du 8 février 2010, la circonstance aggravante personnelle tenant à la qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité sur la victime a été reformulée. Auparavant cette circonstance consistait dans la commission des infractions, « *par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime* ». À cette formulation se substitue désormais une nouvelle circonstance rédigée en des termes plus neutres. Ainsi, il est précisé que les infractions sexuelles perpétrées « *par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* » seront plus sévèrement punies. Cette modification a, d'une part, pour effet de supprimer toute allusion à la nature de la filiation de l'enfant, alignant ainsi le droit pénal sur le droit civil en matière de filiation¹⁵⁸⁵. Elle vient, d'autre part, expliciter la nature d'autorité, requise pour caractériser la circonstance aggravante. Ainsi, les textes exigent que soit rapportée la preuve de l'exercice d'une « une autorité de droit ou de fait » sur

¹⁵⁸⁵ Notons que le législateur ne fait pas preuve de ce souci d'homogénéisation pour toutes les circonstances aggravantes. Ainsi, par exemple en cas de violences volontaires commises sur l'ascendant, la circonstance aggravante mentionne encore la qualité d' « *ascendant légitime ou naturel ou sur les père et mère adoptifs* », V. *supra*, n°312 (la circonstance aggravante de nature parentale). Ces modifications ciblées aux seules infractions sexuelles – révélatrice d'une frénésie réformatrice par à-coups du législateur – s'expliquent pas la volonté des rédacteurs de la loi de « *prévoir des mesures de coordination dans plusieurs articles du code pénale, afin de prévoir que l'inceste, nouvellement défini, fait partie des circonstances aggravantes de divers infractions* », V. M.-L Fort, *Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes*, Rapport n°1601 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, Avril 2009, Art. 2.

la victime. Tandis que « *l'autorité de droit puise sa source dans la loi [...], l'autorité de fait résulte des circonstances particulières, mais également de la position des personnes les unes par rapport aux autres* »¹⁵⁸⁶.

En réalité, le législateur pénal s'est contenté de reprendre l'interprétation traditionnelle que la jurisprudence fait de la notion d'autorité. En effet, la jurisprudence pénale a de tout temps retenu la culpabilité de beaux-parents, indifféremment des liens de parenté qu'ils auraient ou non avec la victime, grâce à cette notion d'autorité de droit ou de fait. Aussi, dans un arrêt du 29 janvier 1992, la chambre criminelle a-t-elle estimé qu'exerçait sur le mineur une autorité de droit et de fait, le concubin de la mère. Elle relevait que « *l'accusé était le concubin de la mère de la victime, mais également que cette dernière habitait avec le couple* », que dès lors « *l'auteur du viol est de la classe de ceux qui ont autorité sur la victime résultant aussi bien d'une autorité de fait que d'une autorité de droit* »¹⁵⁸⁷.

C'est deuxièmement au titre des éléments constitutifs qu'est employée la notion d'autorité. En effet, l'« autorité de droit ou de fait » entre dans la définition d'une notion plus délimitée qu'est la contrainte. La contrainte constitue un élément constitutif des infractions d'agressions sexuelles (viols et agressions sexuelles autres que le viol) des articles 222-22 et suivants du code pénal. Le législateur de 2010 a souhaité apporter une définition plus claire de la contrainte dans un nouvel article 222-22-1. Aux termes de ce texte, « *la contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. 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 celle-ci exerce sur cette victime* ». Cette double exigence législative (minorité et autorité) se comprend assez aisément. Ainsi, pour être caractérisés le viol et les agressions sexuelles autres nécessitent qu'ils aient été commis avec « violence, contrainte, menace ou surprise »¹⁵⁸⁸. Or, devoir rapporter la preuve du non-consentement de l'enfant mineur aux actes incestueux semble pour le moins choquant de par la spécificité même de cette criminalité. En effet, l'acte incestueux est l'acte imposé au mineur par un de ses référents (parent(s) ou tiers participant activement à son éducation), c'est-à-dire une

¹⁵⁸⁶ G. Delors, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2010.599, n°22.

¹⁵⁸⁷ Par exemple Cass. crim., 29 janvier 1992, pourvoi n° 91-87.748, inédit ; Même faits, Cass. crim., 3 septembre 1992, pourvoi n° 92-83.319, inédit.

¹⁵⁸⁸ Art. 222-22 C. pén.

personne qui fait partie de l'intimité de l'enfant et en qui il fonde une certaine confiance. L'inceste brouille donc profondément les repères fondamentaux du mineur dès son plus jeune âge. Dans de telles circonstances, le mineur manque nécessairement de discernement quant à la portée des actes qui lui sont imposés. De plus, l'inceste est un phénomène insidieux en ce que les violences, menaces et contrainte n'arrivent que postérieurement au premier passage à l'acte sous forme d'intimidations, de chantages¹⁵⁸⁹ et perdurent ainsi plusieurs années durant. C'est cela même qui rend indétectable cette criminalité. De la même manière, il semblait compliqué de recourir à l'état de surprise dans le cas particulier d'inceste. En effet, bien qu'il soit indéniable que le consentement de l'enfant soit annihilé, il semble difficile cependant de retenir l'état de surprise lorsque les actes incestueux sont répétés depuis plusieurs années. Aussi, paraît-il judicieux de faire découler du jeune âge de l'enfant, l'état de contrainte. Toutefois, la seule condition de la minorité ne semble pas suffisante à caractériser la contrainte morale. En effet, la contrainte même morale, telle que conçue dans l'incrimination des agressions sexuelles (viol et agressions sexuelles autres), suppose « l'incapacité de la victime à réagir »¹⁵⁹⁰. Elle s'apprécie donc *in concreto*, en fonction de « la capacité de résistance de la victime »¹⁵⁹¹. Dès lors, la seule différence d'âge entre l'auteur et la victime ne permet pas de démontrer concrètement en quoi le mineur a été moralement dans l'incapacité de réagir aux actes sexuels. Ainsi, seule l'autorité qu'exerce l'adulte sur lui saurait emporter la certitude de la contrainte. En effet, l'écart d'âge qui existe entre un grand-père et son petit-enfant n'emporte pas à lui seul l'état de contrainte, surtout si cet ascendant ne rencontre que sporadiquement l'enfant à l'occasion de visites. Néanmoins, l'autorité qu'exerce sur l'enfant son grand-parent lorsque ce dernier est sous sa surveillance est susceptible de caractériser la contrainte. De même, le simple fait que le concubin de la mère de l'enfant soit plus âgé que lui ne peut suffire à retenir un quelconque état de contrainte.

Il est vrai que cette définition de la contrainte via la notion d'autorité, semble techniquement malaisée de prime abord. Ainsi, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler à l'ordre certains juges du fond qui tentaient de faire découler la contrainte, à la fois de la minorité de

¹⁵⁸⁹ V. notamment, C. Guéry, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.* 1998, chron. 47, p. 50, n° 21.

¹⁵⁹⁰ M. Pariguet, « De l'autorité en droit pénal. Esquisse d'une définition », *JCP éd. G* 2013, doctr. 1000, n°6.

¹⁵⁹¹ Cass. crim., 8 juin 1999, pourvoi n° 94-81.376, Bull. crim. n° 226.

la victime et de l'autorité de l'auteur¹⁵⁹². En effet, au regard du principe d'interdiction de confusion des éléments constitutifs et des circonstances aggravantes d'une même infraction, minorité et autorité ne peuvent être simultanément les éléments de définition de la contrainte – condition constitutive des viol et agressions sexuelles – alors qu'ils constituent déjà des circonstances aggravantes de ces infractions. Notons cependant que par la suite, la Haute Cour a assoupli sa position s'agissant de la minorité de la victime dans un arrêt remarqué. Le 7 décembre 2005, elle a en effet estimé coupable l'adulte ayant commis des agressions sexuelles sur trois mineurs âgés d' « *un an et demi à cinq ans* » en ce que « *l'état de contrainte ou de surprise résulte du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés* »¹⁵⁹³.

D'un point de vue sémantique ensuite, la définition de la contrainte par le biais de l'autorité ne devrait pas déranger davantage. Aussi, l'« autorité » ne s'assimile-t-elle pas à la « contrainte ». Alors que la contrainte suppose, comme cela a été mentionné ci-dessus, une incapacité de la victime à agir et donc une absence de consentement, l'autorité implique que l'agent accepte de se soumettre aux exigences de l'autre sans violence, ni menace¹⁵⁹⁴. Un auteur affirmait joliment que « *là où la force est employée, l'autorité proprement dite a échoué* »¹⁵⁹⁵. En somme si l'autorité est synonyme d'obéissance, elle est l'antonyme de la coercition. Les termes « contrainte » et « autorité » conservent bien leur sens fort lorsqu'ils sont respectivement employés, comme élément constitutif des agressions sexuelles pour le premier et comme circonstance aggravante pour le deuxième. Cependant, lorsque le terme autorité est utilisé en tant qu'élément constitutif, son sens se transforme. En réalité, « autorité » dans cette fonction doit être comprise comme l'abus d'autorité ; et dans cette fonction, l'appariement des deux notions de contrainte et d'autorité se comprend aisément. Par conséquent, deux hypothèses doivent être distinguées. Dans la première, le tiers est considéré par le droit pénal en sa qualité de personne ayant une autorité consentie et reconnue sur la victime. D'ailleurs, dans ce cas il est expressément rapproché de l'ascendant de la

¹⁵⁹² Cass. crim. 21 octobre 1998, pourvoi n° 98-83.843, Bull. crim. n° 274, *JCP éd. G* 1998, II, 10215, note D. Dreyer (confusion de la minorité et de l'autorité avec la contrainte) ; Cass. crim. 10 mai 2001, pourvoi n° 00-87.659, Bull. crim. 116, *Dr. pén.* 2001, comm. 110, note M. Véron (confusion autorité et contrainte).

¹⁵⁹³ Cass. crim., 7 décembre 2005, pourvoi n° 05-81.316, *Dr. pén.* 2006, comm. 31, note M. Véron ; *RSC* 2006. 316, obs. Y. Mayaud. Pour plus de précision sur ce point, V. *Supra*, n°95.

¹⁵⁹⁴ M. Pariguet, *op. cit.*, passim.

¹⁵⁹⁵ H. Arendt, « Qu'est-ce-que l'autorité », in *La crise de la culture*, Gallimard, coll. Folio Essais, 1989, p. 121.

victime. Dans la deuxième, le tiers¹⁵⁹⁶ est vu comme la personne qui abuse de son autorité morale sur la victime pour contraindre celle-ci.

§2 - L'originalité fonctionnelle du droit pénal dans la famille

376. Une originalité tenant à sa position satellitaire dans la famille. – « *Les lois criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* »¹⁵⁹⁷. Cette célèbre citation de Rousseau, reprise par la suite par Portalis, apparaît définitivement surannée puisque l'originalité du droit pénal se trouve justement dans sa fonction satellitaire au sein du système judiciaire. Ainsi, un raisonnement *à contrario* de l'accessoirisation du droit pénal dans la famille conduit à repenser son rôle. En effet, négativement, le droit pénal est considéré comme subsidiaire des obligations énoncées par les disciplines principales qu'il vient renforcer. Positivement, cependant, cela est révélateur en réalité de l'inefficacité partielle de l'autorité de ces disciplines supérieures qui ne peuvent se départir de l'action du droit criminel. En somme, le droit pénal est un droit indispensable, incontournable pour ces disciplines. D'une part, c'est le cas lorsque leur circonférence d'action est limitée et que leur incompétence dans certains domaines conduit à des insuffisances juridiques. C'est ce constat d'ailleurs qui a abouti au besoin ressenti par le législateur d'appréhender expressément l'inceste sur un plan pénal. En effet, parce que l'État avait à cœur de ne pas imposer une « morale pénale » au sein des foyers, le droit pénal se contentait timidement de prendre en considération le lien familial entre l'auteur et la victime au sein d'une circonstance aggravante tenant à la qualité d'ascendant ou de personne ayant une autorité de droit ou de fait. De cette manière, le droit pénal évitait habilement de nommer le tabou de l'inceste et par la même les personnes qui peuvent se rendre coupables de telles pratiques au sein de la famille. Ainsi, seul le droit civil – à travers les empêchements à mariage (article 161 et suivants du code civil) – prohibait avec force, bien qu'implicitement¹⁵⁹⁸, l'inceste. En effet, l'inceste pervertit l'institution du mariage (et plus

¹⁵⁹⁶ Mais il pourrait également s'agir d'un inconnu dans la mesure où la définition de la contrainte de l'article 222-22-1 a vocation à s'appliquer à toute agression sexuelle, même extrafamiliale.

¹⁵⁹⁷ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1^{ère} éd. 1762, Flammarion, 1966, p. 91.

¹⁵⁹⁸ Le droit civil prohibe l'inceste sans jamais le nommer expressément, V. art . 161 à 164 (les empêchements à mariage), 515-2 (empêchements au PACS) et 310-2 du C. civ (la filiation de l'enfant en cas d'union incestueuse).

tard celle du PACS)¹⁵⁹⁹. Dès lors, pourquoi ne pas se contenter d'une prohibition civile de l'inceste ? La raison en est évidente. Ce que le droit civil protège au détour de ces obstacles, c'est uniquement la face institutionnelle, c'est-à-dire visible de l'inceste. En revanche, la compétence du droit civil trouve sa limite dès qu'il s'agit de faire respecter la vie ou l'intégrité du corps humain. Pour cause, la défense de cette valeur sociale est de manière originelle l'apanage du droit criminel¹⁶⁰⁰. Précisons d'ailleurs que l'intégrité protégée par le droit pénal est non seulement physique, mais également morale¹⁶⁰¹.

Aussi, afin de rendre plus lisible la valeur sociale réelle qu'il convenait de protéger (l'intégrité physique et morale de la victime mineure d'inceste), il est apparu nécessaire au législateur de replacer le débat de l'inceste sur la scène pénale par le biais de sa pénalisation. Il est certes possible de regretter la méthodologie d'incrimination mise en œuvre par le législateur pénal afin de parvenir au résultat escompté¹⁶⁰². Néanmoins, il convient de reconnaître le bien-fondé de l'opération consistant à faire la lumière sur la réalité de l'inceste, compte tenu des traumatismes indélébiles dont elle est la cause. En effet, antérieurement à cet effort législatif, la protection des victimes d'inceste mineures¹⁶⁰³ était fortement carencée voire inopérante. La circonstance aggravante tenant à la qualité d'ascendant ou de toute personne ayant une

¹⁵⁹⁹ Cela explique d'ailleurs que le concubinage ne soit pas pris en compte au titre des obstacles et est révélateur de la vision discriminatoire que le droit civil conserve vis-à-vis de ce mode d'union.

¹⁶⁰⁰ R. Merle, et A. Vitu, *Droit pénal général*, Tome. 1, 1^{er} éd. 1967, Editions CUIJAS, coll. Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, 1997, p. 217, n° 147. Il est vrai que depuis plusieurs années sont apparus des textes fondateurs, tels que la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, qui consacrent le droit à la vie et au respect de l'intégrité physique, V. notamment art. 2 et 3 de la Conv. EDH ; Cependant, le droit criminel n'a guère attendu l'élaboration de traités internationaux pour reconnaître ces principes. Ainsi, sous l'ancien droit déjà, la loi pénale a toujours condamné tout attentat à la vie d'autrui qu'il s'agisse du meurtre, de l'assassinat ou de l'empoisonnement (anciens art. 295 à 304 du code pénal de 1810). Il en va de même s'agissant de l'intégrité physique d'autrui avec la répression des coups et blessures volontaires ou involontaires sur la personne d'autrui (anciens art. 309 à 329) ou des atteintes à la pudeur (anciens art. 330 et s). En outre, depuis la loi n° 81-908 du 9 octobre 1981, la peine de mort de figure plus parmi la liste des peines susceptibles d'être prononcées. Aussi, est-il possible d'affirmer – bien qu'il ait été encore amélioré par la suite, que le droit pénal français a toujours fait de l'obligation de respect de l'intégrité corporelle de l'individu, une sinon la première valeur sociale essentielle.

¹⁶⁰¹ La jurisprudence pénale reconnaît de longue date la nature physique mais aussi morale des violences volontaires, V. Cass. crim., 16 février 1938, *Gaz. Pal.* 1938. I. 750 ; CA de Toulouse, 3^e ch., 26 juin 2003, *D.* 2003. 2728 ; Cass. crim., 2 septembre 2005, *Bull. crim.* n° 212 ; *D.* 2005. Pan. 2989, obs. T. Garé et G. Roujou de Boubée : « le délit de violences peut être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout comportement de nature à causer, sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique ». La création du nouvel article 222-14-1 du code pénal vient consacrer cette jurisprudence. Il en va de même pour la contrainte qui peut-être physique mais aussi morale, V. *supra*, n° 138 *in fine*.

¹⁶⁰² V. *supra*, n° 333.

¹⁶⁰³ Notons cependant que celle des victimes majeures d'inceste demeure encore imparfaite, V. *supra*, la répression de l'inceste dit « consenti », n°184 et s.

autorité sur le mineur était difficilement applicable à certains membres de la famille, comme les sœur et frère ou les oncle et tante¹⁶⁰⁴. De même, les viols et agressions sexuelles commises avec contrainte, menace, surprise ou violence, sur un mineur de 15 ans ou de 15 à 18 ans, par un ascendant ou une personne ayant autorité étaient punis en tant que « simples » atteintes sexuelles aggravées. Elles ne permettaient donc pas de mettre en évidence l'absence de discernement de l'enfant¹⁶⁰⁵ !

D'autre part, l'intervention du droit pénal devient indispensable lorsqu'elle sert de béquille aux disciplines principales afin d'asseoir les sanctions extra-pénales qu'elles souhaitent voir respecter. Ici, les exemples sont foisonnants tant le droit pénal est sollicité, risquant d'ailleurs parfois de le dénaturer. C'est le cas lorsqu'il est appelé à sceller les obligations édictées par le droit civil en matière de filiation et d'autorité parentale (non-représentation d'enfants ou abandon de famille par exemple). C'est encore le cas lorsqu'il renforce – dans les intérêts de l'État – le principe monogamique d'ordre public (délict de bigamie).

En somme, alors qu'il est présenté comme un droit disparate tributaire de toutes les branches du droit, il est possible de se demander si à l'inverse, il n'est pas en réalité la branche du droit qui permet de maintenir et pérenniser toutes les autres...

377. Un droit créatif. – Le droit pénal est certes neutre quant il intervient dans la famille, mais il n'est pas inerte. Ainsi, il est doté d'une fonction expressive c'est-à-dire qu'il fait reposer toute incrimination « *sur un choix de valeurs ou d'intérêts dont le respect est jugé indispensable au maintien de l'ordre social* »¹⁶⁰⁶. On dit encore de lui qu'il est un droit « *déterminateur* »¹⁶⁰⁷. En effet, le droit pénal n'est pas dépourvu d'un certain pouvoir normatif. Ainsi, lorsque le droit pénal interdit d'adopter tel ou tel comportement, il délivre sa propre conception de *ce que sont* les relations au sein d'une société donnée. À ce titre, il est possible de constater que le premier trait de singularité du droit pénal réside précisément dans

¹⁶⁰⁴ Encore aujourd'hui, la proposition de loi relative à la protection de l'enfant n'inclut pas dans la listes des personnes auteurs d'inceste, les cousins et cousines ou les grands-tantes et grands oncles, par souci de précision dans la définition de la cellule familiale.

¹⁶⁰⁵ Le législateur aurait cependant pu aller plus loin, en concluant à l'existence d'un consentement *a minima* surpris s'agissant de tous les actes incestueux, V. *supra*, n° 138 *in fine*.

¹⁶⁰⁶ X. Pin, *Droit pénal général 2016*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2015, p. 2-5.

¹⁶⁰⁷ R. Merle, et A. Vitu, *Droit pénal général*, Tome. 1, 1^{er} éd. 1967, Editions CUJAS, coll. Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, 1997, p. 217, n° 147.

sa fonction répressive. Cependant, il convient d'entendre justement à quoi fait référence cette fonction répressive.

Souvent, la doctrine semble distinguer les fonctions expressive et répressive du droit criminel. Ainsi, selon un auteur la fonction expressive renverrait à l'action d'interdire, alors que la répressive à celle de punir¹⁶⁰⁸. Pourtant, la fonction répressive du droit pénal ne se limite pas à sa dimension sanctionnatrice, c'est-à-dire le prononcé de la peine. Elle est bien plus large, de sorte que le droit pénal peut tout à la fois réprimer et exprimer, puisque c'est là sa mission même. En effet, « *l'indépendance du droit criminel s'explique et même se justifie par la mission particulière du droit pénal qui est de protéger les intérêts essentiels de la société* »¹⁶⁰⁹. Or, cette mission de défense des intérêts de la société passe par la répression des transgressions à la loi pénale. Toutefois, s'il est vrai que le droit pénal est un droit de répression par l'expression, il est loisible de constater que cette fonction répressive s'est transformée, affinée, précisée. Le droit pénal devient un droit protéiforme qui n'exprime plus des valeurs uniquement par l'interdiction, mais également par la prévention et la pédagogie. C'est en cela qu'il déborde de sa fonction classique et qu'il devient un droit inventif. Ainsi, lorsque le droit pénal incrimine par exemple la provocation de mineurs à commettre un délit (article 227-21 du code pénal¹⁶¹⁰) ou encore à la consommation de boissons alcooliques (article 227-19 du code pénal¹⁶¹¹), il fait preuve de normativité. Ces infractions n'ont pas de coloration familiale marquée, mais parce que leurs textes d'incriminations sont rédigés de manière volontairement neutre, ils n'excluent pas au titre des auteurs potentiels le parent ou la personne ayant autorité sur l'enfant. Et pour cause, a été reconnue pénalement responsable de provocation de mineur à commettre un délit (article 227-21 du code pénal), la mère interpellée avec sa fille mineure de seize ans alors qu'elles commettaient un vol dans un supermarché et qui fait preuve de complaisance à propos de vols commis par cette dernière¹⁶¹². Il était reproché à la mère son comportement « *irresponsable* » et « *déviant* » vis-à-vis de sa fille à

¹⁶⁰⁸ X. Pin, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁰⁹ L. Huguency, « Les dommages et intérêts dus par le souteneur à la prostituée », *RID. pén.* 1946, p. 78.

¹⁶¹⁰ « *Le fait de provoquer directement un mineur à commettre un crime ou un délit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende* ».

¹⁶¹¹ « *Le fait de provoquer directement un mineur à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques est puni de deux ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

¹⁶¹² Pau, ch. corr. 1, 27 mars 1996, n° 239-96, Inédit ; pour des faits similaires, Rouen, ch. corr. 9 mai 2007, n° 06/00778, Inédit (un père de deux garçons mineurs de quinze et dix-sept ans, leurs demandait lorsqu'ils étaient hébergés chez lui, de commettre des vols d'alcool et d'outillage aggravés dans des habitations).

laquelle elle montrait un mauvais exemple¹⁶¹³. De même, le père alcoolique qui laisse ses fils de deux ans et demi et six ans boire de la bière, en prétextant « *céder aux caprices de ses enfants qui buvaient quand lui-même buvait* » est coupable du délit de provocation à la consommation d'alcool (article 227-19 du code pénal)¹⁶¹⁴. Ces incriminations de mise en péril de mineurs, on le perçoit, ont une visée essentiellement pédagogique et préventive. Elles ne viennent plus seulement sanctionner pénalement la violation d'obligations civiles découlant de l'autorité parentale. L'objectif recherché ici est plus large ; il s'agit de protéger l'intégrité physique et morale de l'enfant mineur en réprimant en amont « *les comportements – y compris parentaux – susceptibles de menacer la santé, la sécurité, la moralité, l'éducation ou le développement d'un enfant mineur* »¹⁶¹⁵.

Section II. Une singularité conceptuelle dans la famille

378. Un droit pénal frondeur. – La matière pénale n'entend pas se laisser discipliner par le reste du système juridique. Servile en apparence, elle demeure revêche dans sa logique intrinsèque. C'est par delà la fonction uniquement subsidiaire dans laquelle la doctrine majoritaire tend à le confiner, que se révèle finalement l'identité réelle du droit pénal.

379. La liberté conceptuelle du droit pénal. – Souvent, l'autonomie conceptuelle du droit pénal a été analysée par la doctrine uniquement à travers les contradictions existant entre ce dernier et les autres disciplines, telles que le droit civil (le domicile¹⁶¹⁶), le droit administratif (le fonctionnaire¹⁶¹⁷) ou le droit bancaire (le chèque¹⁶¹⁸). On a ainsi dit que cette autonomie conceptuelle consistait en droit pénal, à modifier l'enveloppe ou le contenant de certains

¹⁶¹³ Pau, ch. corr. 1, 27 mars 1996, n° 239-96.

¹⁶¹⁴ Papeete, ch. corr., 16 octobre 1997, n° 05/6509, Inédit (les deux enfants présentaient un état d'ivresse important et le cadet avait déjà fait un malaise dû à cette consommation excessive).

¹⁶¹⁵ F. Archer, « Provocation de mineur à commettre des actes illicites ou dangereux », *JCl. pén.* 2010, fasc. 20, n°1 et 25.

¹⁶¹⁶ V. *infra*, n° 359.

¹⁶¹⁷ La notion de fonctionnaires est définie strictement par le statut général des fonctionnaires, de l'Etat et des collectivités. Selon ce statut, c'est la personne nommée dans un emploi permanent et titularisée dans un grade de la hiérarchie, R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2014, « Fonctionnaire ». Le droit pénal adopte une conception plus extensive de la notion et y inclut le notaire ou le conseiller municipal, V. P. Canin, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Hachette, Les fondamentaux, 2015, p. 14.

¹⁶¹⁸ La jurisprudence pénale retient que la seule apparence de chèque permet de fonder la répression de certaines infractions pénales tenant à la provision (art. L. 163-1 et suivants du C. mon. fin.). Peu importe dès lors que le chèque soit irrégulier par défaut de mentions obligatoire (date, signature ou nom du tiré par exemple), V. M. Cabrillac, « Droit pénal du chèque », *J.-Cl.* 2008, fasc. 360, n° 8-9.

concepts extra-pénaux, sans en altérer la substance même¹⁶¹⁹. Cette vision de la particularité conceptuelle du droit pénal paraît parcellaire, incomplète. Elle ne prend pas en compte toute l'étendue de la liberté de choix du droit pénal. En effet, telle que nous la concevons, la liberté conceptuelle de la matière ne s'exprime pas uniquement lorsque celle-ci refuse d'adhérer à la conception des autres disciplines (A). Elle se manifeste encore – et peut-être davantage – dans les conceptions extra-pénales que le droit pénal choisit de retenir (B). En effet, c'est précisément cette deuxième faculté pénale qui permet d'affirmer que les contradictions existant entre disciplines pénale et extra-pénales ne sont pas accidentelles, mais signe d'une indépendance pénale réelle. En somme, il semble indispensable d'appréhender la singularité conceptuelle du droit répressif comme bicéphale.

§1 - Une singularité conceptuelle et des divergences interprétatives

380. Observations. – Deux concepts extra-pénaux en particulier permettent d'apprécier la singularité du droit pénal. En effet, lorsqu'il s'agit de les appliquer, ce dernier opte pour l'adoption d'une conception spécifiquement pénale afin de les adapter à ses propres objectifs. Il s'agit des notions de communauté de vie (A) et de bigamie (B).

A. La notion de communauté de vie reconsidérée en droit pénal

381. La communauté de vie réinterprétée en droit pénal. – Le devoir de communauté entre époux est apprécié différemment en droit pénal et en droit civil. En droit civil, le devoir de communauté entre les époux occupe une place fondamentale dans la formation du couple, et par extension de la famille. Ainsi, selon l'article 215 du code civil « *les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie* » et « *la résidence de la famille est au lieu qu'ils*

¹⁶¹⁹ S. Royant, *L'autonomie du droit pénal en question*, Tome I, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 2002, p. 41.

choisissent d'un commun accord ». La loi civile met donc expressément à la charge des conjoints une obligation de cohabiter, sauf exception¹⁶²⁰.

En droit pénal, il en va autrement puisque l'existence d'une communauté de vie entre les époux ne lie aucunement la répression. Bien au contraire, il arrive que cette cohabitation soit conçue pénalement comme la cause même de la répression, comme c'est le cas pour le délit de proxénétisme (1). Il arrive encore que cette cohabitation soit indifférente à la répression, comme c'est le cas s'agissant des violences conjugales (2).

1) Communauté de vie et proxénétisme

382. La présomption de proxénétisme à l'encontre du conjoint du prostitué. – En vertu de l'article 225-6, 3° du code pénal, pèse une présomption de proxénétisme sur celui qui vit sciemment avec une personne s'adonnant habituellement à la prostitution et qui ne peut justifier de ressources correspondant à son train de vie¹⁶²¹. *De facto*, alors même qu'il se serait contenté d'observer une obligation imposée par la loi civile, l'époux de la femme qui se livrerait à la prostitution serait lui-même coupable de proxénétisme au sens de la loi pénale.

Cette assimilation au proxénétisme se comprend parfaitement dès lors que celui-ci est défini par l'article 225-5, 2° comme le fait de « *tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution* ». Or, la communauté de vie existant entre les conjoints sous-tend précisément la mise en commun des gains et salaires dans le régime légal de communauté¹⁶²², ainsi que le

¹⁶²⁰ Il est admis que les époux puissent vivre séparément, notamment pour des raisons professionnelles. Mais il doit exister entre eux une « *intention matrimoniale* », c'est-à-dire « *[la] volonté d'une communauté de vie* », V. Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, *Dr. Fam.* 1990, n°110, note H. Lecuyer.

¹⁶²¹ Bien que nous ne développerons pas cette incrimination, il est possible de rapprocher l'infraction de présomption de proxénétisme de celle de l'article 321-6 du code pénal. En effet, en vertu de ce texte, le fait pour une personne de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de la provenance d'un bien, alors qu'elle entretient des « *relations habituelles* » avec l'auteur ou la victime de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, est puni de trois d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Ici, l'incrimination ne mentionne pas expressément la notion de cohabitation, mais les « *relations habituelles* » visées pourraient faire référence à des relations conjugales.

¹⁶²² Art. 223, 1401 et 1414 du C. civ ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 février 1978, Bull. civ. I, n°47 (Aux termes de l'art. 1414 du Code civil « *le paiement des dettes dont la femme vient à être tenue pendant la communauté peut être poursuivi sur l'ensemble des biens communs [...]* » et « *qu'il résulte de l'art. 1401 du même code que les produits de l'industrie personnelle des époux font partie de la communauté* ») ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, « *Praslicka* », pourvoi n°90-16.343, Bull. civ. I, n°95 (« *Attendu que [...] les salaires reçus par [l'époux] avaient le caractère de biens communs, de sorte que leur remise entre les mains de l'épouse ne pouvait*

paiement solidaire des charges et dettes du ménage¹⁶²³. Il est donc possible de soupçonner, sauf preuve du contraire, que les gains perçus par la personne prostituée grâce à cette activité participe dans une certaine mesure au fonctionnement normal du ménage.

383. Une singularité d'origine légale. – Notons de plus qu'ici la singularité conceptuelle du droit pénal n'émane pas de la jurisprudence, sinon de la loi elle-même. En effet, c'est bien le législateur qui pose la présomption de proxénétisme – faisant de la cohabitation un élément constitutif de l'infraction en vertu de l'article 225-6, 3°. Cependant, cette présomption législative pose question, puisqu'elle tendrait en fin de course à refuser à la prostituée, le droit de se marier librement.

Ainsi, alors que la lettre du texte était claire, les juges pénaux ont tenté de contourner cet interdit afin de faire échapper, le mari de l'intéressé, à la répression. Toutefois, ce faisant, ils adoptaient une solution particulièrement maladroite. Ainsi, ils considéraient que l'article 225-6, anciennement article 334, 3° du code pénal, « [...] ne s'appliquait pas à l'époux légitime de la prostituée, mais uniquement à ceux qui cohabitaient avec elle sans être unis dans les liens du mariage »¹⁶²⁴. De manière implicite, les juges indiquent donc que seuls les concubins pouvaient être coupables d'un tel délit de proxénétisme. Aujourd'hui, cette jurisprudence serait considérée comme englobant également le partenaire pacsé. Néanmoins, d'une part, admettre aujourd'hui cette position jurisprudentielle comme efficace aboutirait à une décision particulièrement discriminatoire et arbitraire et en contradiction avec la tendance actuelle à la neutralité du droit pénal. D'autre part, « là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer », sous peine pour le juge de la dénaturer. Ainsi, un auteur rappelait avec sagesse que « lorsque le texte [...] est clair et précis, il convient de l'appliquer à la lettre sans chercher à procéder, sous prétexte d'interprétation, à des distinctions ou à des extensions qu'il ne comporte ou n'implique pas. Et si le texte contredit le droit civil, le juge, après avoir vérifié avec soin que les conditions légales de son application étaient exactement

*s'analyser en une libéralité faite à celle-ci par son conjoint ou à un avantage matrimonial qui lui aurait été consenti ») ; Sur les controverses sur la nature des gains et salaires puis la démonstration de la nature commune des gains et salaires, V. aussi G. Yildirim et A. Chamoulaud-trapiers, « Communauté légale. Actif des patrimoines », *Rép. civ. Dalloz* 2010, n°295-305.*

¹⁶²³ Art. 220 du C. civ.

¹⁶²⁴ Colmar, 25 janvier 1980, *D.* 1981, inf. rap. 156, obs. M. Puech. Cet arrêt a été cassé par la suite mais uniquement pour contradiction de motifs sur le refus de la cour d'appel d'appliquer l'art. 334, 3°, V. Cass. crim. 22 octobre 1980, *D.* 1981, inf. rap. 143, obs. G. Roujou de Boubée.

caractérisées, se résout à en faire application, quitte à attirer le cas échéant l'attention du législateur sur les conséquences regrettables que peut avoir sa mise en œuvre »¹⁶²⁵. Enfin, il aurait été possible d'interpréter cette position jurisprudentielle comme une volonté du juge pénal de se conformer et de protéger une conception civiliste de la famille. Toutefois, force est de constater que le droit civil lui-même accorde à la communauté de vie une place indispensable dans la formation de tout couple, concernant tant le mariage que le concubinage ou le PACS. Cette communauté de vie est en effet une condition indispensable de la reconnaissance de ces deux dernières formes de conjugalité en droit civil. Ainsi, s'agissant du concubinage, l'article 515-8 du code civil insiste sur le fait que « *le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité [...]* ». Il en va de même, selon l'article 515-1 du code civil, du *pacte civil de solidarité défini comme « un contrat conclu par deux personnes physiques, [...] pour organiser leur vie commune »*. Rajoutons encore que l'importance de la communauté de vie dans le PACS a été consacrée par le Conseil Constitutionnel, le 9 novembre 1999¹⁶²⁶. En conclusion, dès lors que cette cohabitation est préconisée pour le mariage, mais aussi pour le PACS et le concubinage, rien ne justifie de différencier la situation de l'époux, de celle des autres personnes vivant avec le prostitué et entretenant avec lui des « *relations habituelles* »¹⁶²⁷.

Une seconde jurisprudence consiste, quant à elle, à considérer l'article 225-6, 2° du code pénal non contraire à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme posant la liberté de se marier. La chambre criminelle dans sa décision du 4 juin 1980 précisait en effet que le texte pénal « *ne met pas en cause le droit d'une prostituée de contracter mariage et celui de son époux de vivre avec elle, mais tend seulement à sanctionner la remise de*

¹⁶²⁵ G. Gest, « Dualité de juridiction et unité du droit fiscal », *RFDA* 1990. 822.

¹⁶²⁶ Cons. const., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, « Loi relative au pacte civil de solidarité », *JO* du 16 novembre 1999, p. 16962 : « *il résulte des dispositions des art. 515-1 à 515-4, éclairées par les débats parlementaires, la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; la vie commune suppose, outre une résidence commune une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte, qui soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage ».*

¹⁶²⁷ Art. 225-6, 3° du C. pén.

produits de la prostitution à ce dernier »¹⁶²⁸. Si le principe est expressément posé, en revanche de nombreux questionnements subsistent. Premièrement, le questionnement porte sur la portée véritable de cette décision. Signifie-t-elle que l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait être invoqué par le prévenu pour faire obstacle à la répression d'ordre public de l'article 225-6 du code pénal ? Ou alors, faut-il comprendre au contraire qu'en l'absence de preuve de la remise de produits de la prostitution à l'époux, la communauté de vie avec la personne prostituée échappe à la répression de l'article 225-6 ? À la lecture du dispositif de la Chambre criminelle, c'est la deuxième proposition qui semble devoir être retenue. Ainsi, les juges de la Haute Cour estiment qu' « *aux termes de l'article 55 de la Constitution, [la Convention européenne des droits de l'homme] s'impose au juge pénal avec une autorité supérieure à celle des lois nationales* », que ce texte « *dispose dans son article 12, "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"* ». Par conséquent, il en résulte, selon eux, qu' « *en poursuivant du chef de proxénétisme l'époux d'une prostituée par les seuls motifs qu'il a cohabité avec son épouse et en l'absence de ressources régulières, laissé celle-ci pourvoir au paiement des loyers et à la vie du ménage, alors pourtant qu'aux termes des prescriptions édictées par le code civil, les époux en se mariant s'obligent à une communauté de vie ainsi qu'à contribuer aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives, la cour d'appel a violé l'article 12 de la convention* ». Et pour cause, la consécration du droit au mariage suppose dans le même temps la protection de tous les devoirs et effets matrimoniaux qui y sont attachés, qu'il s'agisse du devoir de communauté ou celui de contribuer aux charges du mariage que ce dernier implique. En somme, un justiciable pourrait valablement justifier son union avec une personne se livrant habituellement à la prostitution sur le fondement de l'article 12 de la Convention européenne, à condition qu'il ne bénéficie pas de remise de produits de la prostitution.

Néanmoins à ce stade, d'autres questionnements se posent. Que faut-il entendre par la « remise de produits provenant de la prostitution » ? En effet, la Chambre criminelle ne fournit aucune précision sur cette notion de remise. Quelle serait sa nature (directe ou

¹⁶²⁸ Cass. crim., 4 juin 1980, pourvoi n° 79-93.998, Bull. crim. n° 174, D. 1981. 143, obs. G. Roujou de Boubée ; même dispositif Cass. crim., 15 mars 1989, pourvoi n° 88-84.253, Inédit.

indirecte) ? Quelles sont les modalités et formes de cette remise : s'agit-il nécessairement de liquidités comme dans l'espèce visée¹⁶²⁹ ? Peut-il s'agir d'avantages ou de cadeaux ? Ou peut-il s'agir de l'appartement acquis par le prostitué grâce à ses revenus et servant de résidence principale à la famille ? De plus, la remise seule de ces produits par la personne prostituée suffit-elle à condamner l'époux de celle-ci ou faut-il nécessairement relever en sus son incapacité à justifier de ses ressources ? On le voit, condamner pénalement tous ces actes participant finalement au quotidien d'une vie conjugale et familiale normale, conduit *de facto* à entraver le droit de la personne prostituée de se marier et celui de son époux de cohabiter librement avec elle.

Mais surtout, en limitant le proxénétisme au simple acte de la remise de produits provenant de la prostitution – s'agissant uniquement des conjoints – le juge pénal dénature la définition légale du délit de proxénétisme. En effet, aux termes de 225-5 du code pénal, « *le proxénétisme est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit, 1°) d'aider, d'assister ou de protéger la prostitution d'autrui, 2°) de tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution [...]* ». En vertu de cette définition, le profit que procure à l'époux, la contribution du conjoint prostitué aux diverses charges d'entretien du ménage (paiement des loyers, paiement du salaire d'une femme de ménage, etc.) devrait être assimilé à une forme de proxénétisme. Par conséquent, en créant à tort des conditions de répression plus avantageuses au profit du conjoint de la prostituée, le juge pénal contredit l'esprit du texte pénal et le principe constitutionnel d'égalité de tous devant la loi posé par l'article 6 de la Constitution. Cela est finalement significatif d'une véritable indépendance du juge pénal non seulement par rapport aux autres disciplines, mais également à l'égard de la loi pénale elle-même.

2) Communauté de vie et violences conjugales

384. L'indifférence de la communauté de vie dans la répression des violences conjugales. – Aujourd'hui, l'existence d'une communauté de vie importe peu en droit pénal

¹⁶²⁹ Le mari avait accepté des sommes d'argent de son épouse provenant de la prostitution, V. Cass. crim., 4 juin 1980, pourvoi n° 79-93.998, Bull. crim. n° 174, préc.

lorsqu'il s'agit d'incriminer les violences conjugales. En effet, depuis la loi de 2006, sont réprimées les violences commises par le conjoint, le concubin et partenaire, mais également celles commises par l'ex-compagnon¹⁶³⁰ ne cohabitant plus avec la victime.

Mais cela ne fut pas toujours le cas. En effet, une étude de 2002 menée par la Conseillère technique près la Délégation régionale aux droits des femmes et à l'égalité d'Ile de France, le Commandant fonctionnel chef de l'Unité de prévention au Service de prévention, d'études et d'orientation anti-délinquance et la Substitut du Procureur de la République de Paris relevait certaines défaillances des magistrats (du Parquet et du Siège) dans la répression des violences au sein des couples non-cohabitant¹⁶³¹. En effet, en l'absence de communauté de vie entre l'auteur et la victime, ils estimaient que la circonstance aggravante tenant à la qualité de conjoint ou de concubin devenait inefficace. Dès lors, les violences commises par le conjoint ou le concubin étaient réprimées comme de simples contraventions lorsqu'elles avaient entraîné une incapacité totale de travail inférieure à huit jours¹⁶³². La difficulté majeure d'une telle qualification pénale était d'ordre pratique puisque le conjoint violent ne pouvait faire l'objet d'un placement en garde-à-vue, pas plus qu'un déferrement devant le Procureur de la République¹⁶³³. Pourtant, déjà en 1998, juges du fond et Chambre criminelle admettaient que le défaut de communauté de vie ne faisait nullement obstacle à la répression. Ainsi, dans une première espèce, il était question d'un couple en instance de divorce et vivant séparément. Les juges de la Haute Cour ont confirmé la condamnation en seconde instance du conjoint pour violences n'ayant pas entraîné d'incapacité totale de travail pendant huit jours sur la personne de son épouse, sur le fondement de l'article 222-13 du code pénal. Selon eux, « *en prononçant ainsi, sans avoir égard au fait que le prévenu résidait alors séparément de cette dernière, les juges [du fond] ont justifié leur décision, dès lors que l'article précité n'exige pas une communauté de vie pour recevoir application* »¹⁶³⁴. Dans une deuxième espèce, il s'agissait d'un couple de concubins vivant ensemble « de temps à autre ». Il était reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir caractérisé l'existence de la communauté de vie que requiert le

¹⁶³⁰ V. *supra*, art. 132-80 du C.pén., n° 311.

¹⁶³¹ M.-F. Casalis, M. Chapalain et F. Guyot, « Une femme sur dix victime de violences conjugales en France », *AJ. Fam.* 2002. 249.

¹⁶³² Art. R. 624-1 du C. pén. (absence d'I.T.T et contravention de la 4^{ème} classe) et art. R. 625-1 du C. pén. (une I.T.T inférieure à huit jours et contravention de 5^{ème} classe).

¹⁶³³ M.-F. Casalis, M. Chapalain et F. Guyot, « Une femme sur dix victime de violences conjugales en France », *AJ. Fam.* 2002. 249.

¹⁶³⁴ Cass. crim. 7 avril 1998, pourvoi n° 97-84.068, Bull. crim. n° 136, *Dr. pén.* 1998, comm. 114, obs. M. Véron.

concubinage, afin de retenir la culpabilité du prévenu sur le fondement de l'article 223-13. La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi et constaté que les juges du fond avaient valablement caractérisé tous les éléments constitutifs de l'infraction¹⁶³⁵.

En revanche, concernant la répression du viol entre époux, concubin ou partenaire, subsiste un doute. En effet, un auteur argue que si l'article 222-24, 11° du code pénal prévoit que le viol puisse être commis par le compagnon de la victime, ce n'est qu'à la condition qu'il existe entre eux une communauté de vie, « *faisant écho aux définitions que donne le Code civil du concubinage et du partenariat* »¹⁶³⁶. Selon lui toujours, le caractère de gravité du viol ne se justifierait que par « *la proximité qu'où peuvent naître les liens de dépendance* »¹⁶³⁷. Un tel raisonnement paraît cependant nécessairement erroné, car c'est sans prendre en compte le particularisme de la violence intra-familiale. L'état de dépendance de la victime, et d'autant plus lorsqu'il tient au lien familial ou conjugal existant entre elle et son auteur, ne cesse pas miraculeusement avec la rupture. De même, pour la victime ayant eu des enfants avec son agresseur, les temps de rencontres souvent douloureux et éprouvants demeurent fréquents. En outre, il convient de préciser que la jurisprudence a reconnu – même en l'absence de précisions textuelles expresses – que la circonstance aggravante de viol de l'article 222-24, 11° puisse tenir à la qualité d'ancien concubin de la victime, à condition que l'infraction ait été commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur et la victime¹⁶³⁸. C'est-à-dire que la communauté de vie entre ces acteurs n'est pas indispensable à la répression du viol entre concubin, partenaire ou conjoint.

B. L'absence de répression du délit de bigamie quant au PACS

385. Observations. – Le droit pénal ne prend pas en compte le PACS s'agissant de la répression de la bigamie, contrairement au droit civil. Une fois ce constat dressé (1°), il convient d'y apporter, avec modestie, quelques éléments possibles d'explication (2°).

¹⁶³⁵ Cass. crim., 21 octobre 1998, pourvoi n° 97-85.151, inédit.

¹⁶³⁶ H. Bosse-Platière, « Contenu du Pacs », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, Chap. n°52, 2013, n° 152.221.

¹⁶³⁷ H. Bosse-Platière, *op. cit.*, Chap. n°52, 2013, n° 152.221.

¹⁶³⁸ Cass. crim. 12 octobre 2011, pourvoi n° 11-85. 474, Bull. crim. n° 210, *Dr. pén.* 2012, comm. 15, obs. M. Véron.

1) Le constat d'une absence de répression

386. Observations. – L'article 433-20 du code pénal punit uniquement « *le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent* », ignorant ainsi totalement le phénomène de bigamie dans les relations entre concubins ou partenaires. Cela peut étonner lorsque l'on connaît la tendance contemporaine du droit pénal à la neutralité vis-à-vis des différentes formes de conjugalités. Mais cela étonne d'autant plus que le droit civil lui-même, pourtant moins enclin à l'impartialité conjugale, prohibe la polygamie s'agissant du mariage, mais également du PACS¹⁶³⁹. En effet, l'article 515-2 du code civil prévoit qu'il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité – à peine de nullité – ni entre deux personnes dont l'une au moins est déjà engagée dans les liens du mariage, ni entre deux personnes au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité.

Ce vide juridique sur le plan pénal semble préfigurer certaines difficultés de traitement judiciaire de la bigamie. Ainsi, il n'est point inconcevable – par exemple – que l'individu ayant rompu unilatéralement le pacte, contracte une nouvelle union avant que la décision de dissolution n'ait été signifiée par huissier à l'autre partenaire¹⁶⁴⁰. Dans un tel cas, le juge pénal ne pourrait – en vertu de principe d'interprétation stricte de la loi pénale – étendre par analogie l'article 433-20 du code pénal aux partenaires d'un PACS. Mais, il en va de même dans le cas où une personne déjà engagée dans les liens du mariage conclurait un pacte civil de solidarité avec une autre. Un tel comportement ne saurait être incriminé sur le fondement de l'article 433-20, le délit de bigamie ne prenant en considération que le double mariage.

Par conséquent, la seule sanction qu'encourrait la deuxième union contractée en violation du premier PACS ou mariage serait la nullité absolue de droit civil.

¹⁶³⁹ En revanche, ni le droit pénal, ni le droit civil ne prennent en compte la bigamie s'agissant du concubinage. Sur l'absence de répression pénale de la bigamie s'agissant du PACS, V. *infra*, n°385 et s.

¹⁶⁴⁰ Art. 515-7, al. 5 du C. civ. Aux termes de l'ancien article 515-7, le délai nécessaire à la signification était évalué à trois mois. Bien que depuis le 1^{er} janvier 2007, le texte ne mentionne plus ce délai, il demeure en pratique requis pour que la rupture unilatérale du PACS soit effective, V. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités, *JO* 24 juin 2006, p. 9513 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007) ; F. Alt-Maës, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP. éd. G.* 2000. I. 275, n° 30 ; Y. Flour, « Le pacte civil de solidarité », in *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2014, Chap. 511, n° 511.111.

2) Des éléments d'explication de l'absence de répression

387. Le PACS, une union de fait aux yeux du droit pénal. – Cette carence en droit pénal est révélatrice de la conception que celui-ci se fait du PACS. En effet, si aux yeux du droit civil, le PACS constitue un lien contractuel existant entre deux personnes en vue de la création d'une communauté de vie, aux yeux du droit pénal il demeure une simple situation de fait – un fait sociétal. Aussi, le droit pénal assimile-t-il simplement – tout au moins au titre de la répression de la bigamie – le PACS au concubinage ! Or, force est de constater que les doubles ménages et les bigamies de fait ont toujours été juridiquement tolérés, voire ignorés parfois¹⁶⁴¹. Comprend-on, dès lors, que le droit pénal ferme les yeux sur la coexistence de doubles pactes civils de solidarité ou sur celle d'un PACS et d'un concubinage¹⁶⁴². En effet, « *une société a besoin d'une certaine dose de crime afin de maintenir son unité dans la condamnation de la déviance* »¹⁶⁴³.

Au demeurant, le fait que le droit pénal ne reconnaisse qu'une dimension factuelle du PACS ne signifie aucunement qu'il ne le protège pas. Il est conscient que ce pacte est le support d'une vie de couple, et l'éventuel ferment d'un foyer au sein duquel pourront naître un ou plusieurs enfants. Et c'est à ce titre – et à ce titre seulement, que le droit pénal veille à garantir aux partenaires la défense de leurs droits communs et individuels. Ainsi, il reconnaît tout d'abord aux partenaires un droit à la famille opposable aux tiers. En effet, il convient de garder présent à l'esprit le long cheminement qui fut nécessaire à la création du PACS, et les raisons de sa création. Les unions hors-mariage étaient nombreuses et ce bien avant l'adoption de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au PACS¹⁶⁴⁴. Ces unions libres n'étaient cependant que très peu valorisées par le droit, ne créant aucun effet juridique notoire et demeurant dans la clandestinité, faute de preuve probante de leur existence. Aussi, la loi de 1999 a-t-elle créé le pacte civil de solidarité et également inséré une définition précise du concubinage dans le droit civil. Ce faisant, elle accordait aux couples hétérosexuels désireux d'une alternative au mariage créatrice de droits réels, une reconnaissance légale. Bien plus

¹⁶⁴¹ V. G. Andréo, « Bigamie et double ménage », *RTD. civ.* 1991. 263, passim ; C. Pomart-Nomdédéo, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *D. actualité*, 9 septembre 2010, étude 20, n° 16.

¹⁶⁴² Néanmoins, la coexistence d'un mariage et d'un PACS semble juridiquement et institutionnellement plus problématique, puisqu'elle aboutirait à la contradiction de deux ordres juridiquement établis et au chevauchement des règles qui y sont respectivement attachées.

¹⁶⁴³ G. Andréo, « Bigamie et double ménage », *RTD. civ.* 1991. 263, n° 3.

¹⁶⁴⁴ V. *supra*, Introduction, n° 18.

encore, cette reconnaissance s'étendait également aux couples homosexuels, puisque la loi précisait que le PACS pouvait être contracté par des personnes de même sexe¹⁶⁴⁵. Pour ces couples, la discrimination et la défiance sociale étaient acerbes et avant tout de nature institutionnelle. En effet, pendant longtemps, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont refusé d'assimiler les couples homosexuels aux concubins hétérosexuels et *a fortiori* aux couples mariés. Ainsi, qu'il s'agisse du concubinage ou du mariage, seuls les couples constitués d'un homme et d'une femme étaient pris en considération¹⁶⁴⁶. Dès lors, lorsque le droit pénal pénalise toute discrimination par une personne physique ou morale à raison du sexe, de la situation de famille ou de l'orientation sexuelle de la victime, il concourt largement à reconnaître, particulièrement aux partenaires homosexuels, un droit à l'intimité et un droit de mener une vie de famille paisible¹⁶⁴⁷.

Par ailleurs, le droit pénal protège la communauté de vie des partenaires. C'est en vertu de cette communauté que la loi pénale dispose que les immunités familiales étudiées précédemment¹⁶⁴⁸ profitent tout autant aux conjoints ou aux concubins, qu'aux partenaires d'un pacte civil¹⁶⁴⁹. De cette manière, elle vient consacrer la solidarité morale due entre partenaires. Au surplus, elle protège un principe de résidence conjointe des membres du couple pacsé. En effet, en vertu de l'article 226-4 du code pénal, « *l'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contraintes* » est constitutive d'une violation de domicile. Cependant, il a été jugé que, ce « *délit [supposant] l'introduction dans le domicile d'un tiers, il n'était point caractérisé lorsque le prévenu occupait les lieux conjointement avec la partie civile* »¹⁶⁵⁰. Bien que cette solution jurisprudentielle ait été retenue s'agissant de deux individus partageant

¹⁶⁴⁵ Art. 515-1 du C. civ.

¹⁶⁴⁶ M. Lamarche, « Pacte civil de solidarité », *Rép. civ Dalloz* 2012, n°4.

¹⁶⁴⁷ Art. 225-1 du C. pén. ; Mais cette prohibition de la discrimination est également valable en droit du travail (art. L 122-45) ou encore en droit européen (art. 8 de la Conv. EDH) ; V. également CEDH, 27 septembre 1999, « Smith, Grady, Lustig-Prean et Beckett c/Royaume Uni », req. n° 31417/96 et 32377/96, *JCP éd. G.* 2000. I. 203, note F. Sudre spéc. p. 197 Des militaires, trois hommes et une femme, ont été révoqués de l'armée en raison de leur homosexualité, suite à une enquête sur l'orientation sexuelle. La CEDH estime que « *le droit au respect de la vie privée implique le droit pour chacun de mener la vie sexuelle de son choix en conformité avec son identité profonde* » et qu' « *en l'absence de raisons convaincantes et solides* » pour justifier les ingérences de l'Armée britannique dans la vie privée des militaires, l'article 8§2 de la convention avait été violé.

¹⁶⁴⁸ V. *supra* n° 317 et s.

¹⁶⁴⁹ V. Art. 434-1 du C. pén (non-dénonciation de crime), art. 434-6 du même code (recel de malfaiteur) et art. 434-11 (omission de témoignage en faveur d'un innocent). Egalement, l'aide apportée à un étranger entré irrégulièrement sur le territoire national, par son conjoint ou la personne vivant notoirement en situation maritale avec lui (loi du 22 juillet 1996 et du 18 mai 1998).

¹⁶⁵⁰ Cass. crim., 7 février 1999, pourvoi n° 93-80.520, *Dr. pén.* 1994, n° 129, obs. M. Véron.

conjointement les mêmes locaux professionnels, son principe s'étend au couple au regard de l'obligation de communauté de vie. Ainsi, entre les époux, la Cour de cassation n'accepte de concevoir un délit de violation de domicile que si les époux sont – en vertu d'une décision de justice – autorisés à résider séparément¹⁶⁵¹. Même en cas de mésentente notoire entre ces derniers, le délit de violation de domicile ne peut être constitué, tant que le juge, saisi d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, n'aura pas fixé l'attribution du domicile conjugal à un des époux¹⁶⁵². Ce n'est qu'à compter de cette décision en effet, que l'époux n'ayant pas obtenu gain de cause, n'aura plus le « *droit de se dire chez lui* »¹⁶⁵³. Or, ce raisonnement est tout aussi valable pour les partenaires pacsés. Depuis la loi de 2006, ceux-ci s'engagent à une communauté de vie aux termes de l'article 515-4 modifié du Code civil¹⁶⁵⁴. Cette vie commune doit s'entendre, comme pour le mariage, d'une communauté de toit et de lit¹⁶⁵⁵. Cependant, l'exigence de communauté de vie dans le PACS est bien plus stricte que celle exigée des couples mariés. En effet, la cause même du contrat – support du PACS entre les deux parties – est l'organisation de leur vie commune. Ainsi, contrairement aux couples mariés, les partenaires d'un PACS ne peuvent avoir des domiciles séparés, sous peine de porter atteinte à la communauté de vie¹⁶⁵⁶. Par conséquent, toute condamnation éventuelle d'un des partenaires pour violation de domicile sera gelée antérieurement à la rupture du PACS.

¹⁶⁵¹ H. Matsopoulou, « Violation de domicile », *JCl pén.* 2009, fasc. n°20, n° 37-39 ; Cass. crim., 6 novembre 1996, pourvoi n° 95-85.3412, *RSC.* 1997. 382, obs. Y. Mayaud (l'ordonnance de non-conciliation attribuant le domicile conjugal à un des époux suffit à retenir l'incrimination de violation de domicile à l'encontre de l'autre époux sur le fondement de l'art. 226-4 du C. pén., sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure d'expulsion). Peu importe que ce logement ait été attribué au conjoint par le juge à titre provisoire ou définitif, V. Cass. crim., 6 novembre 1996, préc.

¹⁶⁵² Paris, 22 juin 1990, *RSC.* 1991. 373, obs. G. Levasseur.

¹⁶⁵³ Le domicile ne désigne pas, conformément à une conception pénale, seulement le lieu où une personne a son principal établissement mais encore le lieu où, qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quels que soit le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux, V. Cass. crim., 13 octobre 1982, Bull. crim. n° 218, *RSC.* 198. 670, obs. G. Levasseur.

¹⁶⁵⁴ La loi de 1999 créant le PACS, ne faisait aucune mention de la communauté de vie au titre des obligations des partenaires. Ainsi, la loi 2006 aligne dorénavant ces obligations sur celles des couples mariés (aide mutuelle et matérielle, contribution solidaire aux dettes n'outrepasant pas les besoins de la vie courante). La loi de 2006 tire ainsi toutes les conclusions de la décision du Conseil constitutionnel, Cons. const., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, préc.

¹⁶⁵⁵ La jurisprudence consacre un devoir de fidélité à la charge des partenaires. En effet, il incombe aux partenaires de s'engager à exécuter « *loyalement* » l'obligation de vie commune, le manquement à cette obligation constituant un motif de résiliation du PACS, V. TGI Lille, 5 juin 2002, *D.* 2003. 515, note X. Labbé ; *RTD civ.* 2003. 270, obs. J. Hauser (constat d'adultère dans un couple homosexuel pacsé et résiliation du pacte).

¹⁶⁵⁶ X. Labbé, « Pacs : encore un petit effort ! », *AJ Fam.* 2007.8, p. 9 ; F. Alt-Maës, « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP. éd. G.* 2000. I. 275, n° 44.

388. L'effet atténué du devoir de fidélité en droit pénal. – La singularité du droit pénal se constate également à sa schizophrénie. Le droit pénal est certes, comme nous venons de le préciser, protecteur des droits de l'individu. Cependant, et particulièrement lorsqu'il s'agit du délit de bigamie, ce qu'il défend – s'il est besoin de le rappeler – ce sont les intérêts de l'État. Ainsi, la raison pour laquelle le droit pénal n'étend pas l'application de l'article 433-20 du code pénal aux pacsés, c'est que contrairement au droit civil, il n'a pas vocation à défendre un devoir général de fidélité. La distanciation dont il a fait preuve, depuis longtemps, vis-à-vis de l'adultère le prouve¹⁶⁵⁷ ; d'ailleurs il est possible de se demander si le droit pénal ne reconnaît pas implicitement un droit à l'amour, existant à l'ombre du droit.

Le droit pénal – tout comme le droit civil d'ailleurs¹⁶⁵⁸ – défend à travers l'infraction de bigamie, un principe monogamique d'ordre public. Cependant, il est moins question ici du maintien d'une morale conjugale et familiale que de la préservation d'une identité nationale¹⁶⁵⁹. Or, il semble par déduction, que le droit pénal conçoive la « bigamie officieuse » comme une menace moins dangereuse que la « bigamie officielle ». En effet, rappelons que seules les institutions de la filiation et du mariage permettent l'acquisition de la nationalité française, en vertu des articles 21 et 21-1 et suivants du Code civil. Le concubinage, pas plus que le PACS n'ont d'impacte sur l'accession des étrangers à la nationalité ! Dès lors, lorsqu'il s'agit d'incriminer la bigamie, le droit pénal se désintéresse du PACS, car droit pénal et droit civil ne poursuivent pas les mêmes desseins.

¹⁶⁵⁷ V. *supra*, n° 360.

¹⁶⁵⁸ Le juge civil ne défend pas uniquement un devoir de fidélité à travers la prohibition de la polygamie : ainsi, a été prononcée la nullité d'un second mariage entre les mêmes époux avant la dissolution du premier, V. Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2004, pourvoi n°00-19.838, AJ. Fam. 2004.144, note F. Bicheron. Toutefois, les véritables desseins des époux semblaient quelque peu douteux en l'espèce. Deux personnes de nationalité zaïroise ont contracté un mariage coutumier monogamique, par procuration au Zaïre. Plusieurs années plus tard, ils contractent un second mariage en France, sans que soit dissout le premier. Etrangement, peu de temps après, le mari forme une demande en nullité de la seconde union. Un auteur avançait qu'il était fort probable que le premier mariage ait permis à un des époux de venir en France, alors que le second devait lui permettre d'acquérir cette-fois la nationalité française. Les éventuelles discordes ultérieures entre les époux ont alors sûrement justifier l'action en annulation de l'époux, V. J.-J. Lemouland, « Nullité pour bigamie d'un second mariage contracté entre les mêmes époux avant la dissolution du premier », *D.* 2004. 2963.

¹⁶⁵⁹ V. *supra*, n°266. V. également G. Andréo, « Bigamie et double ménage », *RTD. civ.* 1991. 263, n° 1 : « L'état civil est devenu très fiable ; les formalités antérieures au mariage sont difficilement contournables. Dans ces conditions comment peut-on être bigame ? La meilleure réponse est encore qu'il faut être persan, ou plus exactement musulman. Et de fait, l'internationalisation du mariage rend en France la bigamie plus répandue qu'on ne le croit ».

Pourtant, actuellement un tel choix législatif s'avère dangereux. En effet, la bigamie de fait favorise l'opacité et le développement de nouveaux comportements répréhensifs et portant tout autant atteinte à l'ordre public. Le phénomène de la polygamie¹⁶⁶⁰ en France demeure complexe et très mal maîtrisé, car difficile à appréhender. Cette polygamie de fait – « *basée uniquement sur la domination de l'homme sur la femme et l'utilisation de celle-ci comme signe extérieur de richesse* »¹⁶⁶¹ – s'établit en France notamment par le biais de conjugalités diverses produisant en droit français des effets relatifs (mariages religieux, concubinage, PACS¹⁶⁶²). De plus, le nombre exact de familles vivant en situation de polygamie sur le territoire national est encore impossible à chiffrer. En 2006, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) estimait à 180 000 le nombre de personnes (adultes et enfants) vivant en situation polygamique, soit seulement 0,3% de la population française¹⁶⁶³. Toutefois, et sans céder à la généralisation, les conditions de vie de certaines de ces familles sont alarmantes. Ainsi, toujours selon cette Commission, « *en raison de la situation de l'habitat, la concentration de la majorité de ces familles dans des quartiers devenus des ghettos, l'ethnisation de certains sous-quartiers, [...] certaines situations de familles polygames, dans un contexte local proche de la relégation, est explosive* »¹⁶⁶⁴. De plus, la cohabitation intensive de plusieurs familles (femmes et enfants confondus) – sur fond de rivalités féminines souvent, dans des espaces exigus pousse les enfants adolescents de ces foyers à fuir un foyer familial dysfonctionnelle. Cette tentative d'échapper à la promiscuité du domicile favorise malheureusement l'exposition des jeunes – vivant au sein de quartier ne proposant pas suffisamment de structures palliatives, éducatives ou de loisirs – à une délinquance juvénile¹⁶⁶⁵. Par ailleurs, dans l'hypothèse où une des compagnes de l'homme

¹⁶⁶⁰ A. Peyrefitte et Comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance, *Réponses à la violence*, Rapport à M. le Président de la République, La Documentation Française, juillet 1977, p. 106 : « *Le logement familial, exigü, bruyant, est souvent fui par le jeune qui n'y trouve pas l'espace adapté à ses jeux et à son besoin d'activité. Souvent les parents, en quête de tranquillité, encouragent cette fuite* ».

¹⁶⁶¹ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *L'étude sur la situation de la polygamie en France*, Rapport, 9 mars 2006, p. 6 [En ligne : <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/rapportpolygamie.pdf>].

¹⁶⁶² Egalement, on l'a vu, il arrive que ces formes conjugales coexistent avec un mariage, V. Riom, 9 novembre 1978, préc. (Indemnisation de l'épouse et de la concubine du défunt).

¹⁶⁶³ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *L'étude sur la situation de la polygamie en France*, Rapport, 9 mars 2006, p. 13 [En ligne : <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/rapportpolygamie.pdf>].

¹⁶⁶⁴ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 13 [En ligne : <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/rapportpolygamie.pdf>].

¹⁶⁶⁵ Témoignage de scènes de vie quotidiennes dans un foyer polygame : un appartement de trois pièces dans lequel vivent un homme, une femme ayant quatre enfants et une deuxième ayant trois enfants. L'existence de rivalités entre les épouses ont conduit chacune d'entre elle à vivre recluse dans une pièce chacune avec leurs

polygame déciderait de sortir de la situation polygamique en optant pour la décohabitation, une autre lutte administrative débute pour elle et ses enfants. En effet, munie après plusieurs années passées sur le territoire français – dans la clandestinité la plus totale – d’un simple titre de séjour, l’intéressée se trouve confrontée à des difficultés de relogement. Ces problématiques se justifient par les politiques nationales en droit immobilier, mais également et surtout par les préjugés et discriminations tenaces¹⁶⁶⁶. Enfin, la polygamie de fait ainsi organisée prend une part certaine – bien qu’impossible à évaluer¹⁶⁶⁷ – dans la fraude aux prestations familiales, punie par l’article L 114-13 du code de la sécurité sociale. Ainsi, en raison de l’emprise qu’il exerce sur des femmes en situation de vulnérabilité sociale, administrative et financière, l’homme polygame est fortement soupçonné de bénéficier à titre exclusif des allocations que celles-ci perçoivent en qualité de « parent isolé »¹⁶⁶⁸.

§2 - La singularité conceptuelle et les absorptions interprétatives

389. Observations. – Il est possible de citer deux cas d’absorption de concepts extérieurs par le droit pénal. Il s’agit d’une part, de l’appréhension des contours de la famille via la définition de l’inceste (A) et d’autre part, de la non-contradiction de la valeur civile de la déclaration sur l’honneur intervenant dans le cadre d’une demande de prestation compensatoire (B).

A. L’absorption pénale du concept civil d’inceste

propres enfants. Les repas se prennent de même à tour de rôle dans la cuisine. V. Commission nationale consultative des droits de l’homme, *L’étude sur la situation de la polygamie en France*, Rapport, 9 mars 2006, p. 23 [En ligne : <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/rapportpolygamie.pdf>].

¹⁶⁶⁶ Pour plus de précisions, V. P. Gollier, « La décohabitation et le relogement des familles polygames. Un malaise politique émaillé d’injonctions contradictoires », *Recherches et prévisions*, n°1/ vol. 94, 2008, p. 64-68.

¹⁶⁶⁷ La Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL) interdit, en effet, aux contrôleurs des caisses d’allocations ne peuvent pas demander expressément aux allocataires s’ils sont polygames, conformément à l’art. 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés. Selon cet article, « *il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l’appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci* ».

¹⁶⁶⁸ Sénat, *Proposition de loi n° 501*, visant à créer un délit de polygamie, d’incitation à la polygamie, avec circonstance aggravantes pour fraude aux aides sociales, de Nicolas About, enregistrée à la Présidence du Sénat le 26 mai 2010, Exposé des motifs.

390. La définition sur un plan pénal des contours de la cellule familiale. – En se bornant à traiter du phénomène incestueux sur un plan pénal, le législateur s’oblige – au nom de la légalité des délits et des peines – à définir clairement les frontières de la famille, avec ce que cette opération comporte d’arbitraire¹⁶⁶⁹. Il s’y était toujours refusé auparavant, par pudeur¹⁶⁷⁰. Pourtant, le Conseil constitutionnel – le 16 septembre 2011¹⁶⁷¹ – enjoignit au législateur de lister de manière plus précise les membres de la famille susceptibles d’être auteurs d’inceste. D’ailleurs, un auteur dira avec ironie que « *la postérité retiendra sans doute que notre lumineuse époque juridique aura été contrainte de définir la famille ... pour savoir à qui on pouvait appliquer l’incrimination d’inceste* »¹⁶⁷². Ainsi, empruntant la voie de la facilité et par crainte d’une nouvelle abrogation du texte par le Conseil Constitutionnel, a choisi de calquer la liste de ces auteurs sur celle des empêchements à mariage énumérés strictement par le droit civil¹⁶⁷³ (1). Cependant, cet alignement de la matière pénale sur la discipline connaît d’inévitables limites (2).

1) L’alignement du droit pénal sur le droit civil quant à l’inceste

391. La liste des auteurs d’inceste calquée sur les empêchements civils à mariage. – Dans la rédaction initiale de la loi de 2010 relative à l’inscription de l’inceste dans le Code pénal, le législateur avait renoncé à la lourde tâche de définir la cellule familiale. En effet, les articles 222-31-1, 222-31-2 et 227-27-2 abrogés se contentaient de qualifier d’incestueuses, les infractions sexuelles commises « au sein de la famille », par un ascendant, un frère ou une sœur ou toute personne ayant autorité de droit ou de fait sur la victime. Le droit pénal voyait alors dans la famille, un cadre auto-institué qu’il suffirait de viser expressément pour déterminer le champ d’application des incriminations sexuelles auxquelles il se rapporte. Cependant, une telle conception de l’inceste en droit pénal aurait conduit – en particulier s’agissant de la notion vague et extensive d’autorité de fait, à considérer comme membre de la

¹⁶⁶⁹ M. Tinel, « La famille en droit pénal », *Droits* 2012/2, n° 56, p. 177.

¹⁶⁷⁰ D. Mayer, « La pudeur du droit face à l’inceste », *D.* 1988, chron. p. 213.

¹⁶⁷¹ V. Cons. Const., décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, préc.

¹⁶⁷² J. Hauser, « Préliminaires : définir la famille par l’inceste », *RTD. civ.* 2011. 752.

¹⁶⁷³ Assemblée nationale, Avis n° 2743 sur les articles 11, 12, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 21 bis et 22 de la proposition de loi n° 2652 rectifiée, adoptée par le Sénat relative à la protection de l’enfant, fait par M. Chapdelaine, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 5 mai 2015, art. 22.

famille toute personne proche de celle-ci et entretenant avec l'enfant des relations affectives. En effet, on le voit, il serait ubuesque de condamner pour inceste le concubin de la nourrice de l'enfant ou la nourrice elle-même. Les actes sexuels imposés à l'enfant par ces personnes ne pourraient être punis qu'au titre des agressions sexuelles ou des atteintes sexuelles aggravées¹⁶⁷⁴. Par conséquent, il convenait non pas de « repenser », mais réellement de penser en droit pénal ce qui fait famille.

Dans cet esprit de précision, le législateur s'est inspiré de la liste des prohibitions à mariage des articles 161 et suivants du code civil pour déterminer de manière exhaustive, les membres de la famille pouvant engager leur responsabilité pénale. Ainsi, sont visés dans la nouvelle rédaction de la qualification d'inceste, « l'ascendant » en ligne directe, « les frères et sœurs », mais aussi « les oncles et tantes, les neveux et nièces » en ligne collatérale. Concernant les collatéraux, la condition tenant à l'existence d'une autorité de droit ou de fait a été supprimée¹⁶⁷⁵. Ainsi, s'agissant par exemple du frère et de la sœur de la victime, il ne sera plus nécessaire de rechercher l'âge avancé de l'auteur pour conclure à son autorité sur le mineur. De plus, tous les amendements de la Commission des Affaires familiales du Sénat tendant à prendre en compte les grands-oncles et grand-tantes, mais aussi les cousins et cousines germains de la victime¹⁶⁷⁶, ont été supprimés. L'objectif affiché est clair ; il convient de sécuriser le plus possible ce nouveau texte en retenant une « définition limitative et précise des membres de la famille »¹⁶⁷⁷.

Par conséquent, on le voit le droit pénal absorbe bien la conception civiliste des membres de la famille. Et c'est d'ailleurs, cette démarche qui avait été préconisée au législateur par la doctrine. En effet, nombreux sont les auteurs qui estiment que seul le droit civil saurait

¹⁶⁷⁴ Cass. crim. 10 juillet 2002, pourvoi n° 02-83179, Bull. crim. n°152, D. 2002., Inf. rap. n° 2658. Le mari de la nourrice est reconnu coupable de viol aggravé en qualité de personne ayant autorité sur la victime.

¹⁶⁷⁵ M. Meunier, *Proposition de loi relative à la protection de l'enfant*, Rapport n°289 (2015-2016) fait au nom de la commission mixte paritaire, Assemblée nationale, 12 janvier 2016, [En ligne : <http://www.senat.fr/rap/115-289/115-289.html>].

¹⁶⁷⁶ Sénat, *Proposition de loi n°147* relative à la protection de l'enfant, Texte de la Commission des Affaires sociales, Enregistrée à la Présidence du Sénat le 3 décembre 2014, art. 22. Notons pourtant que le Code civil prohibe également, sauf levée par le Président de la République de cette prohibition (art. 164), le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce ; Cass., Ch. des requêtes, 28 novembre 1877, DP. 1878. 1. 209.

¹⁶⁷⁷ Assemblée nationale, Avis n° 2743 sur les articles 11, 12, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 21 bis et 22 de la proposition de loi n° 2652 rectifiée, adoptée par le Sénat relative à la protection de l'enfant, fait par M. Chapdelaine, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 mai 2015, art. 22.

nommer l'inceste et définir la famille¹⁶⁷⁸, la sanction pénale ne servant que d'accessoire à sa prohibition civile. Ainsi, un auteur affirmait que « *l'inceste, avant tout, relève du droit civil. Il est consubstantiel à la définition des seuls liens qui fondent en droit de la famille : l'alliance et la famille. L'alliance repose sur la sexualité hétérosexuelle inscrite dans un statut. Aussi l'inceste consiste à interdire la consécration statutaire de la sexualité dans le cadre de la parenté et de l'alliance* »¹⁶⁷⁹. Il concluait enfin son développement en énonçant que « *s'il apparaît opportun de sanctionner l'inceste en tant que tel le Code pénal n'est pas l'instrument logique d'une approche renouvelée de la famille. La définition de l'aire familiale ne peut venir que du Code civil* »¹⁶⁸⁰.

Pourtant, là encore, le droit pénal ne manque pas l'occasion de faire un pied de nez au droit civil, s'agissant de la conception propre qu'il se fait de l'inceste.

2) Les limites à l'alignement du droit pénal sur le droit civil quant à l'inceste

392. La répression de l'inceste de second type. – La matière pénale ne se laisse jamais dompter facilement. Elle ne perd pas de vue son objectif premier : la défense de l'ordre social. À cette fin, elle n'hésite pas à déborder de la conception adoptée par les autres disciplines de mécanismes extra-pénaux. En effet, la définition pénale de l'inceste n'emboîte pas celles du droit civil.

Le cadre familial fixé pénalement est plus large, mais surtout plus réaliste qu'en droit civil, parce que non fondé sur une famille juridique, mais sur une famille éminemment sociologique. La place que prend le beau-parent dans ce cadre familial est incontournable sur un plan pénal. Et cela semble logique si on considère qu'aujourd'hui 940 000 enfants vivent avec leur parent et un beau-parent, le plus souvent une mère et un beau-père (740 000)¹⁶⁸¹. Dès lors, le rôle parental que ce beau-parent est amené à jouer auprès de l'enfant, et l'autorité qu'il exerce à son égard ne peuvent être ignorés. De manière factuelle certes – mais non

¹⁶⁷⁸ J. Hauser, « Préliminaires : définir la famille par l'inceste », *RTD. civ.* 2011. 752 ; N. Glandier-Lescure, *L'inceste en droit français contemporain*, PUAM, 2006, n° 47, 82 et 110 ; C. Neirinck, « Inceste : qui peut définir l'aire de la famille ? », *Dr. Famille* 2011, repère 10, p. 1-3.

¹⁶⁷⁹ C. Neirinck, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁸⁰ C. Neirinck, *ibidem*, p. 3.

¹⁶⁸¹ A. Lapinte, « Un enfant sur dix vit dans une famille recomposée », *Insee Première*, n°1470, 2013, [En ligne : <http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1470/ip1470.pdf>].

moins réelle – le beau-parent cohabite quotidiennement avec l'enfant et participe à son éducation. Il ne s'agit ni d'un étranger, ni d'un simple ami de la famille qu'il rencontrerait occasionnellement. En l'occurrence, il fait partie prenante du cercle familial le plus intime de l'enfant. Dès lors, comment ne pas inclure cette nouvelle figure parentale dans l'aire familiale du mineur lorsqu'on entend pénaliser l'inceste ? Peut-il être envisageable d'ignorer ce troisième acteur familial en simulant, ni plus ni moins, une représentation uniquement juridique de la famille ? Le droit pénal renonce nécessairement à l'archaïsme d'une telle démarche pour des raisons évidentes de protection du mineur. À l'inverse du droit civil, il choisit également de sanctionner, à côté d'un « *inceste de deuxième type* »¹⁶⁸² de droit, un inceste de deuxième type de fait. L'inceste de deuxième type renvoie au fait pour deux personnes consanguines de se partager le même partenaire sexuel¹⁶⁸³. De plus, peu importe aujourd'hui que ces deux consanguins soient de même sexe ou de sexes différents¹⁶⁸⁴. En effet, on pourrait très bien imaginer que le conjoint ou le partenaire du père¹⁶⁸⁵ d'une fille ait des relations avec cette dernière. Il en va de même pour la conjointe, concubine ou partenaire de la mère d'un garçon.

Le Code civil prend en considération cet inceste de deuxième type. L'article 161 du code civil prohibe à la fois le mariage entre descendants et ascendants, et le mariage entre alliés dans la même ligne. Cet interdit est étendu au PACS en vertu de l'article 515-2, 1° du code civil. Au demeurant, il est admis que l'union entre alliés est autorisée en cas de décès du parent biologique (ou adoptif) intermédiaire, qui créait l'alliance¹⁶⁸⁶. Cette disposition laisse donc à penser que les seules valeurs sociales protégées par le législateur civil ici sont les sauvegardes

¹⁶⁸² Ce concept a été créé par Françoise Héritier, une anthropologue française, V. F. Héritier, *Les deux sœurs et la mère. Anthropologie de l'inceste*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1994, passim. Dans cet ouvrage, elle dépassait le concept classique de l'inceste entre consanguins, proposé par Claude-Lévi Strauss. Elle interrogeait ainsi les relations pouvant exister entre les alliés ; une marâtre et son gendre, un parâtre et sa bru mais également le conjoint et la sœur de sa femme, etc. Elle expliquait cette forme d'inceste, moins souvent réprimée dans les sociétés contemporaines, par « *un problème de circulation de fluides d'un corps à un autre* » et « *la mise en contact d'humeurs identiques* », p. 24.

¹⁶⁸³ B. Vernier, « Théorie de l'inceste et construction d'objet. Françoise Héritier, la Grèce antique et les Hittites », *Annales Histoire, Sciences sociales*, 51^{ème} année, n° 1, p. 1996, p. 173.

¹⁶⁸⁴ V. *contra*. B. Vernier, « Théorie de l'inceste et construction d'objet. Françoise Héritier, la Grèce antique et les Hittites », *op. cit.*, p. 1996, p. 173. Selon l'auteur les deux consanguins devraient être du même sexe, à savoir une mère/sa fille, un père/son fils, deux sœurs ou deux frères. Cependant, aujourd'hui la loi admet qu'un couple composé de personnes de mêmes sexes puisse organiser librement une vie commune, peu importe le titre sur lequel elle se fonde (mariage, PACS ou concubinage). De même, depuis 2013 le conjoint homosexuel du père biologique de l'enfant peut adopter l'enfant de son époux.

¹⁶⁸⁵ Mais cela serait également tout à fait valable pour le concubin homosexuel du parent biologique.

¹⁶⁸⁶ Art. 164, 1° du C. civ.

de la paix des familles et de l'institution du mariage, toute abstraction faite de la complexification des liens familiaux que cela engendrerait. À l'appui de ce constat, il convient de noter que l'interdiction à mariage de l'article 161 du code civil demeure étrangement inviolable lorsque l'alliance n'est rompue que par simple divorce¹⁶⁸⁷.

En revanche, le droit civil occulte totalement l'inceste de second type s'agissant du concubinage ; si bien que le concubin d'une femme peut se marier librement avec la fille de cette dernière¹⁶⁸⁸.

Il en va tout autrement s'agissant du droit pénal qui sanctionne largement l'inceste dit « *assimilé* », c'est-à-dire fondé sur un lien d'alliance de droit (mariage ou PACS) ou de fait (concubinage) d'un des membres de la famille¹⁶⁸⁹. C'est dire que le droit pénal reconnaît l'existence d'une famille, en dehors des liens d'alliance et de parenté. Ainsi, l'article 22 modifié de la proposition de loi relative à la protection de l'enfant – adoptée en dernière lecture par l'Assemblée Nationale le 27 janvier 2016 – prévoit que les actes sexuels commis sur le mineur par conjoint, le concubin ou le partenaire de l'ascendant, sont incestueux si l'intéressé a sur le mineur une autorité de droit ou de fait. La doctrine émet cependant quelques critiques sur la caractérisation de la simple autorité de fait en particulier. Deux critiques en particulier semblent devoir être étudiées.

La première portait sur les difficultés à prouver cette autorité de fait et donc par déduction, l'inceste assimilé de fait. En effet, Jean Hauser estimait que l' « *on se heurterait, eu égard au principe du droit pénal, à l'indétermination foncière du concubinage que le législateur de l'article 515-8 du code civil s'est gardé de définir* »¹⁶⁹⁰. Selon lui toujours, il serait impossible d'échapper face au caractère vague du concept de couple, à « *la question de la preuve c'est-à-dire à un minimum de solennisation* »¹⁶⁹¹. Cependant, et comme le relève si bien l'auteur lui-

¹⁶⁸⁷ A. Bateur, « L'interdit de l'inceste », *RTD. civ.* 2000. 759, n° 8-9.

¹⁶⁸⁸ L'exemple le plus connu d'inceste de deuxième type est celui de Woody Allen, réalisateur et acteur américain. Ce dernier a entretenu pendant plusieurs années puis a épousé la fille – d'origine coréenne – que sa concubine américaine avait adoptée au cours d'une union précédente. Le réalisateur a alors basé sa défense sur la « distanciation des liens » qui existaient entre la jeune fille et lui, V. M.-L. Fort, *Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes*, Rapport n°1601 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, Avril 2009, p. 6.

¹⁶⁸⁹ G. Delors, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *Revue de sciences criminelles et de droit comparé*, n°3, 2010, n° 25.

¹⁶⁹⁰ J. Hauser, « Préliminaires : définir la famille par l'inceste », *RTD. civ.* 2011. 752, *in fine*.

¹⁶⁹¹ J. Hauser, « Préliminaires : définir la famille par l'inceste », *op. cit.*

même, il ne revient pas au droit pénal de définir le concept du concubinage. Seul le droit civil le peut. Mais surtout, l'absence de définition précise d'une situation de fait n'a jamais empêché au droit pénal d'en reconnaître l'existence et de s'en servir comme d'un instrument d'incrimination ou de protection. La famille – réalité sociale – en est la parfaite illustration. Au surplus, la notion d'autorité de droit ou de fait est de longue date utilisée par la jurisprudence¹⁶⁹². Ainsi, une large marge d'appréciation est laissée au juge répressif et ce dernier a toujours su faire la part des choses. De manière générale, il tire l'existence d'une autorité de fait de la proximité entre le beau-parent et la victime (cohabitation souvent) et de la forte impression que l'auteur laisse sur celle-ci (par l'éducation, des menaces voire l'affection qu'elle lui porte)¹⁶⁹³. Enfin, il arrive que le juge répressif fasse découler du concubinage – vu pourtant comme simple union de fait – une autorité de droit¹⁶⁹⁴. Un tel raisonnement n'apparaît pas erroné puisque le concubinage est bien inscrit dans le Code civil à l'article 515-8 et reconnu par lui. *De facto*, s'il est admis que l'autorité de droit tire son fondement de la loi¹⁶⁹⁵, le concubin du parent doit être regardé comme détenant une autorité de droit sur l'enfant.

La deuxième critique portait, pour sa part, sur le bien-fondé de réprimer un inceste de deuxième type reposant sur une situation de fait. Elle est habilement formulée par Claire Neirinck. Elle rappelle, dans un premier temps, que le rapport incestueux est fondé sur le lien de parenté existant entre la victime et l'auteur. Dans un deuxième temps, elle constate que lorsque le droit pénal fait reposer l'inceste sur « *un rapport de parenté entre la victime et le*

¹⁶⁹² V. *supra*, n° 17.

¹⁶⁹³ Pour quelques exemples : « *L'accusé était le concubin de la mère de la victime, mais également que cette dernière habitait avec le couple* » : V. Cass. crim, 29 janvier 1992, pourvoi n° 91-87.748, préc. ; Il convenait de condamner le prévenu pour viol sur mineure de quinze ans par personne ayant autorité « *eu égard au jeune âge de la victime, à l'affection que lui portait celle-ci et sous la menace de ne pas révéler des faits de petite délinquance ; que l'auteur, mari de sa mère et vivant sous le même toit que la victime, avait autorité sur elle* » : V. Cass. crim., 9 décembre 1998, pourvoi n° 98-85. 599, Inédit (de plus dans cette famille, l'image de la mère était fortement dévalorisée) ; « *L'infraction d'agressions sexuelles sur mineurs âgés de 7 à 9 ans, par personne ayant autorité, en l'espèce le concubin de la mère, avec laquelle il vivait et exerçait de fait l'autorité du père sur les enfants, est établie à l'encontre de Franck X* » : V. Douai, 21 mars 2007, n° 06/03302 ; « *[Le prévenu] avait toujours autorité de fait sur la jeune fille, non seulement comme étant son entraîneur mais également comme ayant été son beau-père, l'autorité dont il disposait de fait à ce dernier titre n'ayant pas disparu au décès de Nathalie Z... alors qu'il avait vécu pendant plusieurs années avec les deux filles de celle-ci et participé à leur éducation* » : V. Cass. crim., 17 août 2011, pourvoi n° 11-84. 081, Inédit.

¹⁶⁹⁴ La Chambre criminelle a jugé que le concubin de la mère avait « *aussi bien d'une autorité de fait que d'une autorité de droit* » sur sa belle-fille mineure, V. Cass. crim, 29 janvier 1992, pourvoi n° 91-87.748, préc.

¹⁶⁹⁵ V. *supra*, n°375.

*concubin ou le partenaire*¹⁶⁹⁶ *de l'auteur des faits incriminés*», « *il conduit à qualifier d'incestueuse [...] une sexualité imposée entre personnes qui, si elles étaient consentantes, pourraient sans restriction se marier* »¹⁶⁹⁷. Il est vrai, et on l'a vu précédemment, un homme peut épouser sans restriction la fille de sa concubine. Mais également, aussi choquant que cela puisse paraître, un individu pourrait valablement contracter mariage avec l'enfant de son ancien partenaire, sans qu'aucun empêchement absolu ne lui soit opposé sur un plan civil¹⁶⁹⁸. Or, selon l'auteur, un inceste qui serait prohibé différemment en droit civil et en droit pénal n'aurait pas de sens. Pourtant, il ne saurait en être autrement. Le droit pénal ne peut adopter entièrement la conception civiliste de l'inceste, simplement parce que ces disciplines poursuivent des objets intrinsèquement, voire opposés parfois. Ainsi, comme Claire Neirinck aime à le constater, le droit civil vise à interdire à travers l'inceste, « *la consécration statutaire de la sexualité dans le cadre de la parenté et de l'alliance* »¹⁶⁹⁹. Le droit pénal, lui, protège l'intégrité physique et psychique du mineur des actes sexuels qui lui seraient imposés dans son cercle familial. C'est en cela que se légitime la singularité du droit pénal ici.

393. Quelques réserves. – En plus du conjoint, concubin ou partenaire de l'ascendant, l'article 22 de la proposition de loi relative à la protection de l'enfant vise le compagnon de tous les autres membres collatéraux de la famille (frère/sœur, oncle/tante ou neveu/niece). Il n'est certes pas exclu que ces personnes puissent commettre des agressions ou atteintes sexuelles sur le mineur. Dans certaines familles, le nouveau concubin ou partenaire du collatéral sera accueilli comme un véritable proche. Pour autant, d'un point de vue purement juridique, cela ne fait pas de lui un membre de la famille du mineur. Il semble, en effet, plus difficile de démontrer que ce tiers fait partie du cercle familial direct du mineur, en l'absence de toute cohabitation ou de rôle parental et affectif marqué à l'égard de ce dernier. Aussi, le

¹⁶⁹⁶ L'auteur assimile également le PACS à une simple union de fait, et à ce titre concubin comme partenaire pacsé demeurent étrangers à la cellule familiale.

¹⁶⁹⁷ C. Neirinck, « Inceste : qui peut définir l'aire de la famille ? », *Dr. Famille* 2011, repère 10, p. 3, *in fine*.

¹⁶⁹⁸ L'article 515-7 al. 1^{er} du C. civ prévoit que le PACS se dissout notamment par le mariage des partenaires ou de l'un d'eux. Ainsi le PACS prend fin de plein droit à la date de l'événement. De plus, le PACS ne créant aucun lien d'alliance entre le partenaire et la famille de son compagnon, aucun empêchement à mariage ne saurait faire obstacle à l'union socialement incestueuse. Cette disparité de traitement entre le mariage et le PACS est d'autant plus choquant que le droit civil interdit formellement, en sens inverse, à une personne de contracter un PACS avec une autre déjà engagée dans les liens du mariage (art. 515-2, 2^o C. civ.). Ainsi, l'idée selon laquelle les partenaires s'engagent à créer une communauté avec loyauté et fidélité – devoirs moraux tant de fois consacrés par la jurisprudence – ne vaut que jusqu'à célébration d'un mariage ... même si c'est avec une autre personne.

¹⁶⁹⁹ C. Neirinck, « Inceste : qui peut définir l'aire de la famille ? », *op. cit.*, p. 2.

lien existant entre la victime et le concubin ou partenaire de la nièce ou du neveu semble-t-il, pour le moins distendu. Dès lors, la preuve de l'existence de l'autorité de fait semble plus compliquée à rapporter ici, bien que la jurisprudence ait eu l'occasion de la faire découler du simple droit de surveillance, même momentanée¹⁷⁰⁰.

A contrario, le législateur a exclu de la qualification d'inceste des personnes qui – de par la place qu'elles tiennent ou ont tenu vis-à-vis du mineur – font finalement davantage partie de l'intimité de l'enfant. C'est le cas notamment de l'ex-conjoint, concubin ou partenaire de l'ascendant et du tuteur ou délégataire de l'autorité parentale¹⁷⁰¹. Les parlementaires justifient ce choix d'exclusion par une volonté « *d'améliorer la définition de l'inceste* » d'une part, mais également par l'absence de lien familial ou d'alliance entre ces personnes et la victime¹⁷⁰². Pourtant, il est indéniable que ces acteurs ont exercé ou exercent encore une autorité de droit (délégation) ou de fait (affective pour l'ex-compagnon) sur l'enfant. Ainsi, de manière contradictoire, le droit pénal décide tantôt de prendre en considération le lien d'autorité, faisant fi du rapport d'alliance ou de parenté pour le concubin ou partenaire des ascendants et collatéraux. Tantôt, il décide de faire prévaloir ces liens familiaux, lorsqu'il s'agit de l'ex-compagnon ou du tuteur. Par conséquent, la conception pénale de l'inceste oscille entre une vision extensivement sociologique de la famille et une vision restrictivement juridique de celle-ci.

394. La minorité de la victime d'inceste. – La deuxième limite à l'alignement du droit pénal sur le droit civil, tient au fait qu'il ne réprime que l'inceste à l'encontre de victimes mineures. Ainsi, l'inceste entre adultes échappent à la répression pénale, alors qu'il est expressément prohibé en droit civil. Et pour cause, la célébration du mariage (article 144 du code civil) ou la conclusion d'un PACS (article 515-1 du code civil) supposent la majorité des deux parties en droit civil. Pourtant, il est évident que les abus sexuels imposés à la fille de dix-huit ans révolus, par son beau-parent (homme ou femme) constituent bien un inceste.

¹⁷⁰⁰ Cass. crim., 3 septembre 2008, pourvoi n° 08-84.092 « *En l'absence même momentanée de leurs grands-parents ou des parents, l'oncle seul adulte, exerçait de fait une autorité sur ses jeunes neveu et nièce* ». Cependant, si cette solution jurisprudentielle relative à la qualification d'inceste se comprend quant à l'oncle du mineur – membre réel de la famille – elle semblerait plus critiquable s'agissant de son concubin ou partenaire.

¹⁷⁰¹ A. Le Houerou, Proposition de loi relative à la protection du mineur, Rapport n°3216 au nom de la commission des affaires sociales, Assemblée nationale, 10 novembre 2015, p. 7, [En ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3216.asp>].

¹⁷⁰² A. Le Houerou, *op. cit.*, p. 7.

Pour autant, ils ne seront pas pris en compte par la loi pénale. Cela peut sembler contradictoire puisque l'absence de répression de l'inceste entre adultes ne signifie pas que le droit pénal ignore ce phénomène. En effet, antérieurement au projet d'inscription de l'inceste dans le Code pénal, seule la circonstance aggravante tenant au contexte familial de l'infraction permettait d'envisager les situations incestueuses. Or, cette circonstance ne distingue entre victimes majeures ou mineures.

Dans tous les cas, il est sûr que cette particularité répressive marque davantage la singularité conceptuelle du droit pénal vis-à-vis du droit civil. Mais comme le faisait remarquer un auteur, cette singularité s'exprime également par rapport aux disciplines non juridiques que sont la sociologie, la psychanalyse ou la psychiatrie¹⁷⁰³.

B. La consécration par le droit pénal de la valeur probante de la déclaration sur l'honneur en droit civil

395. Le concept extra-pénal de déclaration sur l'honneur. – Il arrive au droit pénal d'adopter des concepts extra-pénaux sans en modifier le contenu ou le sens. On l'a vu s'agissant par exemple de la notion de mariage putatif. On a également pu l'apprécier en constatant que tout comme le droit civil, il n'accordait que peu d'importance aux effets du concubinage en matière de bigamie ou d'inceste de premier type. Mais le concept extra-pénal qui retiendra notre attention ici réside dans la notion de déclaration sur l'honneur régie par le droit civil. L'article 272 alinéa 1 du code civil prévoit, en effet, que « *dans le cadre de la fixation d'une prestation compensatoire, par le juge ou par les parties, [...] les parties fournissent au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie* ». En droit civil, cette déclaration n'a qu'une valeur purement informative. Ainsi, le juge a toute liberté pour apprécier souverainement la valeur et la portée de cette déclaration¹⁷⁰⁴. Cette déclaration ne conditionne pas la recevabilité de la

¹⁷⁰³ A. Lepage, « Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel », *RD pén.* n° 3, mars 2005, étude 5, n°17.

¹⁷⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mars 2005, pourvoi n° 02-13.214, Bull. civ.. I, n° 146.

demande de prestation compensatoire¹⁷⁰⁵. Enfin, ne liant pas le juge civil, celui-ci n'est pas tenu de la réclamer aux parties¹⁷⁰⁶.

396. La portée civile de la déclaration sur l'honneur réinvestie en droit pénal. – La Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion, le 7 mars 2002, de déterminer si la déclaration sur l'honneur mensongère établie en sa propre faveur était constitutive d'un délit de faux, au sens des articles 441-1 et 441-7 du code pénal. En effet, alors qu'elle était en instance de divorce, une femme a produit au juge aux affaires familiales une déclaration sur l'honneur attestant de ses ressources et patrimoine. Cependant, elle s'est bien gardée d'y mentionner la donation en avancement d'hoirie relative à la nue-propriété d'un appartement, que sa mère lui avait consentie de son vivant. Son époux, s'estimant lésé, déposa une plainte à son encontre. La prévenue était alors poursuivie pour faux devant les juridictions pénales. Contrairement à la Cour d'appel, la Chambre criminelle a estimé que l'infraction de faux n'était pas caractérisée, au motif que « *seules les déclarations établies en faveur d'un tiers bénéficiaire constituent une attestation ou un certificat au sens de l'article 441-7, 1° du code pénal* »¹⁷⁰⁷.

Cette décision pose la question de la valeur probante du support du faux. L'article 441-1 du code pénal – texte de définition général de l'infraction – dispose que « *constitue un faux toute 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* ». De manière plus synthétique, cela signifie que la caractérisation du délit de faux nécessite, « *un acte accompli sur un support particulier et doté d'une certaine force probatoire* »¹⁷⁰⁸. En somme, le titre du faux doit être avoir un effet probatoire à l'égard d'autrui et non pour soi-même. Or, toute déclaration unilatérale ne peut porter que sur

¹⁷⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 11 janvier 2005, pourvoi n° 02-19. 016, Bull. civ. I, n°13.

¹⁷⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2003, pourvoi n° 02-11. 641, Bull. civ. I, n° 161 : le Cour d'appel n'a pas l'obligation de mentionner dans sa décision le fait que la déclaration ait été fournie ou non. De même, elle n'a aucun obligation de demander aux parties de fournir une telle déclaration.

¹⁷⁰⁷ Cass. crim. 7 mars 2012, pourvoi n° 11-82. 153, Bull. crim. n° 66.

¹⁷⁰⁸ L. Priou-Alibert, « En divorce, trompe qui peut : une déclaration sur l'honneur établie en sa propre faveur n'est pas un faux », *D. Actualité*, 2012, p. 1.

« des affirmations sujettes à vérifications »¹⁷⁰⁹. « Ces écrits ne valent pas titre, ne créent pas de droits et n'ont par eux-mêmes aucune valeur probatoire »¹⁷¹⁰. Aussi, il devient évident que la déclaration sur l'honneur – pourvue par définition que d'une valeur informative – ne saurait constituer le support d'un faux. En revanche, une telle déclaration aurait pu constituer une tentative d'escroquerie au jugement au sens des articles 313-1 et 313-3 du code pénal¹⁷¹¹. En effet, ici la prévenue a bien usé de manœuvres frauduleuses, en présentant au juge des documents mensongers, en vue d'obtenir une prestation compensatoire plus avantageuse. Aussi, si l'immunité familiale de l'article 311-12 du code pénal s'oppose à la répression de la tentative par rapport au mari, en revanche aucune disposition n'y fait obstacle concernant le juge, lui aussi victime de cette tromperie.

¹⁷⁰⁹ Cass. crim., 23 novembre 1972, pourvoi n° 72-91.163, Bull. crim. n° 357 (concernant en l'espèce une simple déclaration de recettes unilatérale faite par un entrepreneur de spectacle qui avait minoré les dites recettes).

¹⁷¹⁰ M. Véron, *Droit pénal spécial*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2012, n° 635.

¹⁷¹¹ V. not. sur la question, L. Priou-Alibert, « En divorce, trompe qui peut : une déclaration sur l'honneur établie en sa propre faveur n'est pas un faux », *D. Actualité*, 2012, p. 1 ; S. David et A. Jault, « Infractions révélées par le divorce », in *Droit et pratique du divorce*, Dalloz référence, 2015, Chap. 422, n° 422.32.

Chapitre II. La résilience du droit pénal

397. La notion de résilience. – Nombre de sociologues ont eut à définir le notion de résilience. Cette notion est susceptible de recouvrir plusieurs acceptions, qu'il convient de préciser de manière liminaire¹⁷¹². Étymologiquement, le terme se compose du préfixe latin « re » désignant « un retour en arrière » et du radical « salire » signifiant « sauter » ou « rebond ». Aussi, le concept de résilience imbrique-t-il deux idées essentielles : premièrement, celle de parvenir à se libérer d'une contrainte traumatisante et deuxièmement, celle de parvenir à se reconstruire après le choc.

Initialement, cette notion était d'abord employée en physique pour renvoyer à « *l'aptitude d'un corps à résister à un choc et à retrouver sa forme [première] après une compression, une torsion ou une élongation* »¹⁷¹³. Depuis les années 1970, en France¹⁷¹⁴, la notion de résilience trouve son utilité comme outil psychologique central dans l'explication de la propriété d'une personne ou d'un groupe à se développer après une agonie, et à reconstruire au-delà du traumatisme un état proche de celui antérieur à l'événement¹⁷¹⁵.

398. Un droit pénal résilient, la protection de valeurs propres. – Le droit pénal, en plus d'être un droit singulier, est encore un droit résilient. En effet, au-delà d'une logique intrinsèque propre se manifestant tant d'un point de vue fonctionnel que conceptuel, c'est un droit qui protège avant tout ses propres valeurs. Aujourd'hui, l'instrumentalisation grandissante de la matière et le sentiment de dénaturation de celle-ci au contact du droit de la famille¹⁷¹⁶ font office – métaphoriquement – d'une situation traumatique, en ce qu'elles semblent vider ce droit de sa substance. Pourtant, celui-ci dispose d'une faculté naturelle à la réadaptation. Aussi, ne se perd-il jamais totalement. Il revient toujours à ses essentiels : la

¹⁷¹² B. Michallet, « Résilience : perspective historique, défis théoriques et enjeux cliniques », *Frontières*, vol. n°22, n° 1, 2009-2010, p. 10-18.

¹⁷¹³ B. Michallet, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷¹⁴ Cette notion, créée par les psychologues Werner et Smith dès 1950, a été développée en France, par le psychanalyste Boris Cyrulnik, V. B. Cyrulnik, *Un merveilleux malheur*, Paris, Odile Jacob, 1999. Cependant, il avait débuté ses recherches dès 1970, sans parvenir à qualifier clairement le phénomène.

¹⁷¹⁵ Aujourd'hui, il n'existe toujours pas de consensus absolu sur la notion de résilience. Alors que la notion se démocratise dans le domaine de la psychanalyse et que les théoriciens s'accordent sur le principe de résilience, ils la définissent encore tantôt comme une capacité, tantôt comme un processus ou un résultat.

¹⁷¹⁶ C. Pomart-Nomdédéo, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *D. actualité*, 9 septembre 2010, étude 20.

poursuite par l'Etat d'une infraction commise à l'encontre d'une victime, et causant à une échelle supérieure, un trouble au corps social. Or, quant à définir la place de la famille au milieu de ce triptyque, on s'aperçoit tout à coup que les rôles s'inversent. Considérée dans cette configuration typiquement pénale, c'est désormais la famille qui ne représente qu'une valeur subsidiaire et secondaire en droit pénal (**Section I**). Également – en dépit de la récente vague de pénalisation des relations familiales – il convient de relativiser la place que tiendrait le droit pénal dans la famille¹⁷¹⁷. En effet, il ne faudrait pas oublier la tendance générale du droit pénal à se retirer du champ familial, bien plus qu'à l'investir (**Section II**).

Section I. La famille, une valeur secondaire en droit pénal

399. L'observation de la hiérarchisation des valeurs sociales protégées en droit pénal (§1) conduit à considérer la famille comme un intermédiaire de protection (§2).

§1 - La hiérarchisation des valeurs sociales en droit pénal

400. La valeur sociale est un outil de structuration du droit pénal. À ce titre, elle est révélatrice du fonctionnement et des finalités de la matière (A). Or, force est de constater que s'il est indéniable qu'elle compte parmi les valeurs sociales considérées en droit pénal, la famille en tant qu'entité ne constitue qu'une valeur secondaire à l'intérieur de cette structure (B).

A. La valeur sociale protégée, un outil de structuration en droit pénal

401. Valeurs sociales et « systématisation » du droit pénal. – Pendant longtemps, les auteurs n'accordaient qu'une portée limitée à l'utilisation de valeurs dans l'activité juridique. Ainsi, les théories de la communication apparues dès la seconde moitié du XX^{ème} siècle, préfiguraient que « *le droit en tant que tel est largement autonome vis-à-vis de l'axiologie* »¹⁷¹⁸. Aux valeurs – par trop versatiles, subjectives – les théoriciens de la

¹⁷¹⁷ Ou faudrait-il dire la place que tiendrait la famille dans le champ pénal.

¹⁷¹⁸ H. Rabault, *Droit et axiologie : la question de la place des "valeurs" dans le système juridique*, Droit constitutionnel et théorie et philosophie du droit, atelier n°5, Acte du 8^{ème} Congrès français de droit

communication privilégient la norme, seul stabilisateur fiable des comportements en société¹⁷¹⁹. Niklas Luhmann¹⁷²⁰, célèbre sociologue et juriste allemand, estimait notamment que la référence aux valeurs était impropre à régler les conflits fondamentaux, inévitables dans tout système juridique. Selon lui, l'éthique est l'argument résiduel auquel le droit fait appel lorsque sont épuisés tous les moyens juridiques probants. Elle n'est finalement utilisée qu'à des fins simplificatrices permettant ainsi de légitimer d'office la décision de sortie de litige. En d'autres termes, « *l'équité implique une ouverture, une souplesse du système juridique, qui lui permet de conserver son unité face à la complexité sociale* »¹⁷²¹.

Tout au contraire, et particulièrement en droit pénal spécial, il apparaît que la valeur sociale constitue en réalité un véritable – sinon le principal – instrument de structuration de la matière. C'est elle qui sous-tend et rationalise cette dernière ; et à ce titre, son rôle ne saurait y être secondaire ou résiduel. Cet avis était d'ailleurs celui d'éminents auteurs qui considéraient les valeurs sociales ou intérêts protégés comme « *un critère général de systématisation du droit pénal spécial* »¹⁷²². Mais, cette systématisation vaut également pour le droit pénal général, puisqu'en effet, l'un est indissociable de l'autre¹⁷²³.

constitutionnel, Université Nancy II, 2011, p. 10 [En ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/rabaultTD5.pdf>].

¹⁷¹⁹ D'ailleurs, cette thèse renvoie à la théorie pure du droit du positiviste Hans Kelsen, V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 38.

¹⁷²⁰ Jüger Habermas est également un théoricien de la communication. Mais sa thèse diffère de celle de Luhmann notamment s'agissant de la relation entre l'éthique et le droit. En effet, Habermas ne considère pas davantage le droit comme fondé sur une axiologie mais il ne lui dénie pas une certaine fonction éthique pour autant, surtout à travers les procédures. Sur la confrontation entre les pensées d'Habermas et Luhmann, V. H. Rabault, *Droit et axiologie : la question de la place des "valeurs" dans le système juridique*, Droit constitutionnel et théorie et philosophie du droit, atelier n°5, Acte du 8^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, Université Nancy II, 2011, p. 7-13 [En ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/rabaultTD5.pdf>]. Pour un approfondissement de la pensée de Luhmann, en particulier sur sa théorie des systèmes sociaux, V. H. Thomas, *Rabault, Systemtheorie des Rechts. Die Rechtslehre Niklas Luhmanns, Baden-Baden, Nomos, 2007* et le compte-rendu en français de cet ouvrage, V. H. Rabault, « À propos de... », *Droit et société*, n° 72, 2009, p. 457-495.

¹⁷²¹ H. Rabault, « À propos de... », *Droit et société*, n° 72, 2009, p. 457-495.

¹⁷²² A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Tome 2, éd. Cujas, 1982, n°22 sq. Selon l'auteur, ni l'élément matériel, ni l'élément moral (mobile y compris), ni la notion d'activité délictueuse, pas plus que la personnalité de l'auteur ou de la victime ne permettent de fonder une systématisation du droit pénal spécial. V. aussi, M. Puech, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 167-168. Selon cet auteur, « *on entend par incrimination la description d'un comportement que le législateur sanctionne pénalement pour imposer aux individus le respect d'une valeur sociale* ». C'est dire que la valeur sociale est objet de l'infraction pénale.

¹⁷²³ N'est-ce pas l'observation et l'abstraction du droit pénal spécial par la doctrine qui ont permis de fonder les dispositions de droit pénal général mais également de certaines règles de procédure pénale ? Ainsi, le pénaliste qui prétend résoudre tout cas pratique de droit pénal général ou de procédure pénale, doit-il dans un premier temps qualifier la ou les infractions commises afin d'y appliquer les règles de droit de fond ou de forme adéquates. D'ailleurs, qu'il s'agisse d'un juriste ou d'un profane, tout citoyen aujourd'hui – notamment en raison de la médiatisation des faits d'hiver ou autres affaires de criminalité astucieuse – a une notion de ce qu'est un

Dès lors, ainsi conçu, le droit pénal n'est plus seulement « *un agglomérat disparate d'incriminations [ou de règles] qui se succèdent sans lien, mais un ensemble cohérent et structuré, directement inspiré par les principes moraux et politiques proclamés ou reconnus par l'État* ». Ces principes moraux et politiques sont agencés selon une certaine hiérarchie. C'est précisément sur cette hiérarchisation artificielle – pensée par l'homme – que repose la structure du droit pénal positif.

402. Des valeurs sociales hiérarchisées en droit pénal. – Toutes les valeurs sociales ne se valent pas en droit pénal. Les valeurs permettent, en droit pénal, d'ordonner les priorités juridiques et sont par nature porteuses de hiérarchisation. En effet, par définition, toutes les valeurs existant dans une société donnée, n'accèdent pas pour autant à la reconnaissance juridique. Ainsi, si l'hédonisme peut constituer à une échelle purement subjective, une valeur, elle ne fait pas pour autant l'objet d'une reconnaissance effective de droit. De même, que si l'honneur est considéré comme une valeur à protéger juridiquement (dans le cas de la diffamation par exemple), le droit pénal ne tiendra en principe¹⁷²⁴ nul compte en revanche du mobile du mari, victime d'adultère, qui s'estimant foulé dans son honneur ou sa fierté, décide d'assassiner son épouse. En somme, on désigne par valeurs sociales ou intérêts protégés, au sens du droit, des intérêts qui sont supérieurs aux autres et dignes de reconnaissance juridique. Par ailleurs, on le verra par la suite, au sein même de la catégorie des valeurs sociales juridiquement reconnues, toutes ne s'équivalent pas. Ainsi, en droit pénal, la protection des intérêts protégés de l'Etat primera sur celle d'autres intérêts à portée plus particulière.

L'action même de prioriser une valeur sociale plutôt qu'une autre ne relève pas du hasard. En effet, la hiérarchisation des valeurs présentera un intérêt pratique considérable pour le législateur pénal, dans son œuvre créatrice. Il lui appartient d'identifier clairement la finalité ou l'objet de l'incrimination qu'il entend ériger, cette finalité ou objet étant ni plus ni moins que la valeur sociale à protéger. Ce choix ne laisse guère de place à l'arbitraire, mais repose au contraire sur des études statistiques, démographiques, sociologiques, psychologiques et

meurtre, un assassinat, une escroquerie ou un délit d'initié. Aussi, composé d'incriminations ancestrales ou d'incriminations de droit positif, le droit pénal spécial préexiste à ses deux autres homologues criminels.

¹⁷²⁴ Nous l'avons vu, en revanche, l'auteur du crime passionnel inspire une certaine fascination, voire une mansuétude de la part des juridictions pénales, V. *supra*, n° 145.

juridiques qui – à une époque donnée – permettent de mettre en exergue des problématiques sociales qui s'imposant aux pouvoirs publics, nécessitent d'être juridiquement encadrées. Prenons ainsi l'exemple de l'édiction 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*, qui comporte un grand nombre de dispositions pénales. Son élaboration a été rendue nécessaire en raison d'un constat posé notamment par le Rapport d'information réalisé au nom de la Mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes¹⁷²⁵, qui a pointé du doigt l'existence d'un « *phénomène de masse* »¹⁷²⁶, souvent mal connu que sont les violences conjugales en France et dont les retombées familiales, sociales et économiques néfastes sont considérables et d'une particulière gravité. De plus, parce qu'il véhicule – dans une société donnée, à une époque plus ou moins durable – certaines valeurs sociales vitales, le droit pénal d'un État est en adéquation avec les influences politiques, idéologiques et sociétales de ce dernier. À ce titre, le fait pour le droit pénal d'accorder à certaines de ces valeurs une importance supérieure aux autres, est révélateur de ce qu'est le droit pénal positif, son identité propre. Or force est de constater qu'il n'accorde pas à la valeur famille une place prépondérante. De par là même, il est possible de lire – à défaut d'une définition précise – la conception réelle que le droit pénal se fait de l'entité familiale.

B. La supériorité de *valeurs-finalité* autres que la famille en droit pénal

403. Il convient, dans un premier temps, d'explicitier ce qu'est la *valeur-finalité* d'une infraction et plus précisément – en ce qui concerne notre étude – d'une infraction familiale (1). Dans un second temps, il nous sera donné l'occasion de constater, qu'en droit pénal, la famille constitue rarement une valeur-finalité (2).

¹⁷²⁵ G. Geoffroy, *Lutte contre les violences faites aux femmes*, Rapport d'information n° 1799 fait au nom de la Mission d'évaluation de la politique de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes, 7 juillet 2009 (en ligne), disponible sur le site de l'Assemblée Nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i1799-t1.pdf>.

¹⁷²⁶ G. Geoffroy, *op. cit.*, p. 18 sq.

1) La valeur-finalité, l'objet réel de l'infraction d'émblée familiale

404. Concept de valeur-finalité et infractions d'émblée familiales « pluri-offensives ».

– Il arrive qu'un même comportement délictueux unique porte atteinte simultanément à plusieurs valeurs sociales. Le texte d'incrimination, qui définit ce comportement, est alors dit « *pluri-offensif* », selon la doctrine¹⁷²⁷. Or souvent, il est possible de constater une prédominance d'une valeur sur l'autre, cette première donnant ainsi à l'infraction son identité, sa coloration réelle. C'est cette valeur supérieure qui constitue la *valeur-finalité* de l'infraction.

S'agissant de notre étude, ne seront concernées que les infractions d'émblée familiales, puisque par définition les infractions de droit commun simplement aggravées par un lien familial ne visent pas originellement la valeur famille. Ainsi, dans le cas des infractions d'émblée familiales, l'institution familiale est la valeur sociale immédiatement protégée, du moins en apparence. Pourtant, dans bon nombre de ces infractions, cette valeur sociale est concurrencée par d'autres intérêts supérieurs. Ce sera notamment le cas lorsque la condition préalable de la répression résidera – comme nous l'avons vu précédemment – dans la violation des intérêts de la justice civile (l'abandon de famille ou la non-représentation d'enfant par exemple¹⁷²⁸). Il en va de même lorsque sont en jeu les intérêts de l'État. Il peut s'agir de protéger son administration publique par exemple. C'est le cas lorsque le code pénal incrimine le fait de célébrer un mariage religieux avant le mariage civil¹⁷²⁹ ou la non-déclaration d'enfant dans les délais impartis par le code civil¹⁷³⁰. En effet, ces infractions tendent, selon la conception pénale, à punir une atteinte certaine à l'état civil, le préjudice causé à la famille n'étant visé que secondairement. Ainsi, elles figurent au sein du Livre IV du Code pénal « *Des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique* », dans une section intitulée « *Des atteintes à l'état civil des personnes* ».

¹⁷²⁷ A. Vitu, *Droit pénal spécial*, tome 1, Cujas, coll. Traité de droit criminel, 1^{ère} éd., 1982, n°22 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, 2014, p. 96, n° 147 ; X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2012, n° 240.

¹⁷²⁸ V. *supra*, n°299 et s.

¹⁷²⁹ Art. 433-21 du C. pén.

¹⁷³⁰ Art. 433-18-1 du C. pén.

Il peut encore s'agir de protéger l'autorité de l'État, à savoir le maintien de l'ordre public. Ainsi, nous l'avons vu, l'infraction de bigamie¹⁷³¹ en est une illustration. En effet, loin de répondre à une nécessité morale, le délit de bigamie sanctionne d'abord une atteinte à l'autorité de l'État¹⁷³² puis à l'état civil des personnes¹⁷³³, et seulement en dernier lieu à la famille.

Aussi, la protection de la famille ne semble-t-elle pas être l'objectif premier du droit pénal, la famille étant une *valeur-témoin*.

2) La famille, une *valeur-témoin* en droit pénal

405. La famille conçue comme *valeur-témoin*. – S'opposant à la valeur-finalité, la *valeur-témoin* est une valeur subsidiaire. Elle apparaît comme le témoin de la protection pénale des autres intérêts protégés. Deux arguments complémentaires permettent de l'affirmer. D'une part, la famille sert de simple repère de protection au droit pénal (a). D'autre part, la famille ne détient pas d'intérêt collectif consacré en droit pénal (b).

a) Un simple repère de protection

406. La famille, un préalable de protection. – Institution naturelle première, la famille est celle sur laquelle repose à la fois le socle et la perpétuation de toute société. De la bonne santé de la société dépend le « bien vivre ensemble ». Pour ce faire, le maintien de l'ordre public, prérogative et devoir de l'État, est indispensable. Dès lors, nous le savons, parce qu'il a pour mission l'organisation de la réponse de l'Etat vis-à-vis de toute atteinte portée à l'ordre social, le droit pénal doit conjuguer avec la réalité familiale¹⁷³⁴. C'est donc bien la famille – unité sociale primaire – qui favorise la protection des *valeurs-finalité* que sont la société, les individus qui la composent et la puissance étatique.

¹⁷³¹ Art. 433-20 du C. pén.

¹⁷³² A. Bourrat-Guéguen, « Altération de l'institution familiale », in *Droit de la famille*, Dalloz action, 2013, n° 622.160.

¹⁷³³ Cette infraction est, en effet, insérée dans la section relative aux atteintes à l'état civil.

¹⁷³⁴ V. *supra*, n°271 et s.

407. La famille, un simple paramètre de protection. – Ainsi présentée, la famille pourrait passer pour une valeur sociale centrale en droit pénal. Pourtant, à la différence des autres intérêts protégés précités, elle n'est pas pensée par le droit pénal, mais simplement utilisée par lui. Et pour cause, « *la famille n'est [toujours] pas l'objet d'une véritable politique criminelle* »¹⁷³⁵ en France. Certes, il est certain que la famille impacte largement l'activité répressive, et qu'inversement elle se trouve également impactée par cette dernière. C'est, en effet, au sein de sa famille que se construit la personnalité du délinquant¹⁷³⁶. Dès lors, s'il veut comprendre pour partie le phénomène criminel d'abord et y apporter une réponse adaptée ensuite, le pénaliste doit compter avec l'entourage familial de l'auteur. De longue date, en effet, des études ont été menées sur les familles criminogènes ou « *corruptrices* »¹⁷³⁷, mettant ainsi en évidence l'existence d'une corrélation entre criminalité et présence d'un environnement familial carencé¹⁷³⁸. Les retombées de ces déficiences familiales, tant sur un plan affectif qu'éducatif, ont également été observées de manière plus précise, dès l'adolescence du délinquant¹⁷³⁹.

Mais, la famille peut également être considérée par la justice pénale comme une alliée. Ainsi, les membres de la famille peuvent être appelés à concourir lors du procès pénal, en qualité de témoins. C'est le cas par exemple – dans la phase pré-sentencielle – de l'enquête de personnalité. Prévue à l'article 81 alinéa 6 du Code de procédure pénale et à l'article 8 de l'ordonnance du 2 février 1945 (pour le mineur), elle tiendra compte de « *la situation matérielle, familiale ou sociale* »¹⁷⁴⁰ du mis en examen. Seront notamment entendus à cette occasion les conjoint et proches parents de l'intéressé qui détiennent sur celui-ci des informations précieuses pour l'avancée de l'enquête et la détermination du profil du

¹⁷³⁵ P. Couvrat, « Le droit pénal et la famille », *RSC* 1969, p. 807. Ce constat est encore valable aujourd'hui.

¹⁷³⁶ J. Pradel, « La famille du délinquant au cours du procès », in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préface Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 303.

¹⁷³⁷ P. Couvrat, « La famille, parent pauvre du droit pénal », in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préface Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 134.

¹⁷³⁸ V. *supra*, dysfonctionnement familial et famille criminogène ; J. Pinatel, « L'environnement familial », *RSC* 1954. 792 ; J. Léauté, *Criminologie et sciences pénitentiaire*, PUF, 1972, p. 539 sq ; G. Stéfani, G. Levasseur et R. Jambu-Merlin, *Criminologie et sciences pénitentiaires*, Paris, Dalloz, 1982, p. 203.

¹⁷³⁹ A. Peyrefitte et Comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance, *Réponses à la violence*, Rapport à M. le Président de la République, La Documentation Française, juillet 1977, p. 105-107 et 169.

S. Roché (dir.), *Socialisation familiale, délinquance et justice pénale. La famille explique-t-elle la délinquance des jeunes ?*, Vol. 1, Rapport final pour la CNAF et le GIP « Mission de recherche Droit et Justice », IEP de Grenoble, janvier 2008.

¹⁷⁴⁰ Art. 81 alinéa 6 du C.pr. pén. L'article 8 de l'ordonnance de 1945 fait référence lui aux « *renseignements relatifs à la personnalité et à l'environnement social et familial du mineur* ».

délinquant. De plus, il arrive que la famille se voie confier la mission de resocialisation du délinquant. Il peut s'agir par exemple, de la remise du mineur à ses parents, à son tuteur, à la personne qui en avait la garde ou à une personne digne de confiance, à tout moment de la procédure¹⁷⁴¹. Mais il peut également s'agir du maintien des relations familiales en prison¹⁷⁴². Ainsi, le Code de procédure pénale – fixant le règlement intérieur des établissements pénitentiaires – prévoit clairement dans une section intitulée « *Des évènements familiaux et des sorties exceptionnelles qu'ils peuvent justifier* », le droit pour les détenus de célébrer leur mariage à l'intérieur de la prison (article D. 424) ou de se rendre au chevet d'un membre de la famille « *proche* » qui serait gravement malade ou décédé (article D. 425). Également, participent de ce maintien des relations familiales, le droit pour le détenu de recevoir des visites dans des parloirs sans dispositif de séparation sauf exception particulière (articles R.57-8-8 à R.57-8-12 et D. 405) et de la correspondance dans certaines conditions prévues légalement (articles D. 413 à D. 419-3). De plus, en 2010, ont été mis en place deux dispositifs remarquables : des parloirs familiaux (article R. 457-8-1) et des unités de vie familiale (article R. 457-8-14)¹⁷⁴³. Les premiers sont des espaces clos de douze à quinze mètres carrés dans lesquels le détenu peut rencontrer les membres de sa famille ou ses proches pendant six heures dans surveillance ; les deuxièmes sont de véritables appartements, séparés de la détention, spécialement aménagés dans lesquels le condamné peut accueillir – « *sans surveillance continue et directe* » – sa famille entre six heures et soixante-douze heures. Enfin, alors que le principe de personnalité des peines, il arrive que la famille du délinquant pâtisse indirectement de la condamnation prononcée à l'encontre de ce dernier. Ainsi, le paiement d'amendes, les interdictions professionnelles, ou encore l'emprisonnement de l'auteur sont autant de peines qui pèsent sur le patrimoine et l'affect familial¹⁷⁴⁴. Mais, le juge répressif a été bien plus loin. En effet, la Cour d'appel de Versailles a confirmé le jugement

¹⁷⁴¹ Ord. n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JO* du 4 février 1945, p. 530, V. art. 8 (instruction), art. 15 (pour le mineur de 13 ans, devant le tribunal pour enfants), art. 16 (pour le mineur de plus de 13 ans), ect.

¹⁷⁴² Notons que le décret n° 2013-368 du 30 avril 2013 relatif aux règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires, *JO* du 3 mai 2013, p. 7609, a abrogé une section au titre particulièrement évocateur « Du maintien des liens familiaux ». Les dispositions de cette section précisait que les détenus étaient autorisés à garder leur bague de mariage et des photographies de famille en prison. De même, ils pouvaient envoyer à leurs familles des sommes d'argent ou recevoir des détenteurs d'un permis de visite, des subsides.

¹⁷⁴³ Décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale, *JO* du 28 décembre 2010, p. 22738.

¹⁷⁴⁴ P. Couvrat, « La famille, parent pauvre du droit pénal », in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préface Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 135.

d'expulsion du logement en HLM, s'agissant de deux familles dont les enfants – majeurs au moment des faits – étaient poursuivis pour trafic de stupéfiants¹⁷⁴⁵.

Ces éléments marquent assurément une volonté de valorisation de l'entité famille en droit criminel. Pour autant, cette entité familiale ne bénéficie pas d'une concrétisation réelle en droit pénal. En dépit de la prise en considération de la sphère privée, le législateur pénal – atteint contradictoirement de frénésie législative – y intervient encore par petites touches éparses, sans véritable vision d'ensemble de l'institution¹⁷⁴⁶.

b) L'absence de consécration d'un intérêt familial en droit pénal

408. L'absence d'une volonté familiale unitaire. – Certaines thèses tendant à la personnalisation de la famille ont été développées. De manière déductive, ces thèses ont tenté de mettre en lumière un « *collectif juridique* »¹⁷⁴⁷ au sein de la famille au regard du droit civil de la famille. Elles consistaient ainsi, soit à déduire du droit positif l'existence d'une famille conçue comme personne morale méconnue¹⁷⁴⁸, soit à réduire l'existence de cette personnalité morale à la seule « *société conjugale* »¹⁷⁴⁹.

En droit pénal également, certains auteurs, ont tenté – bien que furtivement – de matérialiser une reconnaissance symptomatique d'une volonté collective familiale. Symptomatique, parce que ces auteurs tirent d'un certain état des choses – d'une évolution progressive des droits individuellement acquis par chacun des membres de la famille – un signe extérieur d'un intérêt familial. D'une part, le Professeur Hugues Périnet-Marquet relevait une ouverture du droit

¹⁷⁴⁵ M. Leplongeon, « Enfants dealers : peut-on expulser la famille de son HLM ? », *Le Point*, 8 octobre 2010. La juridiction du second degré motivait sa décision par la persistance des troubles graves à voisinage (usage de scooters dans la résidence, trafic de cannabis et dégradations) causés par les enfants dealers, ainsi que les nombreux avertissements dont les familles ont été les destinataires. Selon la Cour, ces faits « *justifient la résiliation du bail sans qu'il soit nécessaire de rechercher l'implication factuelle des locataires dans les faits* ».

¹⁷⁴⁶ On l'a vu précédemment, l'effort de bornage de l'aire familiale avec l'inscription de l'inceste dans le Code pénal, n'est que tout récent et demeure timide.

¹⁷⁴⁷ E. Millard, *Famille et Droit public. Recherches sur la constitution d'un objet juridique*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin-Lyon III, 1994, p. 43, n° 48.

¹⁷⁴⁸ R. Savatier, « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *D.* 1939, chron. XIII, p. 49 ; E. Assi, *L'intérêt de la famille*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 1983.

¹⁷⁴⁹ J. Carbonnier, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport de notions de société et d'associations*, Thèse de doctorat, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1932 ; M. Henri, « L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux », *D.* 1979, chron. XXX, p. 179.

pénal à l' «*action civile familiale*»¹⁷⁵⁰. Cette expression laisserait donc clairement sous-entendre que la famille disposerait d'une faculté d'ester en justice, afin d'obtenir réparation d'un préjudice propre. L'auteur admettait lui-même que cette ouverture était timide et en demi-teinte¹⁷⁵¹. Pourtant, il n'hésitait pas à démontrer l'existence d'une action familiale en se fondant sur l'action civile des membres de la famille de la victime ; en d'autres termes sur l'action civile dont bénéficient les victimes par ricochet¹⁷⁵². Aussi, estime-t-il que «*l'individu n'existe que par et pour le groupe*»¹⁷⁵³, donc le préjudice principal subi par lui rejaillit sur le groupe dans son ensemble. D'autre part, Marie Tinel insiste, elle aussi, sur la protection par le droit pénal de la famille, en tant qu'entité¹⁷⁵⁴. Elle en fait le constat au regard des infractions pénales insérées dans un chapitre du Code pénal nommé «*Des atteintes aux mineurs et à la famille*» ; ces infractions protégeraient donc expressément la famille. Elle note encore que cette protection pénale est simultanée, à la fois vis-à-vis de la famille et vis-à-vis des individus qui y évoluent. Selon elle, en effet, «*la loi ne détache pas artificiellement les victimes de leur environnement immédiat*»¹⁷⁵⁵ lorsqu'elle protège l'époux victime de son conjoint violent ou l'enfant victime de ses parents négligents. Après tout, rappelle-t-elle, «*[la famille] ne se conçoit qu'à raison des personnes qui la composent*»¹⁷⁵⁶.

Ces thèses portent en elles-mêmes une contradiction essentielle. On pourrait penser que cette contradiction tient dans l'incapacité pour l'entité familiale de se prévaloir d'un intérêt collectif dissociable de celui de ses membres. En effet, selon la théorie de la réalité technique¹⁷⁵⁷ en effet, deux conditions étaient nécessaires à l'acquisition de la personnalité morale : «*un intérêt distinct des intérêts individuels*»¹⁷⁵⁸ et «*une organisation capable de*

¹⁷⁵⁰ H. Périnet-Marquet, «*L'ouverture du droit pénal à l'action civile familiale*», in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préface Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 281-293.

¹⁷⁵¹ H. Périnet-Marquet, *op. cit.*, p. 293.

¹⁷⁵² Il prend d'ailleurs ici le cas de l'action civile ouverte à la concubine de la victime devant les juridictions répressives, V. H. Périnet-Marquet, «*L'ouverture du droit pénal à l'action civile familiale*», in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préface Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 284.

¹⁷⁵³ H. Périnet-Marquet, *ibidem*, p. 281.

¹⁷⁵⁴ M. Tinel, «*La famille en droit pénal*», *Droits* 2012/2, n° 56, p. 156- 158.

¹⁷⁵⁵ M. Tinel, *op. cit.*, p. 157.

¹⁷⁵⁶ M. Tinel, *ibidem*, p. 157.

¹⁷⁵⁷ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1906, spéc. p. 13, n° 5, [En ligne : <https://archive.org/details/lathoriedelaper00michgoog>].

¹⁷⁵⁸ L. Michoud, *op. cit.*, p. 113, n° 53.

dégager une volonté collective qui puisse présenter et défendre cet intérêt »¹⁷⁵⁹. Selon cette théorie, ce qui fonde la personnalité juridique c'est l'existence d'un *groupe permanent* titulaire d'un intérêt collectif¹⁷⁶⁰. Cette théorie a rencontré un franc succès pendant longtemps. Cependant, l'exemple de certaines organisations dotées de personnalité morale est venu remettre en question cette dernière. Ainsi, les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL) ou les fondations¹⁷⁶¹ permettent d'affirmer que le groupement ne doit pas nécessairement être doté d'un intérêt collectif, cet intérêt pouvant être individuel également ; pas plus qu'il n'est indispensable que cet intérêt soit strictement distinct des intérêts individuels des membres¹⁷⁶². Par conséquent, il n'est pas erroné de dire que l'intérêt de la famille est lié aux intérêts des individus qui la constituent et la façonnent. Toutefois, encore faut-il que l'intérêt considéré soit un intérêt à visée unique. En effet, afin d'exister en tant que personne morale – et avoir une aptitude à devenir sujet de droit – le groupement doit tendre à la réalisation d'un objet identique. Cette condition semble évidente s'agissant de groupements composés d'un seul individu. Cela l'est moins lorsque l'on se réfère à un groupement collectif. Ainsi, les membres d'un tel groupement doivent être investis « *d'une volonté de collaborer pour la réalisation d'un intérêt commun* »¹⁷⁶³. Cette exigence d'homogénéité des intérêts¹⁷⁶⁴ paraît impossible à satisfaire dans le cas de la communauté familiale, qu'il s'agisse de l'entité familiale dans son ensemble ou de l'entité conjugale. En effet, ces deux structures ne forment plus – comme ce fut le cas dans le passé – des unités économiques et sociales soudées, placées sous l'autorité du père de famille s'exprimant d'une seule voix, au nom de la famille. La famille française contemporaine est désormais une aire où convergent des volontés individuelles divergentes, voire égoïstes. Alors qu'auparavant, les individus étaient au service de l'institution familiale, il semble qu'aujourd'hui, ce soit l'institution familiale qui est au service de ses membres. Il y existe donc autant d'intérêts que de membres : l'intérêt du

¹⁷⁵⁹ L. Michoud, *ibidem*, p. 118, n° 54.

¹⁷⁶⁰ L. Michoud, *ibidem*, p. 64, n°24.

¹⁷⁶¹ Précisons, tout de même, que Léon Michoud prenait déjà en considération le cas de ces groupes à l'organisation particulière. En effet, il est vrai que la fondation, personne morale de droit privée chargée de la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif, peut être créée par un ou plusieurs donateurs. Cependant, Léon Michoud estimait la condition d'un intérêt collectif et permanent remplie puisque, selon lui, c'est bien le groupe destinataire des donations (malades, religieux, artistes, etc.) qui est titulaire de droits et représenté par la fondation juridiquement. V. L. Michoud, *ibidem*, n° 53.

¹⁷⁶² G. Wicker, « Personne morale », *Rép. civ. Dalloz*, 1998, n° 26 (actualisation 2014).

¹⁷⁶³ E. Alfandari, « Associations et sociétés : points de rencontre », *LPA* n°50, 1996, p. 48.

¹⁷⁶⁴ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, p. 191-197 [En ligne : <http://fr.calameo.com/books/000319731a016bcd4b4af>].

conjoint, du concubin, du partenaire d'un PACS, l'intérêt de l'enfant, l'intérêt du parent biologique, l'intérêt du tiers qui revendique sur l'enfant des droits effectifs (le parent affectif), l'intérêt du grand-parent.

c) Un refus conscient de consécration d'un intérêt familial en droit pénal

409. L'absence de consécration d'un intérêt familial en droit pénal, un choix politique.

– On pourrait déplorer que la famille ne fasse pas l'objet d'une politique cohérente en droit pénal. La reconnaissance d'un intérêt propre à la famille en amont, déclencherait sûrement en aval une curiosité du pénaliste dans l'effort de compréhension du fonctionnement et des enjeux du groupement familial. Peut-être cela permettrait-il également de raisonner l'action du législateur pénal au sein de cette cellule particulière, palliant ainsi le risque de dénaturation du droit pénal et répondant dans le même temps plus efficacement aux problématiques familiales actuelles. Peut-être cela permettrait-il de surcroît de ne plus concevoir les liens familiaux, en droit pénal, uniquement à travers la perspective inquiétante du *conflit*.

Pour l'heure cependant, et sans plus d'idéalisme – il convient de constater que positivement, le droit pénal n'accorde qu'une place relative à la famille en tant qu'entité. Au-delà, il faut préciser que cette absence de consécration d'un intérêt familial et par conséquent d'une personnalité morale de la famille ne relève pas d'une simple ignorance ou d'une omission.

Il s'agit ni plus ni moins d'un choix politique – un acte de volonté – des instances dirigeantes. Faut-il rappeler, en effet, les trois temps forts classiquement relevés dans l'avènement du droit pénal tel que nous le connaissons aujourd'hui¹⁷⁶⁵, et ayant conduit à déposséder progressivement la famille, de son pouvoir répressif. Jusqu'au Moyen Âge et en l'absence de pouvoir central, le sort du coupable était laissé à la discrétion de la victime et de sa famille (proches amis également) qui décidaient de la réponse à apporter à l'affront¹⁷⁶⁶. Les familles étaient à l'initiative de la vengeance privée, unique forme de répression existante. En ce temps, l'action familiale était pleine et entière et ne souffrait d'aucune concurrence. L'intérêt

¹⁷⁶⁵ V. *supra*, n°1, Introduction. H. Périnet-Marquet, « L'ouverture du droit pénal à l'action civile familiale », in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préface Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 282 ; G. Ruffieux, « La flexibilité des sanctions en droit de la famille », in *Flexibilité des sanctions. XXIes journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 426.

¹⁷⁶⁶ A. Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899, p. 5, n°10.

collectif de la famille était réel et son honneur primait sur toute autre chose. Toutefois, organisée comme telle, la vengeance privée devenait endémique et était fondée sur une disproportion entre la gravité de la faute et la gravité de la riposte¹⁷⁶⁷.

Pour ces raisons, dans un deuxième temps, l'exercice de l'action publique a été placé entre les mains d'un pouvoir centralisé, glissant ainsi peu à peu d'un espace privé à la scène sociale. La famille n'est pas privée de sa compétence répressive, mais elle doit la partager avec l'autorité publique. Cette compétence est davantage encadrée et proportionnée. Mais le chef de famille demeure détenteur de pouvoirs étendus délégués par l'Etat et qu'il exerce au sein de son foyer.

Toutefois, peu à peu, le champ d'action de l'autorité publique s'étend et d'un État-providence on passe à un État interventionniste s'arrogeant dorénavant – pour des raisons financières et stratégiques, le monopole dans tous les domaines de la vie sociale et en particulier s'agissant du pouvoir discrétionnaire. Dès lors, la famille est totalement dépourvue de toute action publique et doit s'en remettre à l'aval de la puissance publique pour faire valoir ses intérêts.

410. L'absence de consécration d'un intérêt familial en droit pénal, un choix normatif.

– Auparavant, à défaut de dispositions textuelles expresses, il revenait aux juridictions de préciser si un groupement devait être regardé comme une personne morale. Initialement, la jurisprudence interprétait le silence du législateur comme un refus d'attribution de la personnalité morale, en vertu de la théorie de la fiction¹⁷⁶⁸. Mais par la suite, elle a infléchi sa position. En effet, elle s'autorisait à déduire du silence de la loi, la qualité de personne morale du groupement grâce à la technique de la réalité¹⁷⁶⁹. Ainsi, lorsque le groupe remplissait les conditions requises pour être déclaré sujet de droit, la jurisprudence accédait à sa personnification. C'est ainsi que les juges ont accepté, par exemple, de reconnaître la personnalité juridique des sociétés civiles¹⁷⁷⁰. Selon eux, en effet, « *il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que les sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité*

¹⁷⁶⁷ H. Périnet-Marquet, *op. cit.*, p. 282.

¹⁷⁶⁸ G. Wicker, « Personne morale », *Rép. civ. Dalloz*, 1998, n° 12 (actualisation 2014).

¹⁷⁶⁹ G. Wicker, *op. cit.*, n°13-14.

¹⁷⁷⁰ Cass. req., 23 février 1891, *D.P.* 1891. I. 337 (l'hypothèque consentie par une banque sur des immeubles n'appartenant pas à l'indivision des associés, mais à la propriété exclusive de la société civile reconnue juridiquement, avait été annulée à juste titre par le Cour d'appel d'Aix). Dans cet arrêt, la Cour ne fait pas encore une application claire de la théorie de la réalité, mais elle interprète librement les articles 1850 et s. du Code civil.

collective, des intérêts et des droits propres et distincts, des intérêts et des droits de chacun de ses membres »¹⁷⁷¹. Également, les juges ont reconnu l'existence de la personnalité juridique des comités d'établissements, au même titre que les comités d'entreprises¹⁷⁷². Ils précisent que « *la personnalité n'est pas une création de la loi ; qu'elle, appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes d'être juridiquement reconnus et protégés* »¹⁷⁷³. Pourtant, la jurisprudence a toujours refusé de reconnaître une quelconque personnalité morale à la communauté conjugale¹⁷⁷⁴ ou à la famille¹⁷⁷⁵.

Cette dernière espèce est particulièrement intéressante. En l'espèce, le prévenu était poursuivi pour homicide involontaire, suite au décès de la victime directe. La veuve du défunt, partie civile au procès, demandait réparation en son nom propre, mais également au nom de ses enfants mineurs – alors âgés de quatorze et dix-huit ans. La Cour d'appel, confirmant l'évaluation du préjudice adoptée en première instance, condamnait le prévenu à indemniser un « *préjudice familial global* », en dépit des conclusions dont elle avait été saisie. Ces conclusions soutenaient que « *les parties civiles ayant des âges différents et des situations différentes, l'appréciation du préjudice ne pouvait être la même pour la veuve, et pour sa fille [...] ou son fils [...], tous deux sur le point de suffire à leurs propres besoins* ». La Cour de cassation, confirmant l'idée selon laquelle ne peut être reconnu à la famille, un intérêt collectif propre, affirme que « *les juges sont tenus de prononcer spécialement sur chacune des demandes des parties* ». Elle casse en toutes ses dispositions l'arrêt d'appel.

¹⁷⁷¹ Cass. req., 23 février 1891, *DP*. 1891. I. 337.

¹⁷⁷² Cass. civ. 2^{ème}, 28 janvier 1954, pourvoi n° 54-07.81, Bull. civ. n° 32, *D*. 1959.217, G. Levasseur (l'ordonnance du 22 février 1945 prévoyait déjà expressément la qualité de personne morale pour les comités d'entreprise. Elle précisait ensuite que seraient créés des comités d'établissement dont les fonctionnement, attributions et compositions seraient identiques à ceux des premiers. Or, la Cour d'appel estimait que l'absence de disposition spéciale attribuant la personnalité morale aux comités d'établissement, devait être interprétée strictement comme une volonté claire du législateur de ne reconnaître que la personnalité des comités d'entreprises).

¹⁷⁷³ Cass. civ. 2^{ème}, 28 janvier 1954, pourvoi n° 54-07.81, Bull. civ. n° 32, *D*. 1959.217, G. Levasseur.

¹⁷⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 1860, *DP*. 60.1.185, note M. Massé (décision rendue à l'époque sur le fondement de la théorie de la fiction. Mais depuis, aucune décision ou disposition législative n'est venue assouplir et modifier cette position).

¹⁷⁷⁵ Cass. crim., 10 mai 1977, pourvoi n°75-92. 381, Bull. crim. n° 167.

Aujourd'hui, l'attribution de la personnalité morale dépend du bon vouloir du législateur¹⁷⁷⁶. Il peut décider soit de ne pas conférer une telle qualité au groupement constitué (société en participation ou société créée de fait), soit de la lui accorder. Dans les cas où il accepte de recourir à la technique de la personnalité, il assortit son attribution à certaines conditions, notamment de publicité (associations, syndicats, sociétés commerciales, etc.). Or, le législateur pénal ne s'est exprimé, ni sur sa volonté de consacrer la personnalité du groupe familial, ni sur sa volonté de la nier. Ainsi, bien que le terme « famille » y apparaisse à de nombreuses reprises, aucun texte du Code pénal ou du Code de procédure pénale n'entend protéger la famille en tant que personne morale.

d) Un tempérament en demi-teinte, l'action civile des associations familiales

411. Un intérêt collectif familial représenté. – L'article L. 211-3, 4° du Code de l'action sociale et des familles prévoit que l'Union nationale (UNAF) et les unions départementales (UDAF) des associations familiales sont habilitées à exercer, devant toutes les juridictions, une action civile pour les faits de nature à nuire « *aux intérêts moraux et matériels des familles* ». Ainsi, le législateur reconnaît – au moins en théorie – qu'il puisse être nécessaire de confier à des structures, autres que l'État, et dotées de personnalité morale, la défense d'un intérêt collectif des familles. De même, contrairement à d'autres associations dont la liberté d'action est particulièrement limitée – soit, à des catégories précises d'infractions¹⁷⁷⁷, soit par des conditions d'ancienneté ou d'agrément¹⁷⁷⁸, les associations familiales sont à caractère plus généraliste. En effet, elles n'ont pas à justifier d'une autorisation ou d'un agrément de l'autorité publique selon l'article L. 211-3 précité et ne sont pas limitées dans leurs domaines d'intervention, comme nous le verrons ci-après.

Cette définition extensive des prérogatives des associations familiales semble porteuse d'une action familiale réelle et d'une représentation effective d'un intérêt familial. Pourtant, en y

¹⁷⁷⁶ G. Wicker, *ibidem*, n°17-19 (actualisation 2014).

¹⁷⁷⁷ V. art. 2-1 et suivants du C. pr. pén.

¹⁷⁷⁸ Certaines associations doivent justifier d'une ancienneté de cinq ans pour ester en justice, V. art. 2-1 et suivants du C. pr. pén. D'autres, sont tributaires d'une habilitation spéciale de l'autorité publique, comme les associations de protection de l'environnement (art. L141-1 du C. env.) ou les associations de consommateurs (art. L411-1 du C. consom.).

regardant de plus près, on s'aperçoit qu'il existe une distorsion entre protection théorique et protection pratique des intérêts familiaux.

412. Une représentation somme toute relative. – Parfois, en droit pénal, « *la représentation des intérêts moraux et matériels des familles n'est pas la représentation des familles* »¹⁷⁷⁹ ; et certaines problématiques susceptibles de porter un préjudice collectif réel aux familles ne trouvent pas gain de cause aux yeux des juridictions pénales qui appréhendent strictement la constitution de partie civile des associations. Aussi, la Chambre criminelle a-t-elle rejeté la constitution de partie civile de l'Union des associations familiales, relatives à la mise en vente de viandes impropres à la consommation¹⁷⁸⁰. Elle rappelait, en effet, que « *la santé publique est placée sous la sauvegarde du ministère public* ». Dès lors, si la loi reconnaît – « *par dérogation aux principes généraux de l'instruction criminelle* », que les associations familiales puissent poursuivre un préjudice même indirect causé aux intérêts matériels et moraux des familles, « *c'est à la condition que le préjudice ainsi invoqué soit distinct du préjudice social dont le ministère public poursuit la réparation* ». Enfin, elle reprochait à l'arrêt d'appel de ne pas avoir justifié des conditions dans lesquelles le produit défectueux avait été livré au public et des circonstances permettant d'affirmer que ce produit avait réellement porté atteinte aux familles.

Cette solution jurisprudentielle semble pourtant discutable, d'un point de vue moral. D'une part, elle donne à penser que, pour établir la preuve indiscutable d'un réel risque sanitaire à l'encontre des familles et emporter la conviction des juges, il aurait fallu qu'une victime physique ait été effectivement contaminée par la viande avariée. Or, dans un tel cas, le résultat aurait été le même puisque seul le préjudice individuel de la victime aurait eu des chances de prospérer, au détriment du préjudice collectif des familles qui ne serait pas davantage représenté. D'autre part, le préjudice collectif doit être entendu comme celui résultant « *d'une atteinte essentiellement morale à la situation de tous ceux qu'unit une même condition sociale, professionnelle ou encore un même idéal* »¹⁷⁸¹. Or, la loi donne mission aux associations familiales de défendre tant les intérêts matériels que les intérêts moraux des

¹⁷⁷⁹ Ce raisonnement s'observe également en droit pénal, V. E. Millard, « La problématique des intérêts familiaux en droit public », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse I*, XLIV, 1996, p. 114.

¹⁷⁸⁰ Crim., 17 juin 1954, pourvoi n° 63-91270, Bull. crim. n° 224.

¹⁷⁸¹ Y. Strickler, *Procédure civile*, 6^{ème} éd., Larcier, coll. Paradigme, 2015, n° 191.

familles. Admettre la recevabilité d'une telle constitution de partie civile, dans ce type de litige, serait le signe d'une véritable affirmation d'un intérêt moral de la famille, digne de protection. Ainsi, il ne serait plus seulement dilué à l'intérieur d'un intérêt social plus général, mais protégé de manière conjointe. D'ailleurs, une autre jurisprudence vient confirmer notre propos. En effet, la chambre criminelle a eu l'occasion de retenir la constitution de parties civiles d'une association familiale relative à une publicité trompeuse¹⁷⁸². Un gérant de magasin avait bénéficié, auprès de son fournisseur, d'une réduction de 25% sur le prix habituel d'achat de paquets de biscuits. Ces derniers portaient inscrite – en évidence – sur leur emballage la mention suivante « 25% gratuit, le prix affiché tient compte de la réduction ». Or, le gérant les a exposés en rayon en maintenant le prix qu'il pratiquait déjà auparavant. La Cour d'appel jugea l'action de l'association familiale recevable, cette dernière menant une action particulière dans le domaine des prix. Le demandeur au pourvoi reprochait dès lors, à la Cour d'avoir statué « *par un motif abstrait* » et sans démontrer le lien existant entre le délit et l'action familiale. La Cour de cassation estima que la Cour d'appel avait suffisamment justifié sa décision en ce que « *l'action relative au prix de vente des produits alimentaires rentre dans la défense des intérêts matériels des familles* ». Cependant, cette solution ne convainc pas totalement. En effet, à partir du moment où l'on admet que l'association familiale a légalement pour mission d'agir pour les intérêts matériels et moraux des familles, il est possible de se demander en quoi elle défend moins l'intérêt des familles lorsqu'elle protège des consommateurs d'un danger lié à la vente de produits avariés, que lorsqu'elle intervient sur les prix de vente de biscuits... On le voit, proportionnellement, le dommage encouru par les familles semble plus saillant et plus direct – mais surtout plus grave – dans le premier cas que dans le second.

D'un point de vue technique, néanmoins, cette limitation de l'action familiale semble compréhensible. Elle tient, bien évidemment, au caractère hybride de l'objet des associations familiales en particulier. En effet, l'association familiale vient défendre un intérêt, difficilement distinguable de deux autres intérêts privilégiés en droit pénal. L'intérêt général représenté par le Ministère public et l'intérêt individuel facilement identifiable.

Au demeurant, il n'est pas impossible de voir ce désamour jurisprudentiel, vis-à-vis de l'action familiale, évoluer suite à l'intensification contemporaine du terrorisme. En effet,

¹⁷⁸² Cass. crim., 3 septembre 1992, pourvoi n° 91-86. 591, Bull. crim. n°281.

ayant à cœur d'enrayer ce phénomène, les autorités publiques semblent davantage enclines aujourd'hui à déléguer une partie de leurs compétences à des associations familiales qui se donneraient pour mission de lutter contre la menace terroriste. Ainsi, en vertu de l'article L. 211-3, 4° du code de l'action sociale et des familles, ensemble l'article 227-24 du code pénal modifié tout récemment par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte du terrorisme, les associations familiales peuvent désormais agir contre la fabrication, le transport, la diffusion de support à caractère violent, incitant au terrorisme¹⁷⁸³.

Peut-être, que s'agissant de ces intérêts moraux particuliers, les juridictions pénales se résigneront-elles à suivre le mouvement.

Pour l'heure, il semble que tant la théorie que la pratique pénales ne tirent aucun avantage à personnaliser la famille ou à consacrer un pouvoir des familles en droit positif. Aussi, se contentent-elles d'y voir un intermédiaire de protection.

§2 - La famille, un intermédiaire de protection

413. Généralités. – Nous avons vu précédemment ce que la famille n'est pas en droit pénal, c'est-à-dire une personne morale bénéficiant d'un intérêt collectif autonome et juridiquement reconnu. Maintenant, il convient de voir ce qu'elle est, à savoir un intermédiaire de protection. Elle peut être définie comme celle qui contribue à la défense de toutes les autres. Dès lors, soit elle constitue un intermédiaire entre l'action protectrice de l'État et l'individu ; soit elle est un intermédiaire entre l'arbitraire de l'Etat et l'individu. Ainsi, la logique du droit pénal vis-à-vis de la famille est simple. En évitant de s'immiscer dans la famille, le droit pénal est protecteur de la communauté familiale (B). En revanche, à partir du moment où l'acte délictueux reçoit une qualification pénale susceptible de produire des effets, il n'est plus garant de l'entité familiale, mais de ses membres pris individuellement (A). Dans ce cas, il fait fi de l'institution familiale, puisqu'il protège l'individu en dépit de sa famille.

¹⁷⁸³ Il s'agit là de la modification essentielle de l'art. 227-24 du C. pén. qui incriminait déjà la fabrication, le transport et la diffusion de support pornographique ou portant atteinte à la dignité humaine.

A. La protection affirmée de l'individu au sein de sa famille

414. C'est une véritable culture de protection de l'individu qui émerge en droit pénal. Il est, en effet, apparu qu'une sauvegarde effective de l'ordre public au sein de la famille ne pouvait se concevoir sans une protection individuelle de ses membres. Auparavant c'était avant tout le groupe collectif qui était mis en avant et non l'individu. Ainsi, la société était vue comme constituée de familles, et l'idée d'esprit de famille conduisait à une atrophie des individualités¹⁷⁸⁴. De même, la liberté individuelle de chacun ne devait pas compromettre la cohésion sociale. Il fallut attendre le XVIIIème siècle et en particulier la Révolution française de 1789 pour voir apparaître progressivement la liberté individuelle comme un « *intérêt juridique autonome* »¹⁷⁸⁵. Pourtant, le Code pénal de 1810 ne reconnaissait à la personne une protection qu'en sa qualité d'être humain, sans prendre en considération sa dimension familiale, sociale, politique ou intellectuelle. Pour illustration, les articles 295 et suivants de ce code se contentaient de réprimer essentiellement les atteintes à l'intégrité physique de la personne à travers les infractions de meurtre et assassinat¹⁷⁸⁶, de parricide¹⁷⁸⁷, d'infanticide¹⁷⁸⁸, d'empoisonnement¹⁷⁸⁹, de blessures et coups autres que le meurtre¹⁷⁹⁰, menaces¹⁷⁹¹, attentats aux mœurs¹⁷⁹² et autres atteintes involontaires ou excusables¹⁷⁹³. Par conséquent, le concept de dignité humaine a dû cheminer dans les mentalités¹⁷⁹⁴ – ajoutant ainsi, à côté des droits subjectifs fondamentaux à la vie physique, ceux de la personnalité¹⁷⁹⁵

¹⁷⁸⁴ Beccaria décrivait les familles placées sous la toute puissance des chefs de famille comme de « petites monarchies » et préconisait une société composée d'hommes non soumis aux pères au sein de la famille mais à un contrat en tant que « membres libres de la cité » V. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. M. Chevallier, GF Flammarion, 1991, p. 119-122.

¹⁷⁸⁵ J.-P. Doucet, *La protection de la personne humaine*, 4^{ème} éd., Le Droit criminel, 2010, p. 430.

¹⁷⁸⁶ Art. 295 à 298 et art. 302 à 304 du C. pén. de 1810.

¹⁷⁸⁷ Art. 299 du C. pén. de 1810 « Est qualifié parricide le meurtre des pères ou mères légitimes, naturels ou adoptifs, ou de tout autre ascendant légitime ».

¹⁷⁸⁸ Art. 300 du C. pén. de 1810 « L'infanticide est le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né ».

¹⁷⁸⁹ Art. 301 du C. pén. de 1810.

¹⁷⁹⁰ Art. 309 et s. du C. pén. préc.

¹⁷⁹¹ Art. 305 et s. du C. pén. préc.

¹⁷⁹² Les attentats à la pudeur commis ou tentés sans violence, ni menace, ni surprise V. art. 331 et 331-1 du C. pén. préc. ; les attentats à la pudeur commis ou tentés avec violence, contrainte ou surprise sur une personne autre qu'un mineur V. art. 333 et s. C. pén. préc. ; le viol V. art. 332 C. pén. préc. ; le proxénétisme V. art. 334 et s. ect.

¹⁷⁹³ Art. 319 à 329 du C. pén. préc.

¹⁷⁹⁴ Sur la dignité humaine et l'éthique moderne V. A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Ed. Cujas, 1982, p. 1355.

¹⁷⁹⁵ V. B. Bossu, « Les droits de la personnalité », in *Droit des personnes et de la famille*, Lamy, 2015, n° 223.

propres à l'intégrité psychologique de l'individu (son honneur, vie privée et familiale, son image, sa vulnérabilité mentale ou affective, le secret de ses correspondances, etc.) et à ses autres « libertés d'agir »¹⁷⁹⁶. Il s'agit donc là d'une véritable reconnaissance de l'individu en tant qu'être sensible, digne d'une protection pénale individuelle.

Le droit pénal est par excellence protecteur des intérêts individuels. Cela fait de lui un droit garant d'un ordre public de protection. Ainsi, son action vise à sauvegarder les droits essentiels de l'individu à travers les différentes dimensions de sa vie ; sociale, économique, professionnelle, électronique et – en ce qui concerne cette étude – familiale (A).

En faire le constat ne suffit pas pourtant. Encore faut-il en fournir des illustrations concrètes (B).

1) Le droit pénal défenseur d'un ordre public de protection dans la famille

415. L'ordre public de protection, la notion. – La paternité de cette notion est communément attribuée au Doyen Carbonnier¹⁷⁹⁷, même si auparavant d'autres auteurs avaient déjà mis en lumière les prémices du concept¹⁷⁹⁸. L'ordre public de protection est défini comme tendant à « *la défense impérative des intérêts de l'une des parties, jugée faible* »¹⁷⁹⁹. Généralement, ce terme est employé pour désigner le consommateur, le salarié, le profane, mais aussi le professionnel qui ne serait pas averti (un entrepreneur qui débute par exemple). Ainsi, en d'autres termes, l'ordre public de protection consiste dans la sauvegarde d'intérêts particuliers et individuels. Il est opposé à un ordre public de direction qui, sous fond

¹⁷⁹⁶ A. Vitu, *op. cit.*, n°1353 (il faut entendre par libertés d'agir, la liberté de pensée, d'expression, de circulation, d'association, de conscience, de se marier ...).

¹⁷⁹⁷ J. Carbonnier, *Droit civil. tome IV. Les obligations*, 22^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2000, n° 70-77 ; Plusieurs auteurs lui reconnaissent la paternité de la notion : G. Couturier, « L'ordre public de protection. Heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 99 ; J.-J. Lemouland et J. Hauser, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ. Dalloz*, 2015, n° 28 ; G. Pignarre, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats*, n° 1, LGDJ, 2013, p. 251, n°4.

¹⁷⁹⁸ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse de Doctorat, Université de Bourgogne, 1909, p. 307 sq. Cet auteur distinguait déjà un « ordre public supérieur » d'un « ordre public inférieur ». Selon lui, le premier veillait à la sauvegarde des intérêts généraux de la communauté et le deuxième visait à protéger des intérêts plus diversifiés.

¹⁷⁹⁹ G. Pignarre, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats*, n° 1, LGDJ, 2013, p. 251, n°4.

de dirigisme, a « *pour effet la défense des intérêts supérieurs de la collectivité* »¹⁸⁰⁰. Il s'agira notamment, des intérêts de l'Etat (la sûreté publique notamment), mais également de ses institutions politiques, économiques, concurrentielles ou familiales. En d'autres termes, l'ordre public de direction a pour finalité d'imposer à la fois un dirigisme moral¹⁸⁰¹, économique¹⁸⁰² et politique¹⁸⁰³ déterminé.

De manière globale, une évolution dans l'articulation de ces deux ordres publics peut être observée. En effet, un auteur faisait ressortir, en droit économique, une tendance contemporaine à la régression de l'ordre public de direction, au profit de l'ordre public de protection en constant développement¹⁸⁰⁴. Un tel constat peut aisément être étendu à la matière pénale, conduisant ainsi à un renouvellement de celle-ci.

416. Droit pénal, ordre public de protection et famille. – Le droit pénal est classiquement vu comme l'expression la plus saillante de la souveraineté nationale d'un État. Pourtant, accentuant encore davantage la nature hybride intrinsèque du droit répressif, les pénalistes s'accordent à reconnaître « *un ébranlement du monopole étatique* »¹⁸⁰⁵ dans cette discipline. Et pour cause, le phénomène de privatisation en présence dans le droit pénal ne peut difficilement être nié. En effet, d'une part, l'individu est tout à la fois valeur sociale et titulaire d'intérêts protégés, en droit pénal. Ainsi, ce dernier est garant de la personne humaine, de sa dignité tant physique que psychologique, mais aussi de son épanouissement personnel (droit à la liberté et à la sûreté) ou en communauté (droit au respect de sa vie privée et familiale). Loin d'être oppressive, « *la mission du droit pénal consiste moins à lutter contre la délinquance qu'à canaliser, limiter et contrôler la distribution des sanctions, à soumettre*

¹⁸⁰⁰ G. Pignarre, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats*, n° 1, LGDJ, 2013, p. 251, n°4.

¹⁸⁰¹ G. Pignarre, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats*, n° 1, LGDJ, 2013, p. 251, n°4. L'auteur parle d'une « *moralité publique sous fond d'idéaux et de principes communément partagés* ».

¹⁸⁰² J.-J. Lemouland et J. Hauser, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ. Dalloz*, 2015, n° 28. L'ordre public de direction « *serait la manifestation du dirigisme économique moderne* ».

¹⁸⁰³ V. Karim, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, p. 407. L'ordre public de direction tend à « *promouvoir une direction politique ou économique déterminée* ».

¹⁸⁰⁴ J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 38.

¹⁸⁰⁵ M. Van de Kerchove, « Éclatement et recomposition du droit pénal », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Paris, Dalloz, 2000, p. 6.

la force au droit, [...] à construire un bouclier pour les citoyens contre l'État »¹⁸⁰⁶. D'autre part, comme nous l'avons vu précédemment, cette individualisation du droit pénal se fait sentir au cœur même de ses technique et logique incriminatoires¹⁸⁰⁷, personnifiant de plus en plus l'individu auteur et victime. Le droit pénal est par conséquent bien protecteur d'un ordre public de protection, et cela participe de sa pérennisation¹⁸⁰⁸.

Il peut sembler étonnant de rechercher, dans la cellule familiale, un ordre public de protection qui serait protégé par le droit pénal. En général, la notion est usitée en droit économique où l'existence d'un déséquilibre dans les relations particulières, qu'elles soient d'ordre contractuel, commercial ou concurrentiel, est chose fréquente. Dans la famille, en revanche, la notion de déséquilibre – au sens juridique du terme¹⁸⁰⁹ – est moins évidente à caractériser. En principe, au sein d'un même groupe familial, l'on ne devrait pas raisonner en terme de déséquilibre ou de « partie faible » ; les relations familiales saines reposant sur l'affection devraient garantir à chacun des membres, un espace propice à l'épanouissement. Les époux assurant la codirection et la cogestion du ménage, agissent sur un pied d'égalité. Les enfants naissant dans le foyer familial devraient se voir accorder les mêmes chances de réussite et bénéficier d'un développement psycho-affectif sain. Pourtant, lorsque surviennent au sein des familles des conflits – nécessitant une immixtion du droit – l'équilibre du groupe s'en trouve profondément perturbé. Par définition, la violence ou la maltraitance qu'un membre de la famille inflige à un autre, trouve sa source dans la négation des droits vitaux intrinsèques de ce dernier. Par conséquent, bourreau et victime ne peuvent plus être considérés comme entretenant des relations équilibrées. C'est précisément la survenance de ce déséquilibre dans l'équation familiale qui justifie que le droit pénal doive y intervenir. Sa mission n'est pas

¹⁸⁰⁶ R. Merle et A. Vitu, André, *Droit pénal général*, Tome. 1, 1^{er} éd. 1967, Ed. Cujas, coll. Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, 1997, n° 75.

¹⁸⁰⁷ V. *supra*, n° 325 et s.

¹⁸⁰⁸ V. ici R. de Gouttes, « Droit pénal et droits de l'homme », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Paris, Dalloz, 2000, p. 134-144, spéc. p. 137. L'auteur rappelle que le droit pénal n'est pas ennemi des droits et libertés de l'homme. Bien au contraire, « le respect des droits de l'homme s'est révélé progressivement comme un élément indispensable de l'acceptabilité et de l'efficacité du droit pénal dans le corps social ».

¹⁸⁰⁹ Les sciences juridiques sont parvenues à acquérir une certaine maîtrise du concept de « déséquilibre », opérant une transformation d'une notion a-juridique en un outil juridique. Ainsi, en droit des obligations par exemple, ce déséquilibre entre les parties résultera d' « une inégalité des prestations réciproques ou des lots, ou d'une disproportion de valeur », V. G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} édition, PUF, 2014, « Lésion ».

alors de rétablir l'équilibre rompu, mais de faire cesser le déséquilibre. En effet, si la famille peut constituer un paramètre de resocialisation du délinquant, celle-ci n'arrive qu'*a posteriori*.

Cela n'annule pas rétroactivement la distorsion familiale que la première intervention du droit pénal a causée. Dès lors, seuls le pardon et le droit à l'oubli peuvent parvenir à reconstruire postérieurement un nouvel équilibre et la paix familiale. Une affaire célèbre nous en livre la preuve : il s'agit de l'affaire *Iacono*.

417. Illustration : l'Affaire Iacono. – L'affaire Iacono est l'une des erreurs judiciaires françaises les plus médiatisées à ce jour¹⁸¹⁰. Christian Iacono, ancien maire de la ville de Vence, était poursuivi depuis 2000 pour des faits qualifiés viol et d'agressions sexuelles sur la personne de son petit-fils, Gabriel Iacono, alors âgé de neuf ans. Selon le mineur, ces violences sexuelles lui auraient été infligées dans la villa du grand-père entre 1996 et 1998. En 2009, Christian Iacono est reconnu coupable par la Cour d'assises et est condamné à neuf ans de réclusion criminelle. Cette condamnation sera confirmée en appel un peu plus tard en 2011. Pourtant, plus de onze ans plus tard, le petit-fils de l'intéressé, devenu adulte (vingt-trois ans), décide subitement de se rétracter. C'est ainsi, qu'après quinze ans d'un calvaire judiciaire, Christian Iacono fut finalement acquitté, au terme d'un procès en révision devant la Cour d'assises du Rhône, le 18 février 2014. Lorsque son petit-fils sera interrogé sur les raisons de son soudain revirement, il expliquera avoir menti à l'époque pour attirer l'attention de ses parents, en instance de divorce au moment des faits. Il dira avoir été « une balle de ping-pong » entre ses parents, entre son père et son grand-père qui ne s'adressaient plus la parole depuis plusieurs années. En recherche d'une écoute et d'attention, il avouera s'être inspiré d'« affaires similaires vues dans des émissions télés » à cette période. Il ne pensait pas alors que son mensonge prendrait autant d'ampleur. De plus, eu égard à la fonction de son grand-père, il le pensait hors d'atteinte et ne réalisait pas l'impact que ces accusations auraient pu avoir sur la vie de ce dernier. Il exprimera également ses regrets et ses sincères excuses à son grand-père pour « lui avoir gâché la vie »¹⁸¹¹. Aujourd'hui, petit-fils et grand-père sont

¹⁸¹⁰ M. Skorpis, « Affaire Iacono : le grand-père acquitté lors de son procès en révision », Le Figaro, 25 mars 2015.

¹⁸¹¹ Interview de Gabriel Iacono, « Je pense que ma vie entière est gâchée », Emission RTLSoir, 27 février 2014, [En ligne : <http://www.rtl.fr/actu/politique/gabriel-iacono-je-pense-que-ma-vie-entiere-est-gachee-7770069457>].

parvenus à reconstruire des relations affectives. Christian Iacono a réussi à pardonner le comportement de Gabriel. Pourtant, le traumatisme de ces quinze années de scandale familial plane encore telle une ombre¹⁸¹². Même une fois la vérité judiciaire prononcée, demeurent encore les soupçons, les incertitudes et les questionnements.

2) Les manifestations d'un ordre public de protection en droit pénal

418. Généralités. – Les droits et libertés fondamentales que le droit protège ont, avant tout, une finalité personnelle. Finalement la place faite à la famille est restreinte. Trois arguments permettent d'en attester.

419. L'action civile, l'exigence d'un dommage personnel. – L'article 2 du Code de procédure pénale est clair. « *L'action civile appartient à tous ceux qui ont **personnellement** souffert du dommage* ». Ainsi, telle que conçue à l'origine par le droit pénal, l'action civile est nécessairement individuelle. Dès lors, la victime directe qui déciderait de porter son action devant les juridictions pénales, doit justifier d'un intérêt personnel légitime. Ce n'est pas au nom de la famille qu'il agit, mais en son nom propre.

Cela vaut également concernant l'action des victimes par ricochet. Ainsi, si l'ouverture de l'action civile aux proches de la victime marque une évolution dans la prise en compte matérielle et affective de la famille, en revanche cette action ne doit pas être confondue avec une action de la famille. Faut-il rappeler, en effet, que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé recevable l'action civile des victimes par ricochet, à condition qu'elles puissent – au même titre que la victime directe – apporter la preuve d'un dommage qu'elles ont personnellement et directement subi¹⁸¹³. Par conséquent, en théorie, la victime par ricochet demande réparation de son propre préjudice, matériel ou moral. En pratique, néanmoins, il est évident que les préjudices (moraux, matériels et corporels) subis par la victime directe auront des répercussions sur la qualité de vie de la famille et des proches. Les

¹⁸¹² F. Cassez, « Un mensonge dévastateur », Dans les yeux de Florence, Planète + Crime Investigation, 1^{er} avril 2016.

¹⁸¹³ Cass. crim., 9 février 1989, pourvoi n° 87-81. 359, Bull. crim. n° 63.

conséquences dommageables de l'infraction, patrimoniales et extrapatrimoniales, ne seront pas ressenties seulement individuellement par chacun des membres de la famille, mais bien collectivement. Ainsi, les frais médicaux engagés par l'hospitalisation de la victime directe ou encore son éventuelle incapacité totale de travail l'empêchant d'exercer normalement son activité professionnelle, sont autant d'éléments qui peuvent mettre à mal le patrimoine familial. De plus, l'indisponibilité physique (ou handicap) de la victime directe impacte le moral de l'ensemble de sa famille et de ses proches. Elle bouleverse durablement la capacité de la victime à remplir ses fonctions parentales et/ou conjugales, ou à exercer les activités courantes du quotidien. Pourtant, le Code de procédure pénale et la jurisprudence pénale continuent de privilégier la face strictement individuelle de l'action civile.

Enfin, dans le cas où l'action civile est exercée par l'intermédiaire d'une personne physique ou morale, c'est encore à la condition qu'elle soit intimement rattachée à un intérêt personnel. Autrement dit, il s'agit de viser ici les hypothèses où le titulaire de l'action civile n'agit pas en son nom propre. Pourtant, même dans ce cas, on s'aperçoit que cet intermédiaire ne représente pas la famille, mais encore l'intérêt personnel de la victime immédiate.

C'est le cas par exemple de l'action des héritiers devant les juridictions pénales. En effet, auparavant se posait la question de la nature de l'action civile exercée par ces derniers : s'agissait-il d'une action qui leur était propre ? Ou alors, se contentaient-ils d'exercer l'action civile du défunt victime ? Cette question fut tranchée en faveur de la deuxième option¹⁸¹⁴. Ainsi, l'héritier vient à la suite de la victime décédée, poursuivre l'action civile introduite par celui-ci. L'action civile présente dans le patrimoine du défunt est transmise à l'héritier, à condition que la victime ne soit pas décédée d'une mort immédiate suite à l'infraction¹⁸¹⁵. Toutefois, une restriction jurisprudentielle est venue conditionner l'action héritée par l'ayant droit, en le soumettant encore davantage à l'intérêt personnel du défunt. Ainsi, parce que l'action civile demeure une « *prérogative de la victime ayant personnellement souffert de l'infraction* »¹⁸¹⁶, lorsque l'action publique n'aura été déclenchée ni par la victime de son vivant, ni par le ministère public, l'héritier ne pourra pas agir devant les juridictions

¹⁸¹⁴ Cass. crim. 9 octobre 1985, pourvoi n° 84-90.584, Bull. crim. n°305.

¹⁸¹⁵ B. Bouloc, *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 256, n° 265 et 266.

¹⁸¹⁶ Ass. Plénière, 9 mai 2008, pourvoi n° 06-85.751, Bull. ass. plén. n°1.

pénales¹⁸¹⁷. En somme, cette jurisprudence est significative d'une véritable défiance des juges pénaux vis-à-vis d'un exercice par représentation de l'action civile.

Mais cette défiance se retrouve également chez le législateur, concernant l'action civile exercée par les associations. Sans y revenir en détail, à côté des associations familiales généralistes (UNAF et UDAF)¹⁸¹⁸, existent des associations qui ont un champ d'action plus resserré. En effet, titulaires d'une action civile régie par les articles 2-1 et suivants du code de procédure pénale, ces associations doivent être déclarées depuis au moins cinq ans et voient leurs statuts limités à la lutte d'une catégorie de comportements répréhensibles légalement déterminés. Ces associations se proposent de combattre le racisme et autres discriminations (article 2-1 du code de procédure pénale), les violences sexuelles ou toutes violences commises sur autrui ou « *sur un membre de la famille* » (article 2-2). Elles ont encore pour mission la défense ou l'assistance de l'enfant en danger (article 2-3), ou tout récemment depuis la loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015¹⁸¹⁹, la défense des personnes âgées, malades ou handicapées (article 2-8 nouveau).

À la lecture de ces causes associatives, un premier constat peut être dressé. Ces associations ont une volonté de protéger volontairement chacun des membres de la famille, mais séparément. L'individu est comme désincarné de sa dimension familiale : rien de moins étonnant puisqu'il est en réalité protégé au-delà de cette dimension – en raison de son humanité. Par ailleurs, une autre observation s'impose. En effet, alors que ces associations prétendent défendre un « *intérêt collectif "associationnel"* »¹⁸²⁰, leur démarche se voit systématiquement soumise à l'approbation de la partie civile prise individuellement. Aussi, sont-elles contraintes soit de recueillir l'autorisation de la victime (articles 2-1, 2-2, 2-8), soit de greffer leur action à l'action publique préalablement mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée (articles 2-3).

420. Protéger l'individu de sa propre famille. – Parfois, le droit pénal doit affaiblir l'unité familiale afin de protéger les personnes qui la composent. Dans ce cas, il ne

¹⁸¹⁷ Cass. crim., 27 avril 2004, pourvoi n°03-87.065, Bull. crim. n° 976 ; Ass. Plénière, 9 mai 2008, pourvoi n° 06-85.751, Bull. ass. plén. n°1 et Ass. Plénière, 9 mai 2008, pourvoi n°05-87.379, Bull. ass. plén. n°1.

¹⁸¹⁸ V. *supra*, n° 411 et s.

¹⁸¹⁹ Art. 31 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *JO* du 29 décembre 2015, p. 24268.

¹⁸²⁰ B. Bouloc, *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Précis Dalloz, 2015, p. 237

sauvegarde pas seulement les intérêts de l'individu au sein de sa famille, mais contre cette dernière. Ainsi, nous le savons, la famille peut devenir un obstacle à la répression de par la dissimulation astucieuse de comportement graves se commettant dans le secret des alcôves. Si le droit pénal est en général respectueux du droit des familles à vivre en paix, il fait une entorse à cette règle lorsqu'il incrimine les violences conjugales et intrafamiliales (contre les enfants ou les personnes âgées), le viol entre époux ou encore de l'inceste. La répression de ces actes – étudiés précédemment – atteste donc d'une volonté du droit pénal de rompre l'opacité familiale. Dans cette optique, seule la protection de l'individu compte. Une preuve nous en est encore donnée à travers une espèce jurisprudentielle relative à la répression de l'abus de faiblesse (article 223-15-1 du code pénal). Un homme âgé est décédé des suites d'une hospitalisation. Au cours de celle-ci et alors qu'il était placé dans un état de vulnérabilité apparente, la prévenue avait obtenu de l'intéressé qu'il lui fasse plusieurs chèques d'un montant total de 13000 euros et qu'il l'épouse, juste avant de mourir. Poursuivie pour des faits d'abus de faiblesse, elle a été relaxée par la Cour d'appel qui avait conclu à un défaut d'élément intentionnel. En effet, elle retenait que la remise des chèques et le mariage résultaient de l'exécution d'une promesse faite par le défunt antérieurement à son décès. Pourtant, le 26 mai 2009, la Chambre criminelle a rappelé que « *l'abus de faiblesse doit s'apprécier au regard de l'état de particulière vulnérabilité au moment où est accompli l'acte gravement préjudiciable à la personne* »¹⁸²¹. En conséquence, l'abus de faiblesse – infraction instantanée – a vocation à protéger avant tout la victime et son consentement au moment même où elle est placée en situation de vulnérabilité. Les promesses qu'elles auraient pu faire avant cet instant – quand bien même il s'agirait de la conclusion d'un mariage – ne produisent pas d'effets.

421. Le découpage erroné du Code pénal quant aux atteintes à la famille. – Au terme du Livre deuxième du Code pénal intitulé « Des crimes et des délits contre les **personnes** », se trouve le Chapitre VII relatif aux « Atteintes aux mineurs et à la famille ». Pourtant de manière contradictoire, aucune des incriminations contenues dans ce chapitre ne se rattache directement à l'entité familiale. Par conséquent, un tel découpage du Code pénal, relativement aux incriminations contre les personnes, paraît erroné. Comme le faisait très justement

¹⁸²¹ Cass. crim., 26 mai 2009, pourvoi n° 08-85. 601, *RTD. civ.* 2010. 83, note J. Hauser.

remarquer Michèle-Laure Rassat, il « réunit au sein d'une même division deux catégories d'infractions, dont l'objectif social n'est pas le même »¹⁸²². En effet, protéger l'enfant ne revient pas à protéger sa famille. La situation particulière de vulnérabilité dans laquelle se trouve l'enfant, justifie que lui soit accordée une protection pénale spécifique et adaptée. Or, sa protection est nécessaire, même indépendamment de son appartenance familiale. D'ailleurs, bon nombre des textes d'incrimination de cette division sont rédigés en des termes objectifs, sans faire référence au lien familial qui existerait entre l'auteur et l'enfant¹⁸²³. Dès lors, lorsque le Code pénal entend rattacher artificiellement – au sein de sa structure – le sort du mineur à celui de sa famille, il se contredit lui-même. Et pour cause, les infractions du Chapitre VII ne militent pas dans le sens du maintien d'une unité familiale. Tout au contraire, leur répression passe par une division nécessaire du groupe familial, afin de mieux protéger l'humain. Ainsi, la plupart de celles-ci protègent l'enfant contre les actes répréhensibles que les membres de sa propre famille pourraient lui infliger. Nous pensons ici à l'infraction de délaissement de mineur en un lieu quelconque par un de ses parents (articles 227-1 et 227-2 du code pénal)¹⁸²⁴, mais aussi aux nombreuses infractions de mise en péril de mineur prévues aux articles 227-15 et suivants du code pénal¹⁸²⁵.

En outre, à l'intérieur de ce chapitre – pourtant dédié aux atteintes au mineur et à la famille – ne sont pas représentés que les intérêts personnels du mineur. En effet, y sont pris en compte les droits subjectifs non seulement des parents du mineur (non-représentation d'enfant et soustraction d'enfant), mais aussi du descendant devenu majeur¹⁸²⁶, de l'ascendant et du conjoint (abandon de famille) ! Bien que la commission de ces infractions s'inscrive nécessairement dans un contexte familial, elles tendent à protéger les personnes précitées, à une échelle purement individuelle. Ainsi, s'agissant par exemple de l'infraction de non-représentation d'enfant (article 227-5 du code pénal), un auteur précisait que « la valeur

¹⁸²² M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial ? Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, p. 761, n°696 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, p. 363, n°685.

¹⁸²³ V. art. 227-17-2 et s. du C. pén.

¹⁸²⁴ V. les éléments constitutifs, *supra*, n°

¹⁸²⁵ Cette catégorie d'incriminations fait office de fourre-tout. On y trouve la privation de soins, la soustraction d'un parent à ses obligations légales, la soustraction à l'obligation scolaire, les différentes provocations de mineurs à commettre des actes illicites ou dangereux, l'exploitation pornographique de l'image du mineur ou encore les atteintes sexuelles commises sans violence sur le mineur, etc. Pour une analyses des éléments constitutifs de ces infractions, V. *supra*, n°

¹⁸²⁶ Sauf disposition contraire du jugement de divorce, « la pension alimentaire versée aux enfants mineurs ne cesse pas de plein droit après la majorité de ceux-ci » : Cass. crim., 9 juin 1993, pourvoi n° 92-84.332, Bull. crim. n°206.

protégée par la non-représentation d'enfant est le respect des droits que la loi ou le juge accorde aux parents à l'égard de l'enfant, mais également la protection de l'enfant lui-même dont l'intérêt présumé est de maintenir des liens avec l'ensemble des personnes de sa famille »¹⁸²⁷. La non-représentation implique par ailleurs, que soit démontrée une atteinte réelle au droit de la personne qui est en droit de réclamer l'enfant. De même, s'agissant de l'abandon de famille (article 227-3 du code pénal), les relations qui s'instaurent entre l'auteur, ex-conjoint et/ou parent absent, et la victime sont identiques à des relations pécuniaires entre créanciers et débiteurs. Il n'est plus question de maintenir une quelconque cohésion familiale ici¹⁸²⁸. Cette dernière a souvent déjà été rompue par le parent démissionnaire qui se désintéresse du sort de son premier foyer. Le nombre alarmant de pensions alimentaires impayées et l'augmentation des familles monoparentales aujourd'hui suffisent à en attester¹⁸²⁹. La répression de cette infraction consiste uniquement à veiller à l'exécution d'une obligation alimentaire. D'ailleurs, ce constat est d'autant plus évident lorsque la condamnation repose sur un non-versement de subsides, puisque, dans ce cas le lien de filiation entre le créancier victime et le débiteur n'est que présumé¹⁸³⁰. En somme, ce chapitre – faisant office de fourre-tout – est prioritairement consacré aux infractions contre les personnes qui composent la famille.

Au regard de cette confusion, Michèle Laure-Rassat proposait alors de distinguer clairement les infractions portant atteinte aux individus qui composent la famille et celles portant atteinte l'entité familiale¹⁸³¹. Elle intégrait dans cette dernière catégorie, les infractions de bigamie, de célébration d'un mariage religieux sans mariage civil ou la non-déclaration d'enfant. Nous ne réfutons pas l'expression d'une protection institutionnelle de la famille dans ces infractions. En revanche, il semblerait que le droit pénal si, puisque comme cela a été précisé plus haut, ces infractions sont reléguées au Livre IV du Code pénal, dans une section relative aux atteintes à l'état civil. Au sens du droit pénal donc, sont protégés avant tout ici, les intérêts de l'Administration publique.

¹⁸²⁷ A. Gouttenoire, « Atteinte à l'autorité parentale », *Rép. pén. Dalloz* 2003, n°6 (actualisation en 2012).

¹⁸²⁸ V. contra, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial ? Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, p. 787 sq. L'auteur range l'infraction d'abandon matériel de famille dans les atteintes à la cohésion familiale.

¹⁸²⁹ V. *supra*, n° Partie I

¹⁸³⁰ Art. 342 du C. civ.

¹⁸³¹ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial ? Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, p. 761, n°696.

B. La protection passive d'une entité familiale méconnue

422. Une famille volontairement méconnue, mais non-ignorée. – Tout au long de cette étude, il a été possible d'affirmer que le droit pénal n'ignore pas l'entité familiale. Comment le pourrait-il d'ailleurs ? Elle s'impose à lui. Cependant, s'il ne peut l'occulter, il peut en revanche choisir de limiter la preuve de son existence juridique, l'ampleur de ses attributs et ses pouvoirs. Ainsi, on le voit, le droit pénal s'évertue à considérer la famille comme une simple réalité sociale. Dès lors, il n'est pas indispensable pour lui de recourir à la technique de la personnalisation pour capter l'entité familiale. La raison en est simple : la famille est pour lui, un simple espace d'intervention. Pour autant, il la protège de manière nécessairement passive.

423. Une protection par omission de l'entité familiale. – Le droit pénal n'ignore pas davantage l'existence d'une intention collective de la famille, s'interposant entre un intérêt général et un intérêt individuel. Cette intention familiale se matérialise clairement toutes les fois, où le droit pénal renonce à poursuivre les infractions qui seraient commises à l'intérieur de l'espace familial. En conséquence, le droit pénal protège la famille en tant qu'entité lorsqu'il lui accorde des immunités ou excuses atténuantes¹⁸³². C'est dire qu'il n'ignore pas l'entité familiale puisqu'il prévoit dans ses dispositions mêmes les conditions de cette impunité.

Section II. Le repli général du droit pénal dans la famille

424. Généralités. – La recrudescence récente d'un particularisme familial dans la discipline pénale, ne doit pas faire oublier la propension naturelle de cette dernière au retrait, lorsqu'il s'agit de problématiques tenant à la famille et aux mœurs. En effet, ce repli du droit pénal au sein de la sphère familiale peut s'observer à un double titre. Premièrement, les grands mouvements de décriminalisation du droit de la famille demeurent particulièrement symboliques et symptomatiques de la place de la famille dans le droit pénal (A).

¹⁸³² V. *supra*, n°

Deuxièmement, l'évolution contemporaine de la matière semble tendre vers une désacralisation du lien familial (B).

§1 - La décriminalisation du lien familial

425. La recherche perpétuelle d'une rationalisation de l'action pénale dans la famille.

– « L'observation de l'évolution de la législation familiale révèle une hésitation du législateur entre pénalisation et dépénalisation »¹⁸³³. Ces flux et reflux de la répression pénale dans le droit de la famille donnent le sentiment qu'elle est en recherche constante d'équilibre et de rationalisation de son action dans la famille.

426. Le rôle de la pensée collective. – À ce stade, une observation générale doit être faite. En effet, il est intéressant d'apprécier le rôle que joue l'opinion publique dans la dépénalisation de pratiques sociales. Ce rôle présente un caractère antagonique. Ainsi, d'un côté, il convient de relever que la remise en question perpétuelle de l'action pénale ne se limite pas à la sphère familiale. Elle est également – et plus généralement – intimement liée finalement aux mutations de la pensée collective. Ainsi, souvent, on remarquera que c'est la décision de la société de lâcher prise, quant à la répression d'un comportement déterminé, qui impulsera la dépénalisation de celui-ci. Tout au moins, aura-t-elle le mérite de poser le débat de cette dernière. C'est à dire que ce comportement devient suffisamment toléré socialement pour qu'il ne soit plus réprimé pénalement. Cependant, d'un autre côté, il faut bien garder présent à l'esprit que droit pénal et morale – s'ils se chevauchent – ne s'épousent pas. L'opinion publique évolue souvent à contrecourant de la législation pénale¹⁸³⁴. Ainsi, il peut arriver qu'un comportement devenu socialement admis, demeure pénalement réprimé, comme nous le verrons au fur et à mesure de nos développements.

427. La notion de décriminalisation. – La décriminalisation n'est pas synonyme de dépénalisation. Elle consiste, de manière simplifiée, à « *cesser d'incriminer un*

¹⁸³³ C. Pomart-Nomdédéo, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *D.* actualité, 9 septembre 2010, étude 20, Sommaire.

¹⁸³⁴ D'ailleurs, ce contre-courant n'est pas unilatéral : le droit pénal évolue souvent moins rapidement que la morale sociale. Toutefois, il arrive également qu'il amorce une libéralisation de certains comportements encore réprouvés socialement. Nous pensons notamment à l'homosexualité ou encore au statut de la maîtresse en droit pénal.

comportement »¹⁸³⁵ qui l'était autrefois. Elle ne se conçoit que lorsque – ne lésant pas l'intérêt général – le comportement considéré ne contredit plus aucune valeur sociale fondamentale, chère à une communauté donnée et à une époque donnée¹⁸³⁶. Ainsi, le droit pénal a pris, depuis de nombreuses années, le parti pris de ne plus incriminer la morale individuelle. En effet, « la loi n'a pas à régir les mœurs des citoyens dès lors que l'ordre public n'est pas touché »¹⁸³⁷. Cela ne signifie aucunement que ces dits comportements ne continuent pas à être réprouvés par une morale sociale. Cela signifie uniquement qu'ils ne sont pas contraires à l'ordre social, finalité absolue du droit pénal. Dès lors, il paraît logique que certains comportements purement individuels, relevant de l'intimité – ne fassent plus l'objet d'une répression pénale. Deux exemples retiendront notre attention en l'espèce : l'adultère (A) et l'avortement (B).

A. La décriminalisation de l'adultère

428. La justification de la suppression du délit d'adultère renseigne sur le détachement du droit pénal quant aux questions de pure morale sexuelle (2). L'étude de cette décriminalisation semble intéressante en ce qu'elle dénote un assouplissement de la vision de la société pénale et sociale du couple. Toutefois, ce détachement fut progressif. Or, comprendre en amont les raisons de la répression particulièrement acerbe de l'adultère (1) permet de mettre en évidence l'évolution et la juste mesure du droit pénal.

1) L'importance passée de la répression de l'adultère dans la pensée collective

¹⁸³⁵ G. Levasseur, « Le problème de la dépénalisation », *Archives de politique criminelle*, n°6, 1983, p. 56.

¹⁸³⁶ Si certaines valeurs fondamentales ont un caractère universel, tel n'est pas le cas pour d'autres. Ainsi, certains comportements décriminalisés en France, sont encore jugés comme contraires à la morale dans d'autres États. Ainsi, l'homosexualité demeure pénalement et sévèrement réprimée au Cameroun, au Nigeria, en Iran, et même en Russie. Les peines encourues oscillent entre l'emprisonnement et la peine de mort, V. Anonyme, « Ce que risquent les homosexuels dans le monde », *L'Express Société*, 02 février 2013.

¹⁸³⁷ F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, p. 277.

429. La double fonction du délit d'adultère. – Le délit d'adultère était un délit d'ordre privé¹⁸³⁸. Il consacrait le devoir réciproque de fidélité auquel s'obligent les époux, en vertu de l'article 212 du code civil. Ainsi, on le voit, la sanction pénale de l'adultère ne jouait qu'un rôle purement accessoire et sanctionnateur. Cette sanction s'inscrivait dans le cadre des rapports personnels mutuels entre les membres du couple. Ainsi, deux formes d'adultères étaient sanctionnées. Premièrement, il s'agissait de l'adultère que l'on pourrait nommer de *classique*, caractérisé par l'infidélité de l'épouse (articles anciens 336 et suivants du code pénal de 1810). Dans ce cas, le déclenchement de l'action publique était laissé à la discrétion du mari, puisque lui seul pouvait dénoncer son épouse adultère¹⁸³⁹. Deuxièmement, et à condition que l'épouse bafouée ait porté plainte, était puni l'adultère du mari qui aurait entretenu sa concubine au domicile conjugal (article ancien 339 du code pénal). Dans le cas où ce dernier s'était lui-même rendu coupable d'adultère, il perdait sa faculté de dénonciation ; ce qui figeait par là même toute poursuite pénale¹⁸⁴⁰. Dès lors, l'épouse convaincue d'adultère échappait à la répression. Cette disposition reposait sur le principe contractuel « *l'exceptio non adimpleti contractus* », selon lequel un des contractants est libéré de son obligation, lorsque l'autre n'a pas exécuté sa propre prestation¹⁸⁴¹. Enfin, la répression de l'adultère se trouvait paralysée par le pardon du mari. En effet, s'il acceptait de « *reprendre sa femme* », l'homme pouvait mettre fin à tout moment à l'exécution de la peine d'emprisonnement de son épouse¹⁸⁴².

Cependant, le délit d'adultère n'avait pas pour seul objet de protéger individuellement l'époux victime. Il sanctionnait au surplus, le trouble causé aux valeurs fondamentales de la société, notamment l'atteinte portée à la famille légitime¹⁸⁴³. En effet, à cette époque, la conception de la famille reposait toute entière sur l'institution du mariage¹⁸⁴⁴, qui en régissait les conditions

¹⁸³⁸ C. Escoffier Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994, p. 204.

¹⁸³⁹ Anc. art. 336 du C. pén.

¹⁸⁴⁰ Anc. art. 339 du C. pén.

¹⁸⁴¹ C. Escoffier Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994, p. 204.

¹⁸⁴² Anc. art. 337 du C. pén.

¹⁸⁴³ G. Ruffieux, « La flexibilité des sanctions en droit de la famille », in *Flexibilité des sanctions. XXIes journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 426.

¹⁸⁴⁴ Bien sûr, l'institution de la filiation définissait, parallèlement au mariage, ce qui faisait famille. Mais la filiation était légitimée par l'alliance, les enfants naturels et adultérins ne bénéficiant pas de droits égaux.

de formation, de fonctionnement et de désunion. Or l'infidélité d'un des membres du couple était vue comme une menace à la cohésion de la famille. Un jugement du tribunal correctionnel de Paimboeuf du 11 mai 1942 précisait que « *ce serait une pernicieuse erreur de considérer l'adultère comme étant uniquement ou même principalement un délit d'ordre privé, car en détruisant les foyers, il ébranle les fondements même de la société* »¹⁸⁴⁵.

Ainsi, la fidélité était réellement une valeur sociale primordiale. Le devoir de fidélité constituait la clé de voûte de l'institution du mariage. Le Doyen Carbonnier le désignait comme « *le premier nommé des devoirs du mariage* »¹⁸⁴⁶. Dès lors, s'organisait autour de ce devoir, une répression absolue tant civile que pénale. Avant 1975, l'adultère représentait une cause péremptoire de divorce, c'est-à-dire qu'elle liait le juge qui était privé de son pouvoir d'appréciation et contraint de prononcer le divorce¹⁸⁴⁷. De plus, en cas de décès de l'époux victime à l'initiative de l'action publique, le Ministère public continuait les poursuites¹⁸⁴⁸. C'est dire que le délit d'adultère ne constituait pas qu'un délit d'ordre privé, mais répondait à une véritable exigence d'ordre public. À ce titre, il se rapprochait du délit de bigamie, d'ailleurs incriminé au sein de la même division consacrée aux « attentats au mœurs », à l'article ancien 340 du code pénal de 1810.

Notons, pour conforter encore davantage le caractère collectif de la répression de l'adultère, que la plainte d'un des époux qui avait été déposée, postérieurement au jugement de divorce, quand bien même l'infidélité avait été consommée antérieurement à ce dernier, était jugée nécessairement inefficace¹⁸⁴⁹. En effet, ce que le délit d'adultère protège se sont moins les intérêts individuels des parties que l'institution du mariage en elle-même. Ainsi à partir du moment où les protagonistes ne pouvaient plus être considérés comme mari et femme, au sens des articles 336 et suivants anciens du Code pénal, aucune qualification d'adultère ne pouvait

¹⁸⁴⁵ T. corr. Paimboeuf, 11 mai 1942, *JCP* 1942. 1920. Une femme adultère avait quitté son mari et ses six enfants pour son concubin. Ils furent tous deux condamnés pour adultère.

¹⁸⁴⁶ J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1^{ère} éd. 1955, éd. PUF, Paris, *Quadrige Manuels*, 2004, p. 1220, n° 547.

¹⁸⁴⁷ J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1^{ère} éd. 1955, éd. PUF, Paris, *Quadrige Manuels*, 2004, p. 1220 ; F. Terré, *Droit civil. La famille*, 8e éd., Dalloz, 2011, p. 268, n°310 ; F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, p. 197.

¹⁸⁴⁸ C. Escoffier Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994, p. 206.

¹⁸⁴⁹ C. Escoffier Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994, p. 206.

plus être retenue à leur rencontre. Par ailleurs, contrairement au principe de personnalité de la peine, la sanction de l'adultère était générale en ce qu'elle rejaillissait sur toute personne impliquée dans la transgression des obligations et devoirs du mariage. De ce fait, parallèlement à l'épouse fautive, était également puni le concubin – complice d'adultère – qui avait détourné la femme de son foyer et de sa famille légitime en vertu de l'article 338 ancien du Code pénal. C'est ainsi que le Tribunal de Paimboeuf avait déclaré coupables d'adultère, « *la femme qui, pour satisfaire ses passions, [avait] abandonné son mari et ses enfants et son complice qui n'a pas hésité à **détourner une épouse et une mère de famille de ses devoirs naturels*** ». Cette formulation jurisprudentielle, particulièrement orientée et moralisatrice, illustre ici parfaitement la réprobation collective et institutionnelle vis-à-vis de l'adultère, à une époque où seule comptait la stabilité familiale. De même, en vertu de l'article 228 ancien du code civil, le concubin complice ne pouvait pas non plus prétendre au remariage avec la femme adultère. Il s'agit là d'une double peine imposée au couple indélicat¹⁸⁵⁰. Enfin, la répression de l'adultère était aussi vue comme une véritable cause nationale. Ainsi, la loi du 23 décembre 1942 incriminait le concubinage notoire avec des femmes de prisonniers ou de soldats, retenus loin de leurs pays pour cause de guerre. L'article 1^{er} de cette loi punissait « *quiconque [vivrait] en concubinage notoire avec l'épouse de celui qui est retenu loin de son pays par circonstances de guerre, d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 1500 à 25 000 francs* ». Ici, seul le concubin était visé par le texte, en qualité d'auteur. En effet, contrairement aux deux formes précédentes d'adultère des anciens articles 336 à 338 du code pénal, l'infraction de concubinage notoire se rattache uniquement à l'ordre public. D'ailleurs, l'épouse vivant en concubinage ne pouvait être poursuivie du chef de complicité qu'en cas de plainte du conjoint soldat¹⁸⁵¹. Par conséquent, le délit de concubinage notoire était avant tout un délit de probité¹⁸⁵², protégeant « *la dignité du foyer loin duquel l'époux est retenu par des circonstances de guerre* »¹⁸⁵³. Il avait finalement moins pour intérêt

¹⁸⁵⁰ Au surplus, l'enfant adultérin qui naissait d'une union adultérine pâtissait lui aussi de la faute passée de ses parents. Il ne pouvait pas faire établir sa double filiation et sa vocation successorale était considérablement réduite (une demi part) lorsqu'il venait en concours avec les enfants légitimes de son parent (père ou mère) et le conjoint lésé par l'adultère, V. art. 334 et suivants anciens du C. civ et 759 et 760 anciens du C. civ.

¹⁸⁵¹ Art. 1^{er} de la loi du 23 décembre 1942, *in fine*.

¹⁸⁵² Loi du 23 décembre 1942 tendant à protéger la dignité du foyer loin duquel l'époux est retenu par suite de circonstances de guerre, *JO* du 26 décembre 1942, p. 4209.

¹⁸⁵³ C. Olivier, « Les couples illégitimes dans la France de Vichy et répression sexuée de l'infidélité (1940-1944) », *Crime, Histoire & Sociétés*, vol. 9, n°2, 2005, n°23-26.

de réprimer l'adultère de la femme que de s'assurer du respect dû à l'honneur du militaire parti au front, pour servir la Nation.

2) La suppression du délit d'adultère ou la révélation de la juste mesure du droit pénal

430. Les fondements de la suppression. – Depuis la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, l'incrimination d'adultère a été supprimée. L'adultère demeure aujourd'hui un simple délit civil, sanctionné dans le cadre plus général du divorce pour faute aux termes de l'article 242 du code civil – rédigé en des termes plus objectifs¹⁸⁵⁴.

Cette décriminalisation est particulièrement édifiante sur la finalité du droit pénal. Le droit pénal est le droit de la juste mesure. En effet, la répression d'un comportement ne se justifie que tant qu'il porte atteinte à une valeur sociale, que la défense de cette valeur est juste et que la réponse pénale à apporter est strictement nécessaire. Or en l'occurrence, s'agissant de l'adultère, ces conditions indispensables à l'incrimination n'étaient plus remplies.

431. Une évolution des mœurs et mentalités. – La réforme du divorce entreprise en 1975 succédait à une période de chamboulement social profond. En effet, une mutation des pratiques et des esprits s'était opérée, à plusieurs niveaux. Les enquêtes menées en France dès 1972, ont démontré une modification de l'image du divorce dans l'opinion publique, une nette augmentation du nombre de divorces dans les agglomérations, mais surtout, un décalage entre les attentes sociales et la législation alors en vigueur¹⁸⁵⁵.

En outre, le désamour envers l'institution matrimoniale est patent. Le temps de se marier pour les jeunes générations est de plus en plus reporté, celles-ci privilégiant largement l'union libre. À côté, le nombre de remariages aussi diminue considérablement¹⁸⁵⁶.

Par ailleurs, le statut de la femme change. Déjà au sortir de la Seconde guerre mondiale, les femmes aspirent à une redistribution des rôles sociaux ; et ce mouvement s'intensifiera dès les

¹⁸⁵⁴ « Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune ». L'adultère ne constitue plus une cause nommée et spécifique de divorce mais est dilué à l'intérieur des autres devoirs du mariage.

¹⁸⁵⁵ V. *supra*, n° Introduction, Histoire de la famille

¹⁸⁵⁶ V. *supra*, n° Introduction, Histoire

années 1965 avec une leur arrivée croissante sur le marché du travail¹⁸⁵⁷. Cette affirmation féministe – et l’acquisition d’indépendance et de confiance qu’elle entraîne – contribue à une augmentation du nombre de demandes de divorce émanant désormais davantage de femmes que d’homme¹⁸⁵⁸. En effet, ces dernières ne vivent plus le mariage comme une fatalité, leur assurant protection financière et reconnaissance sociale. Le législateur pénal se devait donc de tirer toutes les conséquences de se rééquilibrage des genres et des sexes, s’agissant également de la répression de l’adultère.

432. Une répression inégalitaire de l’adultère vis-à-vis de la femme. – En adéquation avec le contexte social de ce temps, les modalités d’incrimination de l’adultère semblaient archaïques, surannées. Le rétablissement du divorce en 1884, par la loi Naquet¹⁸⁵⁹, fut l’occasion d’harmoniser les exigences civiles de fidélité incombant à la femme et au mari. Pourtant, en droit pénal, la répression de l’adultère restait imprégnée par une profonde sévérité à l’encontre de la femme adultère¹⁸⁶⁰. La répression sexuée de l’adultère a pendant longtemps été justifiée par la doctrine, qui prétendait que l’adultère commis par la femme avait un impact plus préjudiciables sur « *la vérité des filiations biologiques* »¹⁸⁶¹. Cet adultère était donc considéré comme une véritable menace à l’institution familiale et par extension à la société. Ainsi, la caractérisation de l’adultère était rendue plus compliquée pour le mari que pour la femme. Pour établir l’adultère du mari en effet, la simple preuve de l’infidélité – à savoir « *une relation sexuelle ou sentimentale* »¹⁸⁶² – ne suffisait pas. Encore fallait-il démontrer qu’il entretenait sa concubine dans le domicile conjugal (article ancien 339). Au surplus, l’excuse atténuante qui profitait au mari en cas de meurtre de son épouse adultère (ancien article 324 du code pénal) n’existait pas au profit de la femme. Cette inégalité de traitement se retrouvait encore dans les peines encourues par chacun des époux : alors que la femme adultère et son concubin pouvaient être punis à une peine d’emprisonnement de trois mois à deux ans (anciens articles 337 et 338 du code pénal), le mari (et sa concubine)

¹⁸⁵⁷ V. *supra*, n° Introduction, Histoire

¹⁸⁵⁸ Anne Lambert, « Des causes aux conséquences du divorce : histoire critique d’un champ d’analyse et principales orientations de recherche en France », *Population*, n° 1/vol.64, 2009 p. 164.

¹⁸⁵⁹ Loi Naquet du 27 juillet 1884, précitée.

¹⁸⁶⁰ J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l’enfant, le couple*, vol. I, 1^{ère} éd. 1955, éd. PUF, Paris, Quadrige Manuels, 2004, p. 1220 ; F. Terré, *Droit civil. La famille*, 8e éd., Dalloz, 2011, p. 1226, n° 550.

¹⁸⁶¹ J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l’enfant, le couple*, vol. I, 1^{ère} éd. 1955, éd. PUF, Paris, Quadrige Manuels, 2004, p. 1220 ; F. Terré, *Droit civil. La famille*, 8e éd., Dalloz, 2011, p. 1226, n° 550.

¹⁸⁶² F. Caballero, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, p. 196.

écopaient d'une simple amende dérisoire d'un montant de cents francs à deux mille francs (ancien article 339). Dès lors, il n'est pas étonnant que plus de deux tiers des plaintes pour adultère aient été déposés par des hommes, de 1941 à 1945¹⁸⁶³. La répression de l'adultère restera de loin « *la plus célèbre des inégalités fondées sur le sexe* »¹⁸⁶⁴ ; et outre l'injustice qui la caractérisait, cette répression devenait de plus en plus obsolète.

433. La désuétude de l'incrimination. – Dès le milieu du XX^{ème} siècle, seules 1200 condamnations effectives ont été prononcées, sur les 20 000 demandes de divorces formées pour adultère. En 1970, on compte seulement 554 condamnations pour adultère¹⁸⁶⁵.

De plus, la doctrine constatait unanimement une instrumentalisation de l'infraction d'adultère par l'époux victime. En effet, il ne portait plainte que pour se constituer, par un constat de commissaire de police, une preuve de l'adultère en vue d'étayer sa demande de divorce¹⁸⁶⁶. Une fois que cette dernière avait prospéré, il était libre de renoncer à sa plainte initiale – ce qui faisait obstacle aux poursuites pénales. Et dans le cas où il maintiendrait cette dernière, elle aboutissait au prononcé de peines d'amende négligeables, les juges faisant de plus en plus preuve d'indulgence¹⁸⁶⁷. Ainsi, le législateur pénal a préféré laisser à la loi civile le soin de prohiber l'adultère au titre des devoirs du mariage. Aujourd'hui, sur un plan pénal, le délit de bigamie est le seul qui vienne sauvegarder l'obligation de fidélité des époux, bien que ce ne soit pas sa finalité première¹⁸⁶⁸.

434. Le contexte international non favorable à la répression de l'adultère. – Déjà dès 1964, le IX^e Congrès International de droit pénal de La Haye recommandait dans sa première résolution, située à la Section II « Des infractions contre la famille et la moralité sexuelle », que « *l'adultère ne soit pas pénalement réprimé* »¹⁸⁶⁹. Deux options s'offraient dès lors, au

¹⁸⁶³ C. Olivier, « Les couples illégitimes dans la France de Vichy et répression sexuée de l'infidélité (1940-1944) », *Crime, Histoire & Sociétés*, vol. 9, n°2, 2005, n°16.

¹⁸⁶⁴ Ph. Jestaz, « Observations sur la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 sur le divorce », *RTD civ.* 1975. 793.

¹⁸⁶⁵ C. Escoffier Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994, p. 208.

¹⁸⁶⁶ C. Escoffier Gialdini, *La vision pénale de la famille*, op. cit., p. 208

¹⁸⁶⁷ J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1^{ère} éd. 1955, éd. PUF, Paris, *Quadrige Manuels*, 2004, p. 1220 ; F. Terré, *Droit civil. La famille*, 8e éd., Dalloz, 2011, p. 1226, n° 550. En 1960, seulement 5 à 10 auteurs d'adultère exécutaient effectivement des peines d'emprisonnement, V. C. Escoffier Gialdini, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille 3, 1994, p. 208.

¹⁸⁶⁸ V. *supra*, n°

¹⁸⁶⁹ « IX^e Congrès International de droit pénal de La Haye, 23 au 30 août 1964 », *RIDP* 2015, vol. 86, p. 70.

législateur pénal : soit supprimer le délit d'adultère, soit le réprimer selon les mêmes conditions d'exigence pour le mari et la femme. Cependant, cette dernière possibilité revenait à aggraver la situation du mari, en lui ôtant ses privilèges – dans une société encore en proie à la phallocratie. Précautionneux, le législateur a entériné la décriminalisation de l'adultère par l'article 7 de la loi de 1975.

B. La décriminalisation de l'avortement

435. La répression de l'avortement et de la contraception, une exigence d'ordre public. – Avortement et contraception étaient assimilés et faisaient l'objet d'une répression pénale. D'un côté, la loi du 31 juillet 1920¹⁸⁷⁰ interdisait toute propagande anticonceptionnelle et provocation à l'avortement. Toute forme de propagande était punie¹⁸⁷¹, sans exigence de résultat, qu'il s'agisse de discours proférés dans les lieux publics, de la distribution ou la vente de documentation, ou de la publicité en cabinet médical¹⁸⁷².

D'un autre côté, l'avortement était qualifié crime dans l'ancien Code pénal de 1810 et puni de la réclusion criminelle. En effet, l'article 317 ancien visait au titre des auteurs de l'infraction, toute personne tiers aidant la femme enceinte à avorter et la femme qui se serait elle-même procuré l'avortement (alinéas 1 et 2). Le personnel médical qui avait administré les moyens d'interruption de grossesse était condamné, quant à lui, à de simples travaux forcés à temps (alinéa 3). La répression de l'avortement et de la contraception présentait un caractère d'ordre public, puisqu'elle répondait à des « *impératifs nationaux et collectifs* »¹⁸⁷³. En effet, suite à la Première Guerre Mondiale, il était impérieux de reconstruire la Nation, en augmentant sa

¹⁸⁷⁰ Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle, *JO* du 1^{er} août 1920, p. 3666.

V. les motivations à l'origine de la création de la loi,

¹⁸⁷¹ L'auteur encourrait une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans et une amende de cent à trois mille francs.

¹⁸⁷² Anc. art. L. 648 et L. 649 du CSP créés par les art. 3 et 4 de loi du 31 juillet 1920.

¹⁸⁷³ Pour un extrait de l'exposé des motifs pour la loi anti-propagande de René Lafarge, Rapport au nom de la Commission de la Législation civile et criminelle, V. L. Neuwirth et J. Thome Patenôtre, *Propositions de loi tendant à modifier des articles 3 et 4 de la loi du 31 juillet 1929, concernant la prophylaxie anticonceptionnelle*, Rapport n° 328 au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Assemblée Nationale, 15 juin 1967, p. 7 [En ligne : http://www.assembleenationale.fr/histoire/1967_legalisation_pilule/rapport_328.pdf].

natalité¹⁸⁷⁴, en contrôlant sa démographie et en nationalisant le corps des femmes¹⁸⁷⁵, alors prédestiné à la procréation. À ce titre, le consentement de la femme passait en second plan et ne faisait aucunement obstacle à l'incrimination.

436. De la correctionnalisation à la suppression de l'avortement. – En 1923, l'avortement est correctionnalisé¹⁸⁷⁶. Cependant, cet assouplissement de la sanction devait être nuancé. En effet, les peines correctionnelles encourues ne cessaient d'être durcies, allant jusqu'à dix emprisonnement et 25 000 francs d'amende en cas de réitération¹⁸⁷⁷. De même, le personnel médical qui bénéficiait jusque là de l'indulgence du législateur, était dorénavant puni des mêmes peines que les autres auteurs (femme enceinte et tiers)¹⁸⁷⁸.

Ce n'est qu'à partir des années 1955 que commence à souffler un vent de libéralisation. En effet, dans un premier temps, un décret du 11 mai 1955 autorise les avortements dits thérapeutiques, lorsque la grossesse met la vie de la mère en danger ou que le fœtus souffre de malformations¹⁸⁷⁹. Dans un deuxième temps, la loi n°67-1176 du 28 décembre 1967¹⁸⁸⁰ abroge les articles 3 et 4 de la loi de 1920 et autorise la mise en vente de contraceptifs. De même, en vertu de l'article premier de la loi, les termes « anticonceptionnels » et « propagande anticonceptionnelle » sont supprimés des textes¹⁸⁸¹. Néanmoins, la fabrication, l'importation, la vente, et la délivrance des produits contraceptifs restent sévèrement encadrées par la loi¹⁸⁸². Ainsi, par exemple, la vente de contraceptifs était subordonnée à une autorisation de mise sur le marché délivrée par le ministre des affaires sociales et ne pouvait avoir lieu qu'en pharmacie (article 3 alinéa 1). Les personnes qui contrevenaient à ces dispositions encouraient des peines d'amende et d'emprisonnement de six mois à deux ans (article 7, I). Ces peines pouvaient être portées à quatre ans d'emprisonnement lorsque les produits étaient destinés à des mineurs (article 7, II). Il fallut attendre l'adoption de la loi du 4

¹⁸⁷⁴ L. Neuwirth et J. Thome Patenôtre, *op. cit.*, p. 7 sq.

¹⁸⁷⁵ L. Marguet, « Les lois sur l'avortement (1975-2013). Une autonomie préocréative en trompe-l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme*, n°5, 2014, p. 2 [En ligne : <http://revdh.revues.org/731>].

¹⁸⁷⁶ E. Pierrat, *Le sexe et la loi*, La muscardine, 2015, p. 108.

¹⁸⁷⁷ Anc. art. 317 modifié, al. 2.

¹⁸⁷⁸ Anc. art. 317 modifié, al. 4.

¹⁸⁷⁹ E. Pierrat, *Le sexe et la loi*, La muscardine, 2015, p. 108.

¹⁸⁸⁰ Loi n°67-1176 du 28 décembre 1967 « Neuwirth » relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du code de la santé publique, *JO* du 29 décembre 1967, p. 12861.

¹⁸⁸¹ De manière assez étonnante pourtant, l'article 5 de la loi continuait d'interdire, sous peine de poursuites pénales, toute propagande antinataliste directe ou indirecte, qui n'était pas à l'attention du corps médical.

¹⁸⁸² Art. 2, 3 et 4 de la Loi n°67-1176 du 28 décembre 1967, préc.

décembre 1974¹⁸⁸³ pour que soit réellement décriminalisée la contraception (remboursement par la sécurité sociale, non exigence de l'autorisation des parents pour les mineurs, ...). Enfin, s'agissant plus précisément de l'avortement, c'est la loi Veil du 17 janvier 1975¹⁸⁸⁴ qui décriminalise ce dernier. Les interruptions volontaires de grossesse pouvaient désormais être pratiquées en toute légalité par des médecins¹⁸⁸⁵. Une telle légalisation de l'avortement devenait particulièrement urgente. Elle a, en effet, permis de mettre fin aux avortements clandestins réalisés par des faiseuses d'anges, en France ou à l'étranger, mais aussi aux accidents graves qu'ils pouvaient entraîner¹⁸⁸⁶.

437. Une répression résiduaire de l'avortement. – L'infraction d'avortement, telle que définie à l'origine, a été assujettie à une disqualification. Il s'agit donc bien qu'une décriminalisation puisque la qualification antérieure d'avortement n'existe plus. En effet, aujourd'hui, la répression pénale ne fait plus obstacle à la liberté sexuelle de la femme ou à son droit de disposer librement de son corps. Elle se contente de viser simplement les comportements contraires à la loi et susceptibles de porter atteinte à la santé publique. Ainsi, l'article 223-10 du code pénal punit l'interruption de grossesse pratiquée sans le consentement de la femme de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. L'article L. 2222-2 du code de la santé publique incrimine l'interruption de grossesse lorsqu'elle est pratiquée, en connaissance de cause, par une personne autre qu'un médecin (2°), après l'expiration du délai de douze semaines de grossesse autorisé par la loi (1°) ou dans en dehors d'un établissement hospitalier (3°). De même, est répréhensible la personne qui fournit à la femme des moyens matériels pour effectuer un avortement sur sa propre personne, selon l'article L. 2222-4 du dit code. Mais, le texte dispose clairement que la femme ne pourra pas être condamnée en tant que complice de ce délit. C'est dire que l'acte de se faire avorter n'emporte plus, en soi, de sanction pénale.

Précision enfin, s'agissant ensuite de la contraception, que la publicité pour des contraceptifs (produits ou objets) autres que des médicaments est incriminée (article L. 5434-1 du même

¹⁸⁸³ Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, *JO* du 5 décembre 1974, p. 12123.

¹⁸⁸⁴ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *JO* du 18 janvier 1975, p. 739.

¹⁸⁸⁵ À ce stade des développements, seul la pénalisation passée de l'avortement doit retenir notre attention. Pour les conditions et modalités de l'IVG, V. *supra*, n° Introduction.

¹⁸⁸⁶ V. *supra*, n° Introduction ; E. Pierrat, *Le sexe et la loi*, La muscardine, 2015, p. 109.

code).

§2 - La désacralisation du lien familial

438. Pendant longtemps, nous l'avons vu, la famille a été fantasmée dans l'imaginaire social. Ainsi, toute immixtion extérieure au sein de cette communauté était proscrite ou – autant que faire se peut – évitée. Dès lors, la puissance publique, le législateur et la jurisprudence s'accordaient pour octroyer aux familles d'importantes immunités et excuses atténuantes, parfois au péril des intérêts individuels qui s'y exprimaient. Pourtant, dès la fin du XIX^{ème} siècle, le lien familial cesse d'être prétexte à privilèges¹⁸⁸⁷.

À y regarder de plus près, la discipline pénale ne consacre plus une place exagérée à la chose familiale. Bien au contraire, elle semble désacraliser le lien familial. Cela se traduit naturellement par une perte d'immunités familiales ou d'excuses atténuantes au profit du groupe (A). Au contraire, il arrive que le droit pénal se montre plus intransigeant en raison même du lien familial (B).

A. Le lien familial exempt de privilèges

439. La disparition de certaines immunités familiales et excuses atténuantes. – De manière non exhaustive, certaines restrictions d'immunités ou excuses au bénéfice de la famille peut être relever. Ce phénomène de restriction évolue simultanément aux mœurs et tient à la substance même des immunités. En effet, nous avons déjà envisagé le viol entre époux qui n'est plus objet de légitimation, en dépit des devoirs matrimoniaux de communauté de vie et de lit¹⁸⁸⁸. Il est encore possible de parler d'une discréditation du droit de correction à visée éducative (1). Par ailleurs, cette restriction peut également affecter les effets juridiques de ces immunités. C'est le cas, des immunités patrimoniales des articles 311-12 et suivants de code pénal (2).

¹⁸⁸⁷ G. Ruffieux, « La flexibilité des sanctions en droit de la famille », in *Flexibilité des sanctions. XXI^{èmes} journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 426-427.

¹⁸⁸⁸ V. *supra*, n° 94.

1) Le droit de correction discrédité

440. Un droit de correction du pater familias considérablement affaibli. – Auparavant, il avait droit de vie ou de mort sur sa progéniture¹⁸⁸⁹. La puissance publique lui réservait la mission de faire régner l'ordre au sein de son foyer. Ainsi, le Code civil de 1804 reconnaissait au père, qui avait des sujets de mécontentement graves sur la conduite de son enfant, un droit de correction considérable à l'encontre du mineur¹⁸⁹⁰. L'exercice de ce droit débordait de la seule sphère privée puisqu'en vertu des anciens articles 376 à 377 de ce code, le père avait la possibilité de faire incarcérer son enfant grâce au concours du Président du tribunal d'arrondissement¹⁸⁹¹. Lorsque l'enfant était âgé de moins de seize ans, sa détention ne pouvait durer plus d'un mois. À compter des seize ans du mineur, la durée de la détention passait à six mois. Pourtant, en dépit de la participation active de l'autorité publique à cette procédure, le législateur veillait à protéger les secrets et drames des maisonnées. De ce fait, l'ancien article 378 du code précisait qu'« aucune écriture ni formalité judiciaire » ne sera conservée, hormis l'ordre d'arrestation sur lequel n'apparaissait aucun motif d'arrestation. Fortement critiquée dans les années 1880 et 1890, cette procédure corrective est peu à peu abandonnée. Les érudits tels que Brueyre et Berthélémy estimaient que le salut du mineur passait davantage par sa rééducation – l'idée étant finalement de rectifier *a posteriori* les carences de l'éducation paternelle – que par sa punition¹⁸⁹². Ce débat a conduit également à questionner la mission de l'État, jugé plus apte à sauvegarder les intérêts de la société et à déterminer les mesures éducatives adaptées. Or, la prise en charge du primo-délinquant était – déjà à cette époque – perçue comme « une mesure de préservation sociale »¹⁸⁹³. Dès lors, on est passé d'une autorité paternelle arbitraire à une autorité parentale conjointe, strictement réglementée par une puissance étatique qui se veut davantage interventionniste¹⁸⁹⁴.

¹⁸⁸⁹ Ce droit ne s'appliquait d'ailleurs pas qu'aux enfants, mais s'étendait à toute la maisonnée (femme et esclaves compris).

¹⁸⁹⁰ Anc. art. 375 du C. civ. de 1804.

¹⁸⁹¹ Celui-ci avait la possibilité de réduire la durée de la détention, de décider de délivrer l'ordre d'arrestation ou non.

¹⁸⁹² P. Quincy-Lefebvre, « Une autorité sous tutelle. La justice et de le droit de correction des pères sous la Troisième République », *Lien social et Politiques*, n°37, 1997, p. 100-101.

¹⁸⁹³ P. Quincy-Lefebvre, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸⁹⁴ Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO* du 5 juin 1970, p. 5227.

441. La survivance d'un droit de correction à visée strictement éducative. – Le droit de correction n'a guère disparu. Il relève désormais de la coutume¹⁸⁹⁵ et à ce titre, il est toléré par la jurisprudence, à condition que les châtiments infligés à l'enfant demeurent légers et n'aient qu'une visée pédagogique¹⁸⁹⁶. Ainsi, la plupart du temps lorsque les faits de violence n'excèdent pas les limites du droit de correction, la qualification de violences volontaires au sens des articles 222-13 et suivants du code pénal, est écartée¹⁸⁹⁷.

442. Vers une loi prohibant la fessée envers l'enfant en France ?. – Ces dernières années, on observe une réprobation européenne et internationale forte et générale au regard de la fessée et tout autre châtiment corporel infligés aux enfants, au sein de leur famille, à l'école ou dans une autre structure. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme qualifie de tels actes d'inhumains et de dégradants et les condamne sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁸⁹⁸. Dès 1994, le Comité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations-Unies a fait part, aux États membres, de recommandations tendant à prohiber radicalement toute forme de châtiments, sur le fondement de l'article 19 de la Convention Internationale des droits de l'enfant (CIDE)¹⁸⁹⁹.

Le 4 juin 2004, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a délivré des recommandations nommée « *Interdire le châtiment corporel des enfants en Europe* ». Elle enjoignait les États à se doter d'une législation adaptée interdisant les châtiments corporels aux

¹⁸⁹⁶ « Le droit d'infliger à l'enfant, en cas d'infraction à la discipline familiale, les sanctions qu'approuve la coutume », V. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, p. 107.

¹⁸⁹⁷ Excèdent par exemple les limites du droit de correction, les violences ayant provoqués des ecchymoses : Cass. crim., 3 mai 1984, pourvoi n° 84-90.397, Bull. crim. n° 54. Il en va de même du fait de gifler violemment un enfant, de l'entraîner dans les toilettes, de lui enfoncer la tête dans la cuvette avant de tirer la chasse d'eau : Cass. crim., 21 février 1990, pourvoi n° 89-86.807, non publié.

¹⁸⁹⁸ CEDH, 23 septembre 1998, « *A. c/ Royaume-Uni* », req. n°100/1997/884/1096 : un enfant de dix ans battu avec une canne par son beau-père. Néanmoins, la Cour fait également une distinction entre un châtiment léger et un châtiment plus grave, en basant sur l'« *appréciation d'un minimum gravité* ». Ainsi, s'agissant du directeur d'un pensionnat qui aurait donné une fessée à un garçon de sept ans avec une chaussure, elle a estimé que l'acte n'était pas contraire à l'article 3 de la convention, V. CEDH, 25 mars 1994, « *Costello-Roberts c/ Royaume Uni* », req. n°13134/87, §30.

¹⁸⁹⁹ A. Gouttenoire et H. Fulchiron, « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz*, 2015, n° 123 ; Rapport du Comité des droits de l'enfant de l'ONU, Assemblée générale, Session n° 72, 2008 [En ligne : https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/63/fr/A_63_41_FR.pdf].

enfants, notamment au sein de leur famille¹⁹⁰⁰. Le 12 septembre 2014, une décision du Comité européen des droits sociaux, rendue publique le 4 mars 2015, a condamné la France « en raison de l'absence d'interdiction explicite et effective de tous les châtiments corporels envers les enfants en milieu familial, scolaire et autres cadres »¹⁹⁰¹, sur le fondement l'article 17 de la Charte européenne des droits sociaux révisée¹⁹⁰². En effet, le Comité relève que, ni les textes juridiques français, ni la jurisprudence n'interdisent clairement de tels pratiques, se contentant de réprimer le droit de correction au-delà d'un certain seuil de gravité. Aujourd'hui, de nombreux Etat ont d'ores et déjà opté pour une interdiction absolue de la fessée et autres châtiments sur l'enfant : la Suède, la première en 1979¹⁹⁰³ a été suivie notamment par l'Autriche, le Danemark et l'Allemagne¹⁹⁰⁴.

En dépit de cette pression internationale, force est de constater que la France demeure un pays de coutume. Il est vrai qu'une majorité de français voit encore dans la fessée une vertu pédagogique certaine voire indispensable¹⁹⁰⁵. Aujourd'hui, 70 % des français seraient opposés à la prohibition légale de la fessée, selon une étude de l'Institut Français d'opinion publique¹⁹⁰⁶. Pourtant, comme cela a été précisé précédemment, un amendement au projet de loi « Egalité et citoyenneté », posant une interdiction civile des châtiments corporels sur l'enfant, a d'ores et déjà été adopté le 2 juillet 2016¹⁹⁰⁷. D'ailleurs, on se réjouira que le législateur n'ait pas souhaité assortir cette interdiction civile de sanctions pénales, dont la portée semblerait illusoire et inefficace.

2) L'effet limité des immunités familiales

443. L'immunité familiale ne fait pas obstacle à l'opposition du chèque. – Dans le cadre de la lutte contre les violences conjugales, la loi n°2006-339 du 4 avril 2006 a contribué à la reconnaissance du vol entre époux. En effet, il arrive que pour asseoir

¹⁹⁰⁰ H. Bargholtz, *Interdire le châtiment corporel des enfants en Europe*, Rapport au nom de la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, document n°10119, 4 juin 2004 [En ligne : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10558&lang=fr>].

¹⁹⁰¹ Comité européen des droits sociaux, DC du 12 septembre 2014, « *Association pour la protection des enfants [APPROACH] c/ France* », Réclamation n°92/2013, § 10 et 37.

¹⁹⁰² « Les enfants et les adolescents ont droit à une protection sociale, juridique et économique appropriée ».

¹⁹⁰³ Loi du 1^{er} juillet 1979.

¹⁹⁰⁴ A-A, Durand, « Autorisée en France, fesser un enfant est interdit dans 44 pays », *Le Monde*, 03 mars 2015.

¹⁹⁰⁵ S. Kovacs, « Interdiction de la fessée : 70% des français disent non », *Le Figaro*, 13 mars 2015.

¹⁹⁰⁶ E. Pratviel, Les français et l'interdiction des châtiments corporels envers les enfants , IFOP, mars 2015.

¹⁹⁰⁷ V. *supra*, n°136.

d'avantage son ascendance sur sa victime, l'époux violent dérobe les pièces d'identité ou les moyens de paiement de celle-ci, afin de l'empêcher de partir. Afin de prévenir une telle situation doublement victimisante, la loi de 2006 est venue restreindre le champ d'application de l'immunité de l'article 311-12 du code pénal. Désormais, 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* », le vol tombera sous le coup de la répression pénale. Il en va de même pour les infractions d'extorsion (article 312-9), de chantage (312-12), d'escroquerie (313-3), d'abus de confiance (314-3).

Cependant, antérieurement à cette disposition légale, la jurisprudence avait déjà eu à statuer sur le vol d'un chèque – moyen de paiement – intervenu au sein d'une même famille. Dans cette espèce, il était question plus précisément du vol d'un chèque par l'enfant du titulaire du compte. Ce dernier avait fait opposition sur le titre. Le banquier, tiers porteur, demandait dès lors la mainlevée de l'opposition. La Cour d'appel de Versailles, dans son arrêt du 28 mars 1990¹⁹⁰⁸, avait estimé que l'opposition est tout à fait valable, car en effet, si l'immunité « *s'oppose à la mise en œuvre de l'action publique, elle ne prive pas le vol de son caractère délictueux* » pour autant¹⁹⁰⁹. Dès lors, l'immunité qui ne joue qu'entre les membres concernés de la famille, ne produit pas ses effets vis-à-vis des tiers. À leur égard, seul le droit commun trouve à s'appliquer.

444. L'immunité familiale n'exonère pas le receleur de sa responsabilité. – Le recel consiste, selon l'article 321-1 du code pénal, dans le fait de dissimuler, de détenir, ou de transmettre une chose en sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit. Préalablement, le délit de recel exige pour sa constitution la commission d'une infraction originaire. Toutefois, à partir du moment où la commission de l'infraction principale est constatée, il importe peu que son auteur soit effectivement condamné ou pas. Il suffit qu'intentionnellement, le receleur ait eu conscience de l'origine frauduleuse de la chose recelée et qu'il ait eu la volonté de la détenir, la dissimuler ou d'en profiter¹⁹¹⁰. Dès lors, si l'immunité familiale protège l'auteur

¹⁹⁰⁸ Versailles, 28 mars 1990, *RTD. com.* 1990. 615, note. M. Cabrillac.

¹⁹⁰⁹ Versailles, 28 mars 1990, préc.

¹⁹¹⁰ M. Dauray-Fauveau, « Recel », *JCI* 2012, fasc. 10, n° 19.

principal, elle ne couvre pas l'auteur du recel. Le dernier alinéa de l'ancien article 380 du code pénal prévoyait expressément cette restriction quant aux bénéficiaires de l'immunité¹⁹¹¹. En l'absence de disposition contraire dans le nouveau texte, il faut en conclure que l'absence de protection du receleur est toujours d'actualité. C'est ainsi, que la concubine de l'époux retrouvée en possession de biens de la communauté a été reconnue coupable de recel¹⁹¹². De même, le tiers chargé d'encaisser un chèque extorqué par le membre de famille immunisé et pour le compte de celui-ci, est coupable de recel¹⁹¹³. En définitive, l'immunité familiale est inopérante vis-à-vis du receleur, étranger au cercle familial ou membre de la famille (ascendant, époux, allié).

445. Inapplicabilité de l'immunité patrimoniale au tuteur de la personne vulnérable. –

La nouvelle loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement¹⁹¹⁴ ajoute une restriction supplémentaire au champ d'application de l'immunité familiale. En effet, l'article 36 de cette loi modifie le dernier alinéa de l'article 311-12 du code pénal. Celui-ci est ainsi rédigé désormais : « *le présent article n'est pas applicable lorsque l'auteur des faits est le tuteur, le curateur, le mandataire spécial désigné dans le cadre d'une sauvegarde de justice, la personne habilitée dans le cadre d'une habilitation familiale ou le mandataire exécutant un mandat de protection future de la victime* ».

L'instauration d'une telle disposition semble assez logique puisqu'elle permet de prendre en considération des comportements délictueux, qui se commettaient jusqu'alors en toute impunité et dans le plus grand des secrets. En effet, dans la majorité des cas, la qualité de tuteur, curateur ou mandataire est décernée à un membre de la famille de la personne vulnérable (article 415 et 449 du code civil)¹⁹¹⁵. Aujourd'hui, cette personne pourra voir sa responsabilité engagée si elle s'est rendue coupable d'une des infractions d'atteintes aux biens assujetties à l'immunité familiale. En somme, le respect du mandat prévaut au lien familial ici.

¹⁹¹¹ « À l'égard de tous les autres individus qui auraient recelé ou appliqué à leur profit tout autre partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de recel ».

¹⁹¹² Trib. Corr. Lyon, 16 février 1972, *RSC* 1998.291, obs. P. Mousseron.

¹⁹¹³ Cass. crim. 9 mars 1993, pourvoi n°92-83.935, *JCI* 2012, fasc. 10, obs. M. Daury-Fauveau.

¹⁹¹⁴ La nouvelle loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *JO* du 29 décembre 2015, p. 24268.

¹⁹¹⁵ A. Cerf-Hollender, « Droit de la famille et des personnes », *L'essentiel*, n°2, 2016, p. 7.

446. Le refus d'appliquer les immunités patrimoniales au concubin. – Nous l'avons vu, le particularisme familial en droit pénal conduit celui-ci à adopter une vision plus sociologique de la famille. Pourtant, le législateur s'est toujours refusé, s'agissant des immunités familiales à caractère matériel, de reconnaître au concubin ou au partenaire un statut spécifique en la matière. En effet, l'article 380 ancien du code pénal et l'actuel article 311-12 ne vise que les époux, non séparés de corps et vivant en communauté. Cette détermination particulièrement limitative des bénéficiaires de l'immunité ne fait aucune place à l'auteur « simple » proche de la victime. Cela semble d'autant plus étonnant que toutes les autres immunités relatives aux poursuites des infractions prennent en considération de le concubin par le biais du vocable « *personne vivant maritalement avec* ». Mais surtout, l'exigence d'une communauté de vie paisible et continue a été généralisée en droit civil entre concubins et au pacsés, au même titre que pour le mariage. Ainsi, la situation patrimoniale des concubins ou partenaires ne serait guère plus différente que celle des époux mariés sous le régime de la séparation de bien.

B. Le lien familial en proie à l'intransigeance pénale

447. La répression de l'abandon de famille ou l'indifférence du paiement ultérieur de la dette. – Le 4 juin 2008, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu un arrêt particulièrement intéressant. Les faits sont les suivants : le débiteur d'une pension alimentaire d'un montant de 190 euros ne s'en était pas acquitté pendant plus de deux mois. Il était donc poursuivi pour abandon de famille sur les fondement de l'article 227-3 du code pénal. À l'appui de sa défense, il présentait une ordonnance du juge aux affaires familiales attestant qu'il s'était déjà délesté d'une partie de sa dette, et réduisant rétroactivement celle-ci à 61 euros. Mais non convaincus par cette argumentation, les juges de la Haute Cour estiment que le paiement postérieur de la dette d'aliment n'efface pas rétroactivement l'infraction pénale déjà constituée.

Cette solution jurisprudentielle n'est pas nouvelle dans son principe ; mais elle est originale dans son espèce et son fondement. En effet, le 2 mars 1998, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait été saisie d'une requête en révision d'une condamnation pour abandon de

famille¹⁹¹⁶. L'intéressé faisait valoir à sa décharge l'anéantissement rétroactif du lien de filiation – fondement de l'obligation alimentaire – existant entre lui et l'enfant naturel qu'il avait reconnu par complaisance, avant que la mère n'intente une action en contestation de paternité. La Cour rappelle pourtant que « *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* ». Dès lors, tout événement ultérieur modifiant les rapports familiaux ne saurait effacer l'infraction. De manière assez logique, la doctrine y a vu une révélation de la véritable nature du délit d'abandon de famille, à savoir la sanction de la méconnaissance d'une décision de justice civile¹⁹¹⁷. Cette décision civile serait alors séparable de la dette¹⁹¹⁸, de sorte que même lorsque cette dernière s'annule, l'infraction survit. Par ailleurs, dans une autre espèce du 27 mars 1991 – similaire à celle de 2008 – un prévenu faisait valoir qu'un nouvel arrêt définitif postérieur avait réduit le montant de la dette fixé initialement par l'ordonnance de non-conciliation. Là encore, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que cet arrêt définitif n'avait aucune incidence sur l'ordonnance de conciliation exécutoire au moment de la condamnation¹⁹¹⁹.

Toutefois, dans l'arrêt de 2008 le maintien de l'infraction semble devoir puiser son explication ailleurs. En effet, dans les deux espèces précédentes, les décisions de justice à la source de la condamnation pénale étaient restées inchangées. Ainsi, tout élément extérieur nouveau n'avait aucun impact puisqu'il ne remettait pas en cause le fondement même de l'infraction. *A contrario*, dans l'espèce de 2008, le juge aux affaires familiales accepte - créant la confusion – de modifier rétroactivement sa propre ordonnance fixant le montant de la dette de l'intéressé. Dès lors, la question est de savoir si le prévenu dont la dette a été rétroactivement annulée par l'ordonnance même qui l'a fixée demeure pénalement responsable ? En principe, il faudrait répondre à cette question par la négative. Si l'on admet que l'infraction garantit le respect de la décision, à partir du moment où la dette civile ne se

¹⁹¹⁶ Cass. révision, 2 mars 1998, pourvoi n° 98-97.091, Bull. crim. n°78.

¹⁹¹⁷ D. Rebut, « L'unique nature de l'abandon de famille », *Dr. fam.* 1999.1 ; G. Levasseur « Le délit d'abandon de famille sanctionne le non-respect d'une décision de justice. Importance de la décision de justice », *RSC* 1992. 754.

¹⁹¹⁸ J. Hauser, « Un instantané familial en droit pénal ? L'abandon de famille survit à la dette », *RTD. civ.* 2008. 669.

¹⁹¹⁹ Cass. crim. 27 mars 1991, pourvoi n° 90-85. 870, Bull. crim. n°157.

justifie plus –suite à la modification de son support juridique – la logique voudrait que la condamnation tombe. En conséquence, il faudrait admettre que finalement, le fondement de l’abandon de famille ne réside ni dans la défense des intérêts de la justice civile, ni encore dans l’existence d’une dette alimentaire. La sanction prend avant tout son sens dans le respect de l’autorité de la loi pénale. À partir du moment où une infraction pénale est constituée, peu importe au demeurant les conditions préalables extra-pénales nécessaires pour ce faire, elle est définitive et non négociable – sauf exception définies selon une nomenclature pénale.

Conclusion du Titre II

448. Un droit pénal singulier. – Le droit pénal ne peut être conçu comme un droit autonome. En effet, l'autonomie supposerait que la discipline considérée ne présente aucun élément d'hétéronomie ou d'extranéité. Or, le droit pénal emploie continuellement diverses notions extra-pénales en vue d'atteindre ses objectifs. En revanche, il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'un droit singulier. Néanmoins, cette singularité s'apprécie, non pas à travers l'étude de règles pénales isolées, mais dans l'économie générale du champ pénal. Ainsi, le droit pénal suit une logique propre, s'exprimant tant d'un point de vue fonctionnel que d'un point de vue conceptuel. Cela se vérifie parfaitement lorsque le droit pénal est appliqué à la sphère familiale. En effet, il apparaît tout d'abord comme un droit neutre, en phase avec les mœurs actuelles et adoptant une vision sociologique de la famille et de la conjugalité. Ensuite, c'est un droit original qui de par sa fonction satellitaire a su devenir indispensable aux autres disciplines juridiques vues à tort comme supérieures. Enfin inventif, il fait preuve d'une faculté étonnante à absorber, ou au contraire, à rejeter des concepts en principe extérieurs à son champ d'application.

449. Un droit résilient. – Alors que jusqu'à maintenant, on a estimé que la famille acculait le droit pénal, on se rend compte qu'en réalité, il ne lui accorde qu'une place relative. La famille n'est, en effet, qu'une valeur secondaire en droit pénal. Ainsi, à côté de *valeurs-finalité* supérieures telles que l'individu et la société, la famille n'apparaît que comme une *valeur-témoin*, c'est-à-dire une valeur subsidiaire. Ne bénéficiant d'aucune personnalité morale, ou action collective expressément consacrées en droit positif, la famille apparaît au mieux comme un simple paramètre de répression. Au surplus, il semblerait que la famille soit un intermédiaire de protection, permettant tantôt à la puissance publique d'exercer son contrôle sur les individus membres de cette sphère ou gravitant autour d'elle, tantôt de faire écran aux ingérences de celle-ci. C'est dire qu'à travers la protection de l'institution familiale, et la protection de valeurs sociales, le droit pénal tend à garantir un véritable ordre de protection. Par ailleurs, en dépit d'une pénalisation récente du lien familial, il convient de rappeler que le droit pénal tend, d'une manière générale, davantage à se désengager de la sphère familiale qu'à s'y imposer.

Conclusion de la Partie II

450. La protection de valeurs sociales, fil directeur de l'intervention du droit pénal dans la famille. – Il ne peut être nié que l'éthique innerve largement le droit criminel¹⁹²⁰. Et pour cause, « *le droit pénal n'est certes pas l'architecte d'une société, mais aucune discipline ne souligne mieux les valeurs d'une civilisation* »¹⁹²¹.

Le droit pénal vient protéger ces valeurs fondamentales, d'une part, selon une modalité classique. Ainsi, en qualité de droit sanctionnateur, il sera appelé à renforcer des intérêts vitaux élevés au rang de valeurs sociales par des disciplines juridiques extra-pénales supérieures. S'agissant de la famille, la règle pénale verra son application subordonnée, à la fois, au droit civil et au droit public. En effet, il garantit de manière accessoire les valeurs sociales attenantes à la famille, et essentiellement reconnues par le droit civil. Mais également, la famille, étant considérée comme un objet d'utilité sociale, elle intéressera aussi le droit public. À ce titre, le droit pénal est chargé d'y maintenir le respect de l'ordre public. Néanmoins, soumise à une instrumentalisation législative certaine, il semble que cette subsidiarité du droit pénal le conduise à s'adapter sans cesse aux réformes et évolutions du droit de la famille. Pire, cette accessoirisation du droit pénal à des fins étrangères à son fonctionnement normal, semble contribuer à sa dénaturation.

Mais, d'autre part, réaffirmant sa propre identité, il semble opter pour une modalité plus novatrice de protection de valeurs, qui lui sont propres. Ainsi, en tant que droit singulier, il n'hésite pas à adopter une logique fonctionnelle et conceptuelle empreinte d'originalité. De même, en tant que droit résistant, il semble accorder à la famille, valeur sociale, une protection non prioritaire.

¹⁹²⁰ H. Matsopoulou, « L'éthique et le droit pénal », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 357 ; M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 2009, p. 487.

¹⁹²¹ E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris, L.G.D.J, 2002, p. 537.

CONCLUSION GÉNÉRALE

451. L'étude d'un droit pénal au sein de la famille a conduit à questionner, en amont, la légitimation de l'intervention de cette discipline à l'intérieur de ce groupe.

Le terme de légitimation non choisi au hasard, renvoie à l'idée de la « juste mesure » de l'intervention répressive dans une sphère, en principe, gouvernée par l'intimité et l'affection. Dès lors, il nous fallut rechercher les raisons de cette action pénale dans la famille, afin que celle-ci ne soit ni impromptue, ni injustifiée. En effet, particulièrement s'agissant du droit de la famille, et à une époque où la création législative semble céder à la politique de l'émotion et du résultat – s'emballant par la même au rythme du fait médiatique – la nécessité d'une rationalisation de l'action pénale semble essentielle.

Aussi, avons-nous souhaité dégager deux conditions cumulatives permettant d'expliquer l'immixtion du droit pénal dans la famille. La première, l'existence d'une « famille dysfonctionnelle » ou d'un « dysfonctionnement familial », tient compte de la survenance préalable d'un trouble dans la vie familiale. Sans cette fracture dans le lien familial harmonieux, une quelconque admission du droit pénal dans la famille n'aurait pas de sens, en effet. Il est évident que celui-ci n'a aucun intérêt à rompre la cohésion d'une famille saine. La deuxième, la protection de valeurs sociales – juridiquement reconnues – ensuite, apporte une finalité et une pertinence à l'action pénale dans la famille.

Gravitant autour de ces deux grands axes de réflexion, notre recherche nous a donc mené à définir, tour à tour, ces conditions.

452. Faire de l'existence d'une « famille dysfonctionnelle » ou d'un « dysfonctionnement familial », une exigence préalable à toute ingérence pénale, supposait naturellement d'éclaircir ces paradigmes. Cela nous a conduit à délimiter les contours de la notion de dysfonctionnement familial en droit pénal.

Pour ce faire, il fallut, tout d'abord, s'assurer que la conception que nous en retiendrions serait appréhendable en droit pénal. Cela supposait donc, en amont, de sélectionner un critère de référence efficient d'un point de vue épistémologique. Se posait, en effet, la question de

savoir si la famille dysfonctionnelle devait être saisie à partir d'un critère de « normalité familiale ou de « dysfonctionnalité familiale ». Or, si le concept de « normalité familiale » avait déjà été dégagé en droit positif, il nous est apparu que ce dernier ne présentait pas les vertus d'impartialité et de fiabilité espérées, au regard du droit pénal. Il ne permettait donc pas de fonder une analyse scientifique satisfaisante. De fait, à la normalité familiale, il semblait plus judicieux de préférer une approche purement fonctionnelle de la famille saine, ou non. L'objectif, finalement, n'était pas de dire ici, si la famille était bonne ou mauvaise, mais simplement si elle était capable ou non de remplir un certain nombre de fonctions essentielles. Ainsi, reposant sur une observation empirique, le critère de la « dysfonctionnalité familiale » permettait de définir le dysfonctionnement comme l'inaptitude d'une famille à remplir les fonctions matérielles, symboliques et affectives que l'on est en droit d'attendre de toute unité familiale ordinaire. Ces fonctions viennent finalement déterminer « *la faculté des membres d'une même famille, à vivre ensemble de manière agréable et favorable* »¹⁹²². Aussi, le dysfonctionnement familial désigne-t-il, ni plus, ni moins, que les différentes contrariétés au vivre ensemble. Deux types de contrariétés peuvent être relevés : d'une part, les atteintes positives à l'intégrité physique ou psychologique d'un(des) membre(s) de la famille. Nous parlons de contrariétés au « bon vivre ensemble ». D'autre part, les atteintes aux conditions de vie matérielles et morales d'un(des) membre(s) de la famille. Nous parlons alors de contrariétés au « bien vivre ensemble ».

453. Il fallut, ensuite, préciser de quelle manière le dysfonctionnement familial était concrètement appréhendé en droit pénal ; autrement dit, si notre ordre juridique contenait les outils nécessaires à son appréhension. Trois caractéristiques ressortaient alors clairement de nos investigations, tant théoriques, que pratiques. D'une part, la notion du dysfonctionnement familial est particulièrement large. En effet, le dysfonctionnement n'est pas un phénomène criminel unique ; chaque famille dysfonctionnelle étant authentique, il faudrait plutôt parler « des » dysfonctionnements familiaux. Ainsi, nous savions d'emblée qu'il serait impossible de proposer un standard de la famille dysfonctionnelle, mais seulement d'en donner un aperçu. D'autre part, le dysfonctionnement étant impersonnel, tous les membres de la famille – conjoints, enfants ou ascendants – hommes et femmes, pouvaient en être les victimes (ou les

¹⁹²² V. *supra*, n°162.

auteurs). Enfin, de nature polymorphe, le dysfonctionnement pouvait tomber sous le coup de la loi pénale sous diverses qualifications. Pour cette raison et à des fins pratiques, certaines similitudes durent être recherchées et regroupements opérés. Ainsi, s'agissant des contrariétés au « bon vivre ensemble », il nous est apparu que d'un point de vue criminologique, le phénomène commun qui les sous-tendait était la violence qui gangrénait les relations familiales. Prise sous ses aspects les plus multiples, cette dernière pouvait être physique, sexuelle, psychologique ou intimidante. D'un point de vue juridique, dès lors, cette violence devait être captée à travers les qualifications de violences volontaires – physiques et psychologiques, les infractions sexuelles – le viol, les agressions sexuelles autres, les atteintes sexuelles, mais également la nouvelle qualification d'inceste. De même, elles devaient être sanctionnées au titre des incriminations de harcèlement (moral et sexuel), ou encore de menaces et d'appels téléphoniques malveillants. Or, ces violences étant souvent cumulatives et participatives d'un continuum, il n'est pas rare qu'elles débouchent à terme sur la commission d'un homicide, involontaire ou passionnel, conjugal ou infantile, dans le but d'ôter la vie ou simplement de se défendre.

S'agissant des contrariétés au « bien vivre ensemble », par ailleurs, s'il devait être isolé un phénomène criminologique commun à celles-ci, il s'agirait de la défaillance – en particulier parentale. Aussi, les qualifications pénales relatives au délaissement et à la mise en péril du mineur permettent-elles de sanctionner ces comportements en droit pénal. Ont donc été envisagées notamment l'infraction de délaissement de mineur, les abandons moral ou pécuniaire de famille, la privation de soins et d'aliments, ou la provocation à la consommation habituelle et excessive d'alcool.

454. Il était, enfin, nécessaire de se questionner sur la prise en charge du dysfonctionnement familial en droit pénal, c'est-à-dire son traitement. Mais, pour espérer recevoir une réponse pénale, encore fallait-il que ce dysfonctionnement apparaisse aux yeux des autorités compétentes comme étant digne d'intervention. Cela posait, dès lors, premièrement, la question de l'apparition du dysfonctionnement familial en droit pénal. Or, contrairement à d'autres criminalités, la délinquance intrafamiliale se caractérise par sa forte dissimulation. Se déroulant majoritairement dans le huis clos familial, le délinquant bénéficie d'une opacité tangible pour commettre ses méfaits et instaurer une emprise réelle sur les

membres de la maisonnée. Dès lors, l'acte de dénonciation, pris dans son sens le plus large, devient le moyen privilégié de révélation de cette délinquance aux services de police et autres instances sociales. Mais, paradoxalement, il est également la voie qui reste la moins empruntée par les victimes de violences intrafamiliales, puisque la délinquance familiale est celle qui fait l'objet, aujourd'hui encore, du taux de révélation le plus faible. Par voie de conséquence, cela n'aide guère à pallier le recueil lacunaire de données statistiques afin d'approcher au plus près l'ampleur réelle du phénomène. Au surplus, même dans le cas où la victime se déciderait à dénoncer les faits, en l'absence de preuves matérielles jugées probantes ou en raison de leur disparition sous l'effet du temps, il n'est pas certain qu'elle parvienne à les établir efficacement. De surcroît, il ne faudrait pas oublier que la sanction pénale du dysfonctionnement familiale dépend également de l'appréciation que les acteurs de la justice criminelle en font. Il se peut que même constitué et dénoncé, il ne soit pas jugé assez grave, assez apparent ou assez prégnant pour faire l'objet d'un traitement au pénal.

Deuxièmement, s'agissant dudit traitement, même s'il est évident que des progrès considérables ont été réalisés quant à la prise en charge du dysfonctionnement, à l'accompagnement des victimes et à la formation des professionnels (judiciaires, médicaux, enseignants, sociaux) au contact des familles, certaines insuffisances ou maladresses ne peuvent être ignorées.

455. La première condition de l'intervention du droit pénal dans la famille exposée, il s'agissait de se pencher sur la seconde, la protection pénale de valeurs sociales. Constituant le bien-fondé de l'action du droit pénal dans la famille, cette idée a servi de fil conducteur à notre raisonnement. En effet, il est bon de rappeler la dimension axiologique du droit criminel, en ce qu'elle confère un sens au droit de punir, et donc, à la sanction. Conditionnant, à la fois, le choix de la répression, mais aussi de l'absence de répression, la protection de valeurs sociales par le droit pénal viendra, tout autant, déterminer les modalités de son intervention dans la famille. Or, celle-ci adopte deux voies : la voie classique lorsque le droit pénal est soumis à la protection de valeurs reconnues par des disciplines juridiques dites supérieures ; ou une voie plus novatrice, lorsqu'il entend se départir de cet assujettissement en vue d'affirmer ses propres valeurs.

456. S'agissant, tout d'abord, de la modalité classique d'intervention du droit pénal, celui-ci est conçu, selon une doctrine majoritaire, tel un droit sanctionnateur. À ce titre, il lui est uniquement demandé de mettre sa force répressive au service des autres branches du droit.

Appliqué à la famille, le droit pénal sera doublement accessoirisé. Il l'est, premièrement, quant aux valeurs sociales attenantes à la famille, qu'il défend. En effet, cette dernière est une valeur sociale consacrée, en droit positif, comme fondamentale. Elle est, de plus, le support de valeurs sociales propres, telles que les intérêts juridiquement protégés de l'enfant, du conjoint ou encore de l'institution du mariage. Dans ce contexte, en réalité, le droit pénal sera le garant de règles édictées par le droit civil, matière de prédilection de la famille.

Il intervient, deuxièmement, de manière subsidiaire quant aux fonctions qu'il occupe au sein de la famille. En effet, expression de la souveraineté de l'État, le droit répressif se rattache directement au droit public. Or la vie familiale, si elle relève en principe de l'espace privé, s'exprime dans une collectivité. Bien plus, elle est objet de politique publique et d'utilité sociale. À ce titre, le droit pénal y assure la continuité d'un contrôle social. Il y est le garant de l'ordre public, à condition que son intervention s'opère *ultima ratio*. Toutefois, avec l'intensification récente et parfois excessive de la pénalisation du droit de la famille, cette subsidiarité du droit pénal a abouti à l'adaptation, voire à la dénaturation de la règle pénale. En effet, adoptant dans ce domaine, une logique et une technique d'incrimination étrangères au droit pénal, l'action du législateur semble acculer la discipline pénale.

457. Pourtant, ce constat doit être nuancé. En effet, le droit pénal doit être regardé comme un droit singulier. Cette singularité ne tient pas à l'analyse éparsée de règles extra-pénales qu'il aurait garanti ou au contraire refusé d'appliquer, mais à la synergie même de la discipline pénale. Bref, à son économie générale. Aussi, s'aperçoit-on, lorsqu'il est appliqué à la famille, que le droit pénal fait preuve d'une neutralité qui lui est propre. De plus, c'est un droit original, qui doté d'une fonction pédagogique et expressive forte, peut s'avérer également créateur de droit. Mais au-delà, il semblerait que le droit pénal choisisse ses propres « combats ». Ainsi, dans certains cas, l'accessoirisation du droit pénal est choisie. Toujours en vue d'atteindre ses propres objectifs, il demeure libre d'absorber sans modification des notions extra-pénales, de les adopter en les réinterprétant, ou au contraire de les écarter purement et simplement.

En outre, le droit pénal apparaît encore comme un droit résilient. Ainsi, bien que la famille semble altérer la règle pénale, en réalité, on s'aperçoit que cette valeur sociale n'est que secondaire. Se saisissant essentiellement de la famille comme d'un « intermédiaire de protection », ce sont en finalité les intérêts de la société et de l'individu que le droit pénal tend à défendre.

458. Le discours contemporain alarmiste de la dénaturation et de la sur-instrumentalisation d'un droit criminel en perte d'essence – et notamment s'agissant du droit de la famille – renvoie une image peu attrayante et appauvrie de la discipline. Bien au contraire, à l'issue de cette étude de la légitimation de son intervention au sein de la famille, il nous apparaît comme un droit intelligent, capable de se réinventer. Et pour cause, il semble que son indépendance dépende tout autant de sa faculté à s'aliéner aux autres branches du droit.

Ainsi, si initialement, cette recherche devait borner l'application du droit pénal à la sphère familiale, c'est en fin de course, l'identité intrinsèque du droit pénal, qu'elle nous a permis de faire émerger.

ANNEXE

Proposition n° 1 : Considérer la violence intraconjugale comme une criminalité « non-générée »

La tendance actuelle est de considérer la violence conjugale comme une criminalité de genre, commise essentiellement à l'encontre des femmes. Ainsi, nous l'avons vu, la réalité d'un homme victime de violences est clairement occultée dans le paysage médiatique, politique et législatif. Pourtant, constater que les violences conjugales sont majoritairement commises à l'encontre des femmes ne signifie pas que seules elles en sont les victimes. Contrairement aux préjugés encore fortement ancrés dans nos sociétés occidentales, et notamment au sein des institutions administratives, gouvernementales, judiciaires et sociales censées prendre en charge le dysfonctionnement familial, l'homme battu à l'intérieur de son foyer demeure un mythe. Pourtant, au cours des entretiens-victimes que nous avons réalisés et des entrevues menées avec certains acteurs sociaux, nous avons pu conforter cette idée que le phénomène d'emprise caractéristique des violences conjugales (et familiales), ne dépendait aucunement de la force et des capacités physiques des protagonistes.

Or, on s'aperçoit que si certaines enquêtes de victimation notent la perpétration de ces violences à l'encontre des hommes, rares sont celles qui approfondissent la question. Ainsi, aujourd'hui, aucune étude d'envergure nationale probante et non orientée ne permet de recueillir des données, non seulement sur l'ampleur de ce phénomène, mais encore sur le profil de l'homme battu. Il faut espérer que l'enquête VIRAGE en cours de réalisation permettra d'étayer ces points. De plus, même auprès des associations d'aide aux victimes, l'homme battu est inscrit aux abonnés absents. Contrairement aux femmes victimes, les acteurs sociaux ne bénéficient pas d'une expertise suffisante s'agissant de l'accueil et de l'accompagnement à lui apporter. Pire encore, au plan gouvernemental, nous avons vu que la politique menée actuellement concernant la lutte contre les violences conjugales est délibérément tournée vers la protection spécifique de la femme victime. À l'heure où l'accent est mis sur l'éradication des violences au sein du couple, grande cause nationale depuis 2010, une démarche aussi partielle peut étonner. En effet, il est une chose de relever que la violence conjugale est majoritairement du fait de l'homme, mais il en est une autre d'axer d'emblée les

actions législatives et gouvernementales sur la protection spécifique d'une femme victime de violences.

En somme, il semble préférable de commencer à traiter la question des violences conjugales comme une criminalité objective. Cela permettrait non seulement de gagner du temps sur la compréhension d'ensemble de ces dernières, mais aussi d'y apporter des réponses non parcellaires à moyen et long terme.

Proposition n° 2 : Améliorer et simplifier le traitement du dysfonctionnement familial

Parmi les nouvelles procédures de lutte contre les violences conjugales, on compte celle du téléphone grave danger (TGD) consistant à outiller les femmes victimes de violences – placées dans une situation de particulière détresse – d'un mobile leur permettant d'alerter les forces de police en cas de danger imminent. Toutefois, le processus de déclenchement du signal trop complexe et peu opportun détaillé antérieurement, pourrait placer la femme dans une situation indélicate vis-à-vis de son agresseur. Aussi semble-t-il préférable de simplifier ce processus en généralisant à tous les ressorts des tribunaux de grande instance de France le système de géolocalisation, qui serait déclenché d'une simple pression sur un bouton placé sur le téléphone.

Par ailleurs, concernant l'accompagnement des victimes de violences conjugales, une piste de travail préventive semble devoir être approfondie. Il s'agit de rompre l'isolement social, affectif et émotionnel dans lequel l'auteur des violences a placé sa victime, en replaçant la famille d'origine et les proches de la victime au cœur du processus de reconstruction. En effet, nos observations ont démontré que ces acteurs – et notamment les enfants de la victime, devenus adultes par exemple – pouvaient jouer un rôle déterminant dans sa prise de conscience. Aussi semble-t-il intéressant d'orienter le message des différentes campagnes de sensibilisation largement diffusées – dans le cadre du plan interministériel de lutte contre ces violences – à destination de ces personnes également.

Enfin, il semble que le prochain défi de cette action de lutte soit celui de la prise en charge, thérapeutique ou au moins sociale – non plus de la victime de violences, mais du délinquant. Par exemple, s'agissant de la procédure d'éviction du conjoint violent, reprise dans le cadre de la nouvelle ordonnance de protection, il est apparu que le relogement du seul conjoint violent était moins onéreux que l'hébergement de la femme victime et de ses enfants.

Cependant, la priorité n'ayant pas été mise sur la mobilisation de fonds suffisants à cet effet, cette expérimentation peine à se développer. De plus, hormis l'hébergement de ces auteurs en foyer Emmaüs, à l'initiative de l'ancien Procureur du parquet de Douai, Luc Frémiot, rares sont les structures sociales acceptant d'accueillir ces personnes. Pourtant, une telle mesure gagnerait à être généralisée.

Proposition n° 3 : La création d'un fichier en matière de violences conjugales pour une meilleure communication entre les acteurs de justice pénale

Aux prémices de cette proposition se trouve le constat d'une absence ou d'une mauvaise communication entre les acteurs de la justice pénale. Nous pensons en particulier ici, à l'échange vertical d'informations entre commissariats et unités de gendarmerie d'un même ressort judiciaire, puis de manière horizontale à destination du Parquet.

Cette défaillance peut conduire à laisser échapper à la vigilance du Procureur certaines données importantes qui auraient pour effet d'orienter ses choix de poursuites dans une voie totalement différente. De ce fait, plusieurs affaires de violences conjugales jugées de faible gravité ne reçoivent aucune réponse pénale, et parfois dégèrent en drames familiaux, dont l'on découvrira que trop tard que la justice avait les armes pour les éviter. C'est le cas notamment, lorsqu'ayant déménagé pour fuir une relation conjugale dysfonctionnelle, la victime déposera plusieurs plaintes ou main-courantes dans différents commissariats d'un même ressort, pour des faits de menaces ou de harcèlements de la part de son ex-conjoint ou concubin. Faute de communication entre ces services, le danger réel encouru par la victime sera dénié. De même, les plaintes et main-courantes accumulées de manière stérile, seront paradoxalement étudiées de manière isolée par le magistrat.

Aussi, proposons-nous la création d'un fichier davantage axé sur la personne de la victime, en matière de violences conjugales. Loin de prôner une place encore plus importante de la victime au sein du procès pénal, il doit simplement aider à fluidifier la coopération des acteurs judiciaires, à l'échelle nationale. L'idée est ici de mener une recherche d'information sur un dossier pénal, non pas depuis l'entrée « délinquant », mais depuis l'entrée « victime ». Ce fichier – contenant l'identité de la victime, sa situation matrimoniale, la présence ou non d'enfants au foyer, les délits et crimes subis par elle, ainsi que les procédures en cours la concernant – serait consulté et complété par les autorités policières à chaque nouveau dépôt

de plainte de la victime et quelque soit le commissariat situé sur le territoire national dans lequel elle se rendrait. À disposition des autorités judiciaires également, il permettrait au Procureur d'apprécier la gravité d'une situation conjugale, actuelle ou ancienne, dans son ensemble. Enfin, il permettrait à des fins statistiques de retracer à long terme le parcours et l'évolution de la situation de famille de la victime de violences.

Proposition n° 4 : Pénaliser le harcèlement moral au sein du couple comme une circonstance aggravante

Le nouvel article 222-33-2-1 du code pénal, créé par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences **faites spécifiquement aux femmes et aux violences au sein des couples**, incrimine le harcèlement moral au sein du couple. Or, le législateur semble avoir fait le choix d'une technique d'incrimination des plus qu'obscures s'agissant de ce délit. En effet, le harcèlement moral intraconjugal peut être vu comme une infraction hybride. D'un côté, de par ses éléments constitutifs et son emplacement dans le Code pénal, elle semble rattachable au harcèlement moral de droit commun, incriminé à l'article 222-33-2 du code pénal. Mais d'un autre côté, s'agissant de sa répression – elle s'avère punie des mêmes peines que les violences conjugales aggravées par la circonstance de l'article 132-80 du code pénal. Ainsi, la circonstance aggravante, tenant à la qualité de conjoint ou de concubin de l'auteur, constitue un élément de définition du harcèlement moral, en même temps qu'elle conditionne sa répression.

Dès lors, se pose la question du bien-fondé de la création d'une infraction autonome de harcèlement moral propre au couple. En effet, pouvant être réprimé sous la qualification de violences volontaires psychologiques aggravées – et les sanctions du harcèlement moral conjugal ne différant guère de celles encourues pour les dites violences, cette incrimination peut sembler inutile. Pourtant, nous sommes favorables à une répression du harcèlement moral commis par le conjoint ou le concubin. En effet, cette infraction présente une spécificité que ne possède pas celle des violences volontaires. Il s'agit des notions de répétition et de l'insistance des agissements, topiques du harcèlement moral.

Cependant, plutôt qu'une infraction autonome, il est préférable d'envisager l'hypothèse d'un harcèlement propre au couple comme une simple circonstance de la nouvelle infraction de harcèlement moral, incriminée par l'article 222-33-2-2 du même code et insérée par la loi

n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. En effet, spécifique à aucun domaine particulier, cette nouvelle infraction est rédigée dans les mêmes termes que l'infraction de harcèlement moral au sein du couple, et se caractérise selon les mêmes éléments matériel et moral que celle-ci.

Opter pour une répression du harcèlement moral intraconjugal sous forme de circonstance aggravante permettrait d'éviter toute confusion entre les circonstances aggravantes et les éléments constitutifs. De plus, une telle solution favoriserait l'allègement du champ pénal, s'agissant des redondances inutiles d'infractions.

BIBLIOGRAPHIE

I. Manuels, ouvrages généraux et traités

1) Ouvrages français

ATIAS, Christian, *Philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, 2016.

BATTIFOL, Henri et **LAGARDE**, Paul, *Traité de droit international privé*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 1993.

BENABENT, Alain, *Droit de la famille*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2014.

BENTHAM, Jérémy, *Théorie des peines et des récompenses*, tome II, Société Belge de Librairie Hauman et cie, 1840.

BERTRAND-XEMARD, Clara, *Cours de droit des personnes et de la famille*, 2^{ème} éd., Lextenso Gualino, 2016.

BONGERT, Yvonne, *Histoire du droit pénal. Cours de Doctorat*, Millau, Editions Panthéon-Assas, 2012.

BOULANGER, François, *Droit civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux*, Tome I, 3^{ème} éd., Paris, Economica, 1997.

BOULOC, Bernard :

- *Droit pénal général*, 22^{ème} édition , Précis Dalloz, , 2011.
- *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Précis Dalloz, 2015.

BOULOC, Bernard et **MATSOPOULOU**, Haritini, *Droit pénal général et Procédure pénale*, 19^e éd., 2014.

BOUSQUET, Richard et **LENOIR**, Eric, *La prévention de la délinquance*, éd. PUF, coll. Questions judiciaires, 2009.

BOUZAT, Pierre et **PINATEL**, Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome 3, *Criminologie*, 3^e éd., Librairie Dalloz, 1975.

BUFFELAN-LANORE, Yvaine et **LARRIBAU-TERNEYRE**, Virginie, *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 19^{ème} éd., Dalloz, 2015.

CABRILLAC, Rémy, *Introduction générale au droit*, 11^{ème} éd., Dalloz, 2015.

CANIN, Patrick, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Hachette, Les fondamentaux, 2015.

CARBONNIER, Jean :

- *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, 1ère éd. 1955, éd. PUF, Paris, Quadrige Manuels, 2004.
- *Droit civil. tome IV. Les obligations*, 22ème éd., PUF, coll. Thémis, 2000.
- *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979.
- *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 1ère éd. 1969, Paris, LGDJ, 10ème éd, 2001.
- *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978.

CICHELLI-PUGEAULT, Catherine et **CICHELLI**, Vincenzo, *Les théories sociologiques de la famille*, Paris, La Découverte, 1998.

CONTE, Philippe, **MAISTRE DU CHAMBON**, Patrick et **FOURNIER** Stéphane, *La responsabilité civile délictuelle*, 4^{ème} éd., PUG, 2015.

CORNU, Gérard, *Droit civil. La Famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2006.

DECOCQ, André, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise et **MESTRE**, Jacques (dir)., *Droit des personnes et de la famille*, Paris, Lamy, 2015.

DESPORTES, Frédéric et **LE GUNEHEC**, Francis, *Doit pénal général*, Paris, Economica, 2007.

DREYER, Emmanuel :

- *Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Lexisnexis, 2014.
- *Droit pénal spécial*, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2016.

DUBOUCHET, Paul, *Droit et Philosophie. Une critique des sciences humaines*, L'Harmattan, 2009.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., tome 5, Paris, Editions CUJAS, 1920.

FENOUILLET, Dominique, *Droit de la famille*, Dalloz, 2008.

FULCHIRON, Hugues et **MALAURIE**, Philippe, *Le Droit de la famille*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2016.

GARRAUD, René, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3^{ème} éd., Tome I, Sirey, 1913.

GARÉ, Thierry, *Droit pénal spécial. Personnes et biens*, 3^{ème} éd, Tome 1, Larcier, 2014.**GUINCHARD**, Serge et **BUISSON**, Jacques, *La procédure pénale*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2005.

HAURIOU, Maurice :

- Les principes de droit public à l'usage des étudiants en licence, 3^e année et en doctorat ès-sciences politiques, Paris, Sirey, 1916.
- Précis de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1923.

HILT, Patrice, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse du droit français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

JEANDIDIER, Wilfried, *Droit pénal général*, 2^e éd., Montchrestien, 1991.

LABBEE, Xavier, *Le droit commun du couple*, Presses Universitaires du Septentrion, 2012.

LASCOUMES, Pierre, **PONCELA**, Pierrette et **LENOËL**, Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

LARGUIER, Jean, **CONTE**, Philippe, et **FOURNIER**, Stéphanie, *Droit pénal spécial*, 15^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013.

LEPAGE, Agathe et **MATSOPOULOU**, Haritini, *Droit pénal spécial*, Paris, Thémis droit, 2015.

MALABAT, Valérie, *Droit pénal spécial*, 7^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2015.

MARTY, Gabriel et **RAYNAUD**, Pierre, *Droit civil*, tome 2, vol. 1, *Les personnes*, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, 1976.

MAYAUD, Yves, *Droit pénal général*, 5^e éd., Paris, PUF, 2015.

MAZEAUD, Henri, Léon et Jean et **CHABAS**, François, *Leçons de droit civil. La famille*, 7^{ème} éd., tome I/vol. 3, Paris, Montchrestien, 1995.

MERLE, Roger et **VITU**, André, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Tome. 1, Droit pénal général*, 1^{er} éd. 1967, Editions CUJAS, 1997.

MICHOUD, Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1906, [En ligne : <https://archive.org/details/lathoriedelaper00michgoog>].

PIN, Xavier, *Droit pénal général*, 7^e éd., Dalloz, 2016.

PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, 21^{ème} éd., Paris, Editions CUJAS, 2016.

PRADEL, Jean, **CORTENS**, Geert et **VERMULEN**, Gert, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009.

PRADEL, Jean et **DANTI-JUAN**, Michel, *Droit pénal spécial*, Paris, 6^{ème} éd., Editions CUJAS, 2014.

PRINS, Adolphe, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Emile Bruylant, 1899.

RASSAT, Michèle-Laure :

- *Procédure pénale*, Paris, 2^e éd., Ellipses, 2013.
- *Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2014.
- *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2014.

RENARD, Georges, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930.

ROCHER, Jean-Claude, *Philosophie du droit. Méthodologie et perspectives*, Editions Fac 2000, 1999.

ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, trad. Lucien François, Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 2002.

ROUJOU DE BOUBEE, Gabriel, **FRANCILLON**, Jacques, **BOULOC**, Bernard et **MAYAUD**, Yves, *Code pénal commenté article par article. Livres I à IV*, Dalloz, 1996.

ROUX, Jean-André, *Droit criminel français*, 2^{ème} éd., Tome I, Sirey, 1927.

SORDINO, Marie-Christine, *Droit pénal général*, 6^e éd., Paris, Ellipses, 2016.

STRICKLER, Yves, *Procédure civile*, 6^{ème} éd., Larcier, coll. Paradigme, 2015.

VERNY, Edouard, O. Décima et S. Detraz, *Droit pénal général*, Paris, LGDJ, 2016.

VERON, Michel, *Droit pénal spécial*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2012.

VITU, André, *Droit pénal spécial*, 1^{ère} éd., Edition CUJAS, coll. Traité de droit criminel, 1982.

2) Ouvrages étrangers

BENTHAM, Jérémy, *Introduction to the principles of morals and legislation*, University Press, 1996.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de derecho penal. El delito*, 5^{ème} éd., tome III, Argentine, Losada, 1950.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Tratado de derecho penal*, trad. ZAFFARONI Eugenio Raul et HAGEMEIERS Irma, Hammurabi, 1989.

VON LISZT, Franck, *Traité de droit pénal allemand*, trad. René Lobstein, Paris, Giard et Brière, 1913.

II. Ouvrages spéciaux

1) Ouvrages français

ANCEL, Marc, *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, Ed. CUJAS, 1981.

ANGELINO, Inès, *L'enfant, la famille, la maltraitance*, Paris, Dunod, 2004.

ARIÈS, Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris, Seuil, 1973.

AUMONIER, Nicolas, BEIGNIER, Bernard et LETELLIER, Philippe, *L'euthanasie*, 7^e éd., PUF, coll. Que Sais-je ?, 2016.

BAUER, Alain, RIZK, Cyril et SOULLEZ, Christophe, *Statistiques criminelles et enquêtes de victimation*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2011.

BAWIN LEGROS, Bernadette, *Familles, mariage, divorce. Une sociologie des comportements familiaux contemporains*, Bruxelles, Éditions Mardaga, 1988.

BEBIN, Xavier, *Pourquoi punir. L'approche utilitariste de la sanction pénale*, L'Harmattan, 2006.

BECCARIA, Cesare, *Des délits et des peines*, préf. R. BADINTER, GF Flammarion, 1991.

BELLARD, Gysèle, *Les crimes au féminin*, Paris, L'Harmattan, 2010.

BENTHAM, Jérémy, *Fragment sur le gouvernement. Manuel des sophismes politiques*, L.G.D.J., 1996.

BODIER, Marceline, BUISSON, Guillemette, LAPINTE, Aude et ROBERT-BOBEE, Isabelle (dir.), *Couples et Familles. Edition 2015*, INSEE, coll. Insee Références, 2015 (en ligne) disponible sur le site de l'Insee : http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/COUFAM15.pdf.

BONNY, Yves, *Sociologie du temps présent*, Paris, Armand Colin, 2004.

BOZON Michel et HÉLAN, François, *La formation des couples. Textes essentiels pour la sociologie de la famille*, 1^{ère} éd. 1981, PUF, Paris, La Découverte, 2006.

BURGUIERE, André, KLAPISCH-ZUBER, Christiane, SEGALEN, Martine, et ZONABEND, Françoise (dir.), *Histoire de la famille*, Paris, Armand Colin, 1986.

CABALLERO, Francis, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010.

CABRILLAC, Rémy, **FRISON-ROCHE**, Marie-Anne et **RENET**, Thierry (dir.), *Libertés et droit fondamentaux*, 17^e éd., Paris, Dalloz, 2012.

CARBONNIER, Jean, *Le droit non civil de la famille*, tome X, Paris, PUF, 1983.

CARRE DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2004.

CARIO, Robert, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 4^e éd., L'Harmattan, 2012.

CHALANOULI, Christina, *Kant et Dworkin. De l'autonomie individuelle à l'autonomie privée et publique*, préface de F. Terré, L'Harmattan, 2010.

CHALVON-DEMERSAY, Sabine, *Concubin, concubine*, Paris, Le Seuil, 1983.

CHAUVAUD, Frédéric, *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2012.

CLAVIEN, Christine et **EL-BAZ**, Catherine (dir.), *Morale et évolution biologique entre déterminisme et liberté*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2007.

COMMAILLE, Jacques, *Misères de la famille. Question d'État*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996.

COMTE, Auguste, *Système de politique positive ou Traité de sociologie instituant la Religion de l'Humanité*, Tome 2, Osnabrück, Otto Zeller, 1851, p. 183-194.

COUTANCEAU, Roland et **SMITH**, Joanna (dir.), *Violence et famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011.

DADOUN, Armand, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, 2011.

DECOCQ, André et **HARDOUIN LE GOFF**, Carole, *L'oubli de l'infraction*, L.G.D.J., 2008.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, *La séparation dans tous ses états. Divorce, désunion*, Lamy, 2010.

DE SINGLY, François (dir.), *La famille. L'état des savoirs*, La Découverte, Paris, 1992.

DIEU, François, et **SUHARD**, Pascal, *Justice et femme battue. Enquête sur le traitement judiciaire des violences conjugales*, L'Harmattan, 2008.

DUKHEIM, Emile :

- *L'éducation morale*, Paris, PUF, 1963.
- *Les règles de la méthode sociologique*, deuxième préface, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2013.

FAVEZ, Nicolas, *L'examen clinique de la famille. Modèles et instruments d'évaluation*, Bruxelles, Éditions Mardaga, 2010.

FORTIER, Vincente, *Le juge, gardien des valeurs ?*, Paris, CNRS Droit, 2007.

FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, coll. Tel, 1975.

FREMY, Dominique et **NAUDIN**, Odile, *Les mots délivrés : une psychiatre à l'écoute des abus sexuels*, Paris, Stock, 2002.

FRENAY, Henri, *La Nuit Finira*, Paris, Robert Laffont, 1973.

FREUD, Sigmund, *Totem et tabou. Interprétations par la psychanalyse de la vie sociale des peuples primitifs*, 1^{ère} éd. 1912, Paris, Payot, 2001.

GARCIA, Sandrine, *Mères sous influence. De la cause des femmes à la cause des enfants*, Paris, La Découverte, 2011.

GOODY, Jack, *La famille en Europe*, Paris, Le Seuil, 2001.

HABERMAS, Jürgen, *Droit et Démocratie, Entre faits et normes*, Gallimard, 1997.

HAURIOU, Maurice, *Aux sources du Droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud and Gay, coll. Cahiers de la Nouvelle journée, 1933 (rééd. Presses universitaires de Caen, coll. Centre de philosophie politique et juridique, 1986).

HERITIER, Françoise, **CYRULNIK**, Boris et **NAOURI**, Aldo, *De l'inceste*, Odile Jacob, 2000.

HERITIER, Françoise, *Les deux sœurs et la mère. Anthropologie de l'inceste*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1994.

HERRERA, Carlos M., *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Les Presses de l'Université Laval, Coll. Diké, 2004.

HILT, Pierre, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse du droit français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

HÖFFE, Otfried, *Introduction à la philosophie pratique de Kant. La morale, le droit et la religion*, Vrin, 1993.

JOLY, Henri, *La France criminelle*, Paris, Léopold Cerf, 1889.

KAHN, Milka et **VERON**, Anne, *Des femmes dans la mafia : marraines ou madones*, Paris, Nouveau Monde, 2015.

KANT, Emmanuel :

- Critiques de la raison pratique, PUF, 2000.
- *Qu'est-ce-que les Lumières*, Pléiade, tome II, Gallimard, 1985.
- Métaphysique des Mœurs. Doctrine du droit, tome I, Vrin, 1968.

KELLENS, Georges, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982.

KELSEN, Hans :

- *Théories générales des normes*, trad. Olivier BEAUD, 1^{ère} éd. 1979, Mans Verlag Wien, PUF, coll Léviathan, 1996.
- *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, 1^{er} éd. 1962, Dalloz, Inst Kelsen, LGDJ, 1999.
- *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Bruylant LGDJ, 2004.

LAVAUD- LEGENDRE, Bénédicte, *Où sont passées les mœurs ?*, Paris, PUF, 2005.

LIEBER, Marylène, Genre, violences et espaces publics. La vulnérabilité des femmes en question, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2008.

LOMBROSO, Cesare et **FERRERO**, Guglielmo, *La femme criminelle et la prostituée*, trad. L. Meille, Paris, Felix Alcan, 1896.

MATH, Françoise et **DESOR**, Didier, Comprendre la violence des enfants. L'apport des neurosciences, Dunod, 2015.

MENABE, Catherine, *La criminalité féminine*, Paris, L'Harmattan, 2014.

MERLAND, Guillaume, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Montpellier, LGDJ, 2004.

NEIREINCK, Claire (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?*. Evolution du droit de la famille, Toulouse, ERES « Enfance et parentalité », 2003.

NOUSCHI, Marc, Bilan de la Seconde Guerre Mondiale. L'après guerre 1945-1950, Paris, Seuil, 1996.

PAULUS, Jacques et **ROZET**, Jean, *Le procès de la Thalomide*, Ed. Gallimard, Coll. Témoignages, 1963.

PERRONE, Reynaldo et **NANNINI**, Martine, Violences et abus sexuels dans la famille. Une vision systématique de conduites sociales violentes, 5^e éd., Paris, ESF, 2012.

- POUSSON**, Jacqueline et Alain, *L'affection et le Droit*, Toulouse, édition du CNRS, 1990.
- ROSENTAL**, Paul-André, *L'intelligence démographique. Sciences et politiques des populations en France (1930-1960)*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2003.
- RUFFIEUX**, Gaëlle, *Les sanctions des obligations familiales*, Paris, Dalloz, 2014.
- SADLIER**, Karen (dir.), *L'enfant face à la violence dans le couple*, 2^e éd., Dunod, 2015.
- SCHELER**, Max, *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs. Essai nouveau pour fonder un personnalisme éthique*, trad. Maurice de Gandillac, Gallimard, 1955.
- SEGALEN**, Martine, *Sociologie de la famille*, 1^{ère} éd. 1981, Paris, Armand colin, 2010.
- SHORTER**, Edward, *Naissance de la famille moderne, XVIII^e-XX^e siècle*, Paris, Le Seuil, 1977.
- SINGLY** (de), François et **GIRAUD**, Christophe, *En famille à Paris*, Paris, Armand Colin, 2012.
- SULLEROT**, Evelyne, *Le grand remue-ménage, La crise de la famille*, Paris, Fayard, 1997 (mise à jour 2000).
- SUTHERLAND NEIL**, Alexander, *Les libres enfants de Summerhill*, Paris, Librairie François Maspero, 1970 (Réed. Paris, La Découverte, 2004).
- STECK**, Philippe, *Droit et famille. Tous les droits*, Economica, 1997.
- STEFANI**, Gaston (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal. Etudes de droit criminel*, Paris, Librairie Dalloz, 1956.
- STEFANI**, Gaston, **LEVASSEUR**, Georges et **JAMBU-MERLIN**, Roger, *Criminologie et science pénitentiaire*, 2^{ème} éd., Précis Dalloz, 1970.
- TARDE**, Gabriel, *La criminologie comparée*, Paris, Felix Alcan, 1886.
- TORRENT**, Sophie, *L'Homme Battu. Un tabou au cœur du Tabou*, Québec, Opinion santé, 2001.
- TRIGEAUD**, Jean-Marc, *Essais de philosophie du droit*, Studio éditoriale di cultura, 1987.
- VARELA (J.)**, Francisco, *Autonomie et connaissance. Essai sur le vivant*, Paris, Le Seuil, 1989.
- VAN DE KERCHOVE**, Michel, *Quand dire c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

VERNY, Edouard, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Paris, L.G.D.J, 2002.

VILLERBU Loïck et VIAUX Jean-Luc, *Expertise psychologique, psychopathologique et méthodologique*, L'Harmattan, 1999.

2) Ouvrages étrangers

FERNANDEZ, Gonzalo :

- Bien jurídico y sistema del delito, Argentine, B de F, 2004.
- *La teoría de la normas en el derecho penal*, Uruguay, Fundación de cultura universitaria, 2010.

HORMAZABAL MALAREE, Hernan, *Bien jurídico y estado social y democratico de derecho*, Barcelona, PPU, 1991.

PARSONS, Talcott et BALES, Robert F., *Family, Socialization and interaction Process*, New York, Glencoe, Free Press, 1955.

III. Articles et contributions

1) Articles, revues et répertoires de droit pénal

a. Articles français

ALLAIN, Emmanuelle, « Fallait-il faire entrer l'inceste dans le code pénal ? », *Blog. Dalloz*, 5 février 2010 [En ligne : <http://blog.dalloz.fr/blogdaloz/2010/02/fallaitil-faire-entrer-linceste-dans-le-code-p%C3%A9nal-.html>].

ALT-MAES, Françoise :

- « Le PACS à l'épreuve du droit pénal », *JCP. éd. G.* 2000. I. 275.
- « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité », *RSC.* 2002. 501.
- « Le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger », *JCl. pén.* 2009, fasc. n°20 (actualisation en 2012).
- « Le délaissement de mineur », *JCl. pén.* 2009, fasc. n°20.

AMBROISE-CASTEROT, Coralie, « Action civile », *Rép. pén.* 2012, spéc. n° 480-481.

ANDRE, Christophe, « Euthanasie et droit pénal : la loi peut-elle définir l'exception ? », *RSC* 2004. 43.

ARCHER, Frédéric, « Provocation de mineur à commettre des actes illicites ou dangereux », *JCl. pén.* 2010, fasc. 20.

AUBERT, Laura, « L'activité des délégués du procureur en France : de l'intention à la réalité des pratiques », *Déviante et Société*, n°4, vol. 32, 2008, p. 473-494.

AUBUSSON DE CARVALAY, Bruno, **LALAM**, Nacer, **PADIEU**, René et **ZAMORA**, Philippe, « Les statistiques de la délinquance », in *France, portrait social*, Paris, La Documentation française, p. 141-158.

BATTEUR, Annick, « L'interdit de l'inceste », *RTD. civ.* 2000. 759.

BEN KEMOUN, Laurent, « La confiance volée de l'enfant : Refonder la norme pénale », *D.*, 2002, p. 491.

BONFILS, Philippe :

- « L'autonomie du juge pénal », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 47.
- « 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 », *RSC* 2010. 462.

BONFILS, Philippe et **GALLARDO**, Eudoxie, « Bigamie », *Rép. pén. Dalloz*, 2014.

BOULOC, Bernard, « La place du droit pénal dans le droit des sociétés », *RSC.* 2000, p. 17.

BOURRAT-GUEGUEN, Anne :

- « Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre des violences au sein du couple », *JCP.* éd. G, 2010. 805.
- « Le droit pénal de la famille », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, Livre 6, 2013.
- « Atteintes à l'adulte », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2013.

BRIAND, Julien, « Les appels à la dénonciation dans la procédure judiciaire rémoise à la fin du Moyen Age », *Hypothèses*, n°12, 2009, p. 119-129.

CABRILLAC, Michel, « Droit pénal du chèque », *J.-Cl.* 2008, fasc. 360.

CARIO, Robert :

- « La justice restaurative : Vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ pénal* 2007, p. 373.
- « Victimization des aîné(e)s et aide aux victimes », *RSC.* 2002. 81.

CASALIS, Marie-France, **CHAPALAIN**, Maryvonne et **GUYOT**, Françoise, « Une femme sur dix victime de violences conjugales en France », *AJ. Fam.* 2002, p. 244-254.

CERF-HOLLENDER, Agnès, « Aspects pénaux de la loi relative à la protection de l'enfant », *L'Essentiel, Droit de la famille et des personnes*, n°5, 15 mai 2016, p. 6.

COEURET, Alain et **FORTIS**, Elizabeth, « La place du droit pénal dans le droit du travail », *RSC*. 2000. 25.

COLLET-ASKRI, Laurence, « La protection pénale de l'enfant victime des conflits entre ses parents divorcés. A la lumière de la jurisprudence récente », *RDSS*, 2000, p. 434.

COMBLES DE NAYVES (De), Pierre, « Loi sur l'inceste : peut mieux faire », *Constitutions* 2012. 91.

CONTE, Philippe, « 1905-2005 : Cent ans de protection pénale du consommateur », *RD pén.* n°3, mars 2006, étude 4.

CORPART, Isabelle, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ Fam.* 2009. 155.

COUVRAT, Pierre :

- « Le droit pénal et la famille », *RSC* 1969, p. 807- 837.
- « La famille, parent pauvre du droit pénal », in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préface Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 133-145.

DANTI-JUAN, Michel, « Force majeure », *Rép. pén.* 2015, n° 50.

DARSONVILLE, Audrey, « Viol », *Rép. pén.* 2011 (mis à jour en juin 2012).

DAVID, Stéphane et **JAULT**, Alexis :

- « Infractions révélées par le divorce », in *Dalloz référence Droit et pratique du divorce*, 2013, chap. 422, n° 421.01.
- « Les conséquences pénales du divorce », in *Droit et pratique du divorce 2015/2016*, 3^e éd., Dalloz référence, 2015, p. 991-1018.

DECOCQ, André « L'avenir funèbre de l'action publique », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, éd. J.-Cl., 1999, p. 781.

DEFOORT, Camille, « Regard critique sur le régime pénal applicable aux infractions de nature sexuelle commises contre les mineurs », *RDP*, 2006, p. 763-798.

DELORS, Germain :

- « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *Revue de sciences criminelles et de droit comparé*, n°3, 2010, p. 599-611.
- « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », *Revue de sciences criminelles*, 2010, p. 817.

DERVIEUX, Valérie, « Le nouveau rôle du parquet en cas de violences conjugales. L'expérience du parquet de Pontoise », *AJ. Fam.* 2013. 291.

DOLCINI, Emilio et **MARINUCCI**, Gorgio, « La constitution et le droit pénal en Italie. Structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996, p. 317.

DOUCHY-OUDOT, Méлина, « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures* 2010, étude 9.

DUEE, Michel, **JALUZOT**, Laurence et **PICARD**, Sébastien, « La victimation : un sujet sensible qui nécessite des approches supplémentaires », *Economie et Statistiques*, n° 448-449, 2011, p. 85 (en ligne) : http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/ES448D.pdf.

DUNET-LAROUSSE, Emmanuel, « L'euthanasie : signification et qualification au regard du droit pénal », *RDSS* 1998. 265.

DUVERT, Cyrille, « Bigamie », *JCl. pén.* janvier 2009, fascicule 20, n°1.

EDMUNDO, Oliveira, « Nouvelle victimologie : le syndrome de Stockholm », *Archives de politique criminelle*, n°27, 2005, p. 167-171.

GARÇON, Évelyne, « Entre confiance et défiance à l'égard du juge pénal. Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 », *JCP éd. G.*, n°42, 2007. I. 196.

GANANCIA, Danièle, « Le juge écartelé dans les séparations conflictuelles », *AJ Fam.* 203. 264.

GAUTRON, Virginie, « L'évaluation de la politique criminelle : des avancées en trompe-l'œil ? », *Arch. Po. Crim.*, n° 30, 2008, p. 201-219.

GOUTTENOIRE, Adeline, « Atteinte à l'autorité parentale », *Rép. pén. Dalloz* 2003, n°6 (actualisation en 2012).

GOUTTENOIRE- CORNUT, Adeline, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ. Fam.* 2002, p. 244-255.

GOUTTENOIRE, Adeline et **GUERIN**, Marie Cécile, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Rép. pén. Dalloz*, 2015.

GOUTTES (de), Régis, « Droit pénal et droits de l'homme », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Paris, Dalloz, 2000, p. 134-144.

G'SELL-MACREZ, Florence, « Vers la justice participative ? Pour une négociation à "l'ombre du droit" », *D.* 2010. 2450.

GRANGER, Marc-Antoine, Est-il un droit fondamental à la sécurité ?, *RSC* 2009, p. 273.

GUEDON, Jean-Philippe, « L'inceste réintroduit dans le Code pénal », *AJ. Pén.* 2016. 165.

GUERY, Christian, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.* 1998, chron. 47-52.

GUIBENTIF, Pierre, « Retour à la peine : contexte et orientations des recherches récentes en prévention générale », *Déviante et société*, vol. 5, n° 3, 1981, p. 293-311.

GUIBERT-LANTOINE (de), Catherine et **MONNIER**, Alain, « Conjoncture démographique : l'Europe et les pays développés d'Outre-Mer », *Population*, 48e année/ n°4, 1993.

HAUSER, Jean :

- « le fondement du délit d'abandon pécuniaire de la famille », *JCP éd. G* 1974. I. 2617.
- « Viol entre époux », *RTD civ.* 1991. 301.
- « Le PACS est-il un contrat d'exclusivité ? », *RTD. civ.* 2003, p. 270-282.
- « Transsexualisme et mariage : le heurt entre la liberté et la définition du mariage », *RTD. civ.* 2013. 85.

HUET, André, « Droit pénal », *Rép. dr. eur.* 2010.

HUGUENEY, Louis, « Les dommages et intérêts dus par le souteneur à la prostituée », *RID. pén.* 1946, p. 73-78.

JESTAZ, Philippe, « Observations sur la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 sur le divorce », *RTD civ.* 1975. 793.

LACASSAGNE, Alexandre, « Les transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale, de 1810 à 1912 », *Archives d'anthropologie criminelle*, Tome 28, 1913, p. 364.

LALOU, Richard, « L'infanticide devant les tribunaux français (1825-1910) », *Dénatalité. L'antériorité française 1800-1914*, Revue Communications, Vol. 44, n° 1, 1986, p. 175-200.

LAMY (de), Bertrand, « La portée rétroactive de la nullité du second mariage empêche la consommation du délit », *Dr. fam.* 2003, n° 1, comm. 6.

LAVRIC, Sabrina, « Rapport Leonetti sur le statut du beau-parent », *D. actualité* 2009 .

LELIEVRE, Claude, « Les préfets ont autre chose à faire que de s'occuper de l'absentéisme scolaire », *La lettre de l'Education*, n° 663, 5 avril 2010, p. 20.

LEMITRE, Samuel, « Effets subjectifs des violences conjugales sur l'enfant. Terreur, effondrement et répétition », in *Violence et Famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 87-93.

LEPAGE, Agathe :

- « Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel », *RD pén.* n° 3, mars 2005, étude 5.
- « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007- avril 2008) », *RD pén.* n°5, mai 2008, chron. 4.
- « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP. G*, n°12, 22 mars 2010, p. 335.

LEROYER, Anne-Marie :

- « Mariage, couple, communauté de vie. Regards civilistes sur la loi relative aux violences au sein du couple », *RTD civ.* 2006.402.
- « 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 JO 9 févr. 2010, p. 2265 », *RTD. civ.* 2010. 381.

LETURMY, Laurence, « La maltraitance en droit pénal », *RDSS* 2006. 981.

LEVASSEUR, Georges :

- « Le délit d'abandon de famille sanctionne le non-respect d'une décision de justice », *RSC* 1992. 754.
- « Le problème de la dépénalisation », *Archives de politique criminelle*, 1983, n°6, p. 53-69.

LOPEZ, Gérard, « Analyse éthique du syndrome d'aliéantion parentale (SAP) ou aliéantion parentale (AP) », *AJ. Fam.* 2013. 283.

MALABAT, Valérie :

- « Les infractions sexuelles », *Rép. pén. Dalloz*, 2002 (actualisation avril 2016).
- « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 155-164.
- « Le temps des réformes », *RPDP*, n°3, juillet/septembre 2003, *In limine*, p. 513.
- « Morale et droit pénal », in *Droit et morale. Aspects contemporains*, Dalloz, 2011, p. 219-236.

MAISTRE DU CHAMBON, Patrick, « Quelques considérations sur le droit pénal de la famille », *JCP éd. G*, n°1, 10 janvier 2011, p. 6.

MAÎTRE EOLAS, « Un nouvel exemple de malfaçon législative », *Journal d'un avocat*, 8 février 2010 [En ligne : <http://www.maitre-eolas.fr/post/2010/02/08/Un-nouvel-exemple-de-malfa%C3%A7on-l%C3%A9gislative>] Consulté en avril 2012.

MAÎTRE MÔ, « On nous dit rien ... Et parfois on fait bien », *Blog de Maître Mô*, 4 février 2010 [En ligne : <http://maitremo.fr/on-nous-dit-rien-et-parfois-on-fait-bien/>], Consulté en 2012.

MARCOS, Aurore, « La maladresse, essai de qualification en droit d'une notion a-juridique », *Revue générale de droit médical*, n°3 mars 1959, 2013, p. 83-96.

MASCALA, Corinne, « Escroquerie », *Rép. pén.* 2001 (actualisation octobre 2014).

MATSOPOULOU, Haritini :

- « L'éthique et le droit pénal », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, p. 315-351.
- « L'oubli en droit pénal », in *Mélanges offerts à Bernard Bouloc, Les droits et le Droit*, éd. Dalloz, 2007, p. 771-806.
- « Les propositions sur la « dépenalisation de la vie des affaires », *Rev. Sociétés*, 2008, p.1 .
- « Quelques réflexions sur la place des statistiques dans la politique pénale », in *Politiques criminelles. Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, 2014, p. 232-244.

MAYAUD, Yves :

- « Du viol et de ses conséquences : après le dérapage, le rattrapage, ou du retour à la légalité », *D.* 1999. 75.
- « La notion de réitération en droit pénal spécial : l'exemple des menaces », *RSC.* 2002. 591.
- « L'inceste dans ...l'illégalité », *RSC* 2011. 830.

MISTRETTA, Patrick :

- « Enlèvements et séquestration », *Rép. pén.*, 2008.
- « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », *JCP* éd. G, n°29, act. 845, 2011, p. 1407-1409.

MONTAS, Arnaud et **ROUSSEL**, Gildas, « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *Archives de politique criminelle*, n°32, 2010, p. 289-308.

MOUIAL BASSILANA, Eva, « Le déséquilibre significatif », *J.-Cl.* 2015, fasc. n°730, n°16-18.

MOUSSERON, Pierre, « Les immunités familiales », *RSC* 1998. 291.

OLIVIER, Cyrille, « Les couples illégitimes dans la France de Vichy et la répression sexuée de l'infidélité (1940-1944) », *Crime, Histoire & Sociétés*, Vol. 9, n°2, 2005, p. 99-123.

PARENT, Colette, « La criminologie féministe et la question de la violence des femmes », in *Penser la violence des femmes*, Paris, La Découverte, coll. Science humaines, 2012.

PARIGUET, Marie, « De l'autorité en droit pénal. Esquisse d'une définition », *JCP éd. G* 2013, doct. 1000.

PARIZOT, Raphaële, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politiques criminelles. Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, 2014, p. 245-257.

PERINET-MARQUET, « L'ouverture du droit pénal à l'action civile familiale », in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préface Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 281-293.

PEDRON, Pierre, « La soustraction d'un parent à ses obligations légales », *JCI. Pén. Code*, fasc. 20, 2008.

PIN, Xavier, « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002. 245.

PITTI, Gérard, « Le divorce pour faute. Point de vue d'un magistrat », *AJ Famille* 2011, p. 84.

POMART-NOMDÉDÉO, Cathy, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *D. actualité*, 9 septembre 2010, étude 20.

PORTERON, Cédric, « Lois et décrets », *Rép. pén.* 2005 (actualisé en 2012), n° 89 et s.

POUPEAU, Diane, « Absentéisme scolaire : le Sénat vote l'abrogation de la loi Ciotti », *AJDA* 2012, p. 2032.

PRADEL, Jean, « La famille du délinquant au cours du procès », in *Le droit non-civil de la famille*, Tome X, préface Jean Carbonnier, PUF, 1983, p. 295-307.

PROTHAIS, Alain :

- « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC*. 2000, p. 39.
- « Accompagnement de la fin de vie et droit pénal », *JCP éd. G*. 2004. I. 130.
- « Notre droit pénal permet plus qu'il n'interdit en matière d'euthanasie », *JCP éd. G* n° 18, 2 Mai 2011, doct. 536, p. 880-886.

PUYBASSET, Louis, « Faut-il légaliser l'euthanasie », *D.* 2007. 1328.

RABUT-BONALDI, Gaëlle, « La mesure de justice restaurative, ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 20015.97.

RASSAT, Michèle-Laure :

- « Inceste et droit pénal », *JCP Edition générale*, 1974, I, p. 261.
- « La présomption de consentement aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire », *D.* 1993. 117.
- « Enlèvement, arrestation, détention et séquestration arbitraires », *J.-Cl. pén.* 2009.

RATINEAU, Yannick Joseph, « La privatisation de la répression pénale », *RSC* 2014. 883.

REBUT, Didier :

- « L'unique nature de l'abandon de famille », *Dr. fam.* 1999, chron. n° 1.
- « L'abandon de famille (Synthèse annuelle du contentieux) », *Dr. fam.* 2000, chron. 3, p. 4, *in fine*.

ROCHER, Guy, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de droit*, vol. 29, n°1, 1988, p. 91-121.

RUFFIEUX, Gaëlle, « La flexibilité des sanctions en droit de la famille », in *Flexibilité des sanctions. XXIes journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 425-441.

SALVAGE, Philippe, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, p. 699.

SEUVIC, Jean-François, « Absentéisme scolaire : art. R. 624-7 du code pénal », *RSC* 2004, p. 395.

SMITH, Joanna, « Facteurs de vulnérabilité à l'emprise », in *Violence et Famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 229-238.

SORDINO, Marie-Christine, « Flux et reflux du droit pénal au sein du droit des affaires », *Gaz. Pal.* 2008, p. 2.

SUB LEGE LIBERTAS, « On ne répond pas aux questions qu'on ne se pose pas », *Blog de Maître EOLAS*, 25 mars 2010 [En ligne : <http://www.maitre-eolas.fr/post/2010/03/25/On-ne-r%C3%A9pond-pas-aux-questions-qu%E2%80%99on-se-pose-pas.>] Consulté en avril 2012.

TILLET, Edouard, « Histoire des doctrines pénales », *Rép. pén.*, 2002 (actualisation en 2010).

TINEL, Marie, « La famille en droit pénal », *Droits* 2012/2, n° 56, p. 155- 177.

THIERRY, Jean-Baptiste, « L'individualisation du droit criminel », *RSC* 2008, p. 59-70.

THOMAS, Didier, « Le concept de procès pénal », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Tome 39, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2001, p. 401-416.

VAN DE KERCHOVE, Michel :

- « Éclatement et recomposition du droit pénal », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Paris, Dalloz, 2000, p. 6-15.
- « Les fonctions de la sanction pénale », *Informations sociales*, n° 127, 2005, p. 22-31.

VERIN, Jacques :

- « La prévention sociale, mythe ou réalité ? », *RSC*. 1982. 813.

- « Une politique criminelle fondée sur la victimologie et sur l'intérêt des victimes », *RSC* 1981, p. 895-907.

ZACHARIE, Clémence, « Ordre public et affaires de famille : le rôle de la police du Consulat et de l'Empire », *Napoleonica. La Revue*, n° 14, 2012, p. 127-138.

b. Articles étrangers

AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, « Preludio al bien jurídico », *Lecciones y Ensayos*, segunda época/ n°1, 1981, p.19-21 (en ligne) : http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0046-1.pdf.

KIERSZENBAUM, Mariano, « El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual », *Lecciones y Ensayos*, n° 86, 2009, p. 187-211.

LEHMANN, Peter, « The development of posttraumatic stress disorder (PTSD) in a sample of child witnesses to mother assault », *Journal of Family Violence*, n° 12, p. 241-257

VARELA (J.), Francisco et **MATURANA (R.)**, Humberto, « Autopoiesis : The organization of the living », in *Autopoiesis and Cognition*, Reidel, 1973.

YBARRA, Gabriel J., **WILKENS**, Susan. L. et **LIEBERMAN**, Alicia. F., « The influence of domestic violence on preschooler behavior and Functioning », *Journal of family Violence*, n°22, 2007, p. 33-42.

2) Articles, revues et répertoires extra-pénaux

ALEXANDRE-BIDON, Danièle, « Grandeur et Renaissance du sentiment de l'enfance au Moyen Âge », *Histoire de l'éducation*, n°50, 1991, p. 39-63.

ALFANDARI, Elie, « Associations et sociétés : points de rencontre », *LPA* n°50, 1996, p. 47.

ANDREO, Gilles, « Bigamie et double ménage », *RTD. civ.* 1991. 263.

ATTIAS-DONFUT, Claudine, "Les solidarités intergénérationnelles au sein de la famille contemporaine", *Comment va la famille ?*, Paris, Cahiers français n°371, La Documentation Française, novembre-décembre 2012 p. 43- 49.

AUBENAS, Roger, « Réflexions sur les fraternités artificielles Au Moyen-Âge », in *Etudes historiques à la mémoire de Noël Didier*, Montchrestien, 1960, p. 1-10.

AVENA-ROBARDET, Valérie :

- « Absentéisme à l'école : attention aux allocs ! », *AJ fam.* 2010, p. 410.
- « Absentéisme scolaire », *AJ fam.* 2014, p. 655.
- « En route pour un statut du beau-parent », *AJ. Fam.* 2007. 447.

- « L'école buissonnière sévèrement sanctionnée », *AJ fam.* 2010, p. 199 .
- « La loi sur l'immigration : à retenir », *AJ Fam.* 2011. 343.

AVENEL, Cyprien, « Les évolutions sociologiques de la famille », *Recherches et Prévisions*, vol. 72, n° 1, 2003, p. 69-73.

BARRÈRE-MAURISSON, Marie-Agnès, « L'évolution des rôles masculins et féminins au sein de la famille », *Cahiers français. Comment va la famille ?*, n°371, 2012, p. 22-29.

BARRE, Corinne et **VANDERSCHULDEN**, Mélanie, « L'enquête "Etude de l'histoire familiale" de 1999 », *Insee Résultats, Société*, n°33, août 2004, p. 3-42 [En ligne : http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/irsoc033.pdf].

BATTAGLIA, Mattea, « Prison avec sursis pour absentéisme scolaire : une sanction rare, mais pas inédite », *Le Monde*, n° 21793, 10 février 2015, p. 20. Consultable également en ligne : http://www.lemonde.fr/education/article/2015/02/10/prison-avec-sursis-pour-absenteisme-scolaire-une-sanction-rare-mais-pas-inedite_4573570_1473685.html.

BERTAUX, Daniel, "Individualisme et modernité", *Espaces Temps. Je et moi, les émois du je. Questions sur l'individualisme*, vol. 37, 1998, p.15-21.

BESNARD, Philippe, "Mariage et suicide : la théorie durkheimienne de la régulation conjugale à l'épreuve d'un siècle", *Revue française de sociologie*, vol.38/ n°4, 1997, p. 735-758.

BOSSE-PLATIERE, Hubert, « Contenu du Pacs », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, Chap. n°52, 2013, n° 152.221.

BRUGUIÈRE, Jean Michel, « Le devoir conjugal. Philosophie du code et mode du juge », *D.* 2000, p. 10.

CALAIS-AULOY, Jean, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994.239.

CARBONNIER, Jean, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit français au milieu de XXème siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, tome 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 325-345.

CASTAING, Cécile, « Fin de vie : que disent les avis ? », *RDSS* 2014. 184.

CHAMPEYRACHE, Clotilde, « L'économie mafieuse : entre principe de territorialité et extraterritorialité », *Hérodote*, n°151, 2013, p. 83-101.

CHAZAL, Jean-Pascal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 279-309.

- CHEVALLIER**, Jacques, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 7-49.
- COLLIN**, Françoise, « Repenser l'éthique », *Les Cahiers du GRIF*, n° 29, 1984, p. 97-101.
- CORBIER**, Mireille, « Les comportements familiaux de l'aristocratie romaine. IIe siècle avant J.-C.- IIIe siècle après J.-C », *Annales. Economies, société, civilisations*, 42^e année, n°6, 1987, p. 1267-1285.
- COUTANCEAU**, Roland, « Dangerosité criminologique et prévention de la récidive : évaluer la dangerosité sans stigmatiser l'homme », *L'information psychiatrique*, n° 8, vol. 88, 2012, p. 641-646.
- COUTURIER**, Gérard, « L'ordre public de protection. Heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à Jules Flour*, Defrénois, 1979, p.
- DAVIDSON**, Claire et **HAMON**, Hervé « Autorité parentale dans la famille et autorité dans le cadre de l'assistance éducative : une histoire de respect », *Dialogue*, n°165, 2004, p. 23-32.
- DELOYE**, Yves et **CURAPP**, « Les bonnes mœurs », *Revue française de science politique*, 45^{ème} année/n°1, 1995, p. 185-190.
- DESRAYAUD**, Alain, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *Napoleonica. La Revue*, n° 14, 2012, p. 3-23.
- DETRAGIACHE**, Denise, « Un aspect de la politique démographique de l'Italie fasciste : la répression de l'avortement », in *Mélanges de L'Ecole française de Rome. Moyen Âge, Temps modernes*, tome 92, n°2, 1980, p. 691-735.
- DIDRY**, Claude, « Léon Duguit, ou le service public en action », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n°52-3, 2005, p. 88-97.
- DUC MARWOOD**, Alessandra, « Si je t'appartiens, m'appartiens-tu ? Le sentiment d'appartenance au cours de la vie », *Thérapie Familiale*, n°1/vol. 36, 2015, p. 41-53.
- DURKHEIM**, Emile, « Introduction à la morale », *Revue philosophique*, n°89,1920, p. 81-97.
- FAVIER**, Yves, « Actes de l'état civil », *Rép. civ. Dalloz* 2016.
- FENOUILLET**, Dominique, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique! », in *Etudes P. Catala. Le Droit privé à la fin du XXème siècle*, Litec, 2001.
- FLOUR**, Yvonne, « Le pacte civil de solidarité », in *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2014, Chap. 511, n° 511.111.
- GANANCIA**, Danièle, « Le juge écartelé dans les séparations conflictuelles », *AJ Fam.* 2013. 264.

GAZIAUX, Eric, « Trois modèles d'autonomie en morale : Kant, Steinbüchel, Auer », *Revue théologique de Louvain*, 28^e année, fasc. 3, 1997, p. 338-358.

GEST, Guy, « Dualité de juridiction et unité du droit fiscal », *RFDA* 1990. 822.

GOUTTENOIRE- CORNUT, Adeline, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ. Fam.* 2002, p. 244-255.

GOUTTENOIRE, Adeline et **GUERIN**, Marie Cécile, « Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger », *Rép. pén. Dalloz*, 2015.

GUEDENEY, Antoine et **LE FOLL**, Julie, « Visites à domicile préventives périnatales dans les familles à problèmes multiples : efficacité et limites », *Devenir*, n° 1, vol. 26, 2014, p. 59-72.

G'SELL-MACREZ, Florence, « Vers la justice participative ? Pour une négociation à "l'ombre du droit" », *D.* 2010. 2450.

GRANGER, Marc-Antoine, Est-il un droit fondamental à la sécurité ?, *RSC* 2009, p. 273.

GUIBERT-LANTOINE (de), Catherine et **MONNIER**, Alain, « Conjoncture démographique : l'Europe et les pays développés d'Outre-Mer », *Population*, 48^e année/ n°4, 1993.

HAUSER, Jean, « Nullité, caducité, divorce : le sort du mariage du transsexuel », *RTD. civ.* 2001. 335.

HERAN François et **PISON** Gilles, "Deux enfants par femme dans la France de 2006 : la faute aux immigrées ?", *Population et Sociétés*, n°432, mars 2007, p. 1-4.

HAESEVOETS, Yves-Hiram, « Considérations socio-anthropologiques et transculturelles sur les maltraitances », in *Violence et famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 2-19.

INGLEBERT, Hervé, « Le droit romain », in *Histoire de la civilisation romaine*, Paris, PUF, 2005, p. 113-154.

KORNPROBST, Emmanuel, « La notion de distribution de réserves, l'autonomie du droit fiscal et l'abus de droit », *Revue des sociétés* 1991, p. 797.

LASBATS, Mireille, « Les violences conjugales : aspects psychologiques », *AJ. pén.* 2011.182.

LABBEE, Xavier, « PACS HOMINIBUS ... ou l'infidélité entre homosexuels », *D.* 2003, p. 515.

LAGARRIGUE, Jacques et **LEBE**, Guy, « Éthique ou morale ? », *Recherche & Formation. Conscience étique et pratiques professionnelles*, n°24, 1997, p. 121-130.

LAMBERT, Anne, « Des causes aux conséquences du divorce : histoire critique d'un champ d'analyse et principales orientations de recherche en France », *Population*, n°1/vol.64, 2009 p. 152-182.

LASLETT, Peter, "la famille et le ménage : approches historiques", trad. CHAMOUX, Antoinette, *Annales ESC*, 27^{ème} année/n°4-5, 1972, p. 847-872.

LECUYER, Hervé, « Tant que le divorce n'est pas définitif, le mariage subsiste », *Dr. Fam.* 2000, Comm. 111.

LE GAC, Julie, « L'«étrange défaite» du divorce ? (1940-1946), *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, n° 88, 2005, p. 49-62.

LELIEVRE, Claude, « Les préfets ont autre chose à faire que de s'occuper de l'absentéisme scolaire », *La lettre de l'Education*, n° 663, 5 avril 2010, p. 20.

LEHMANN, Jean-Pierre, « Holding et Handling », in *La clinique analytique de Winnicott*, Toulouse, ERES, 2007, p. 170-206.

LEMOULAND, Jean-Jacques, « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2015.

LEMOULAND, Jean-Jacques et **HAUSER**, Jean, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ. Dalloz*, 2015.

LEMOULAND, Jean-Jacques et **LAMARCHE**, Marie, « Mariage. Effets », *Rép. civ. Dalloz*, 2014.

LEMOULAND, Jean-Jacques et **VIGNEAU**, Daniel « Droit des couples », *D.* 2014. 1342.

LENOIR, Rémi « L'État et la construction de la famille », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 91-92, 1992, p. 20-37.

LEPAGE, Agathe :

- « Réflexions de droit pénal sur la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel », *RD pén.* n° 3, mars 2005, étude 5.
- « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007- avril 2008) », *RD pén.* n°5, mai 2008, chron. 4.
- « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP. G*, n°12, 22 mars 2010, doct. 335.

LEPAPE, Marie-Clémence, "L'art d'être un "bon" parent : quelques enjeux des nouvelles normes et pratiques éducatives contemporaines", *Cahiers français. Comment va la famille ?*, n°371, 2012, p.36-42.

MALOCHET, Guillaume, « La féminisation des métiers et des professions. Quand la sociologie du travail croise le genre », *Sociologies pratiques*, 1/ N°14, 2007, p. 91-99.

MARTIN, Xavier, « Fonction paternelle et Code Napoléon », *Annales historiques de la Révolution française*, n°305, 1996, p. 465-475.

MERCADER, Patricia, **HOUEL**, Annik et **HELGA**, Sobota, « L'asymétrie des comportements amoureux : violences et passions dans le crime dit passionnel », *Sociétés contemporaines*, n° 55, 2004, p. 91-113.

MERON, Monique, **OKBA**, Mahrez, **VINEY**, Xavier, « Les femmes et les métiers : vingt ans d'évolutions contrastées », *Données sociales. La société française*, INED Références, édition 2006, p. 227-234.

MESTRE, Jacques, « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 33-

MEURIC, Louis et **WARNAN**, Romain, "Les professions entre 1999 et 2007. Plus de femmes dans les métiers plus qualifiés", *Insee Première*, N° 1375, octobre 2001 [En ligne : <http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1376/ip1376.pdf>].

MICHALLET, Bernard, « Résilience : perspective historique, défis théoriques et enjeux cliniques », *Frontières*, vol. n°22, n° 1, 2009-2010, p. 10-18.

MILLARD, Eric, « La problématique des intérêts familiaux en droit public », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse I*, XLIV, 1996, p. 105-115.

MONTEL-DUMONT Olivia (dir.), *Comment va la famille ?*, Paris, Cahiers français, Documentation Française, n°371, 2012.

MOUIAL BASSILANA, Eva, « Le déséquilibre significatif », *J.-Cl.* 2015, fasc. n°730.

MOUYSSSET, Sylvie, « De mémoire, d'action et d'amour : les relations hommes/femmes dans les écrits du for privé français au XVIIIe siècle », *Dix-septième siècle*, n° 244, 2009, p. 393-408.

MÜLLER, Hans Peter, « Société, morale et individualisme. La théorie morale d'Emile Durkheim », trad. Didier Renault, *Trivium*, 2013 (en ligne) : <https://trivium.revues.org/4490>.

MURAT, Pierre, « Les enjeux d'un droit de la filiation. Le droit français et l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Informations sociales*, n°131, 2006, p. 6-21.

PALHORIES, Fortuné, « La morale et la Sociologie », *Revue néo-scolastique de philosophie*, 17^e année, n°68, 1910, p. 510-542.

PAUZE, Robert et **PETITPAS**, Judith, « Evaluation du fonctionnement familial : état des connaissances », *Thérapie familiale*, vol. 34, n°1, 2013, p. 11-37.

PIERRE, Marie, « Qu'est-ce-que la famille ? », in *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, Toulouse, ERES « Enfance et parentalité », 2003.

PIGNARRE, Geneviève, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *Revue des contrats*, n° 1, LGDJ, 2013, p. 251.

POURE, Valérie, « Vers un statut familial de la personne transsexuelle ? », *Recherches familiales*, vol. 1, n° 10, 2013.

PRIOUX, France, « Combien d'enfant ? A quel âge ? L'évolution de la fécondité en France », *Cahiers français. Comment va la famille ?*, n°371, 2012, p. 30-35.

PRIOUX, France, **MAZUY**, Magali et **BARBIERI**, Magali, "L'évolution démographique récente en France : les adultes vivent moins souvent en couple", *Population*, n°3, 2010, p. 421-474

QUÉRÉ, Louis, « Présentation », *Réseaux*, vol. 9, n°50, 1991.

QUINCY-LEFEBVRE, Pascale, « Une autorité sous tutelle. La justice et de le droit de correction des pères sous la Troisième République », *Lien social et Politiques*, n°37, 1997, p. 99-108.

RAULT, Wilfried, "De la rencontre à la vie commune. Quelques changements et continuités dans la formation des couples", *Cahiers français. Comment va la famille ?*, n°371, 2012, p. 17-21.

RICROCH, Layla, « En 25 ans, moins de tâches domestiques pour les femmes. L'écart de situation avec les hommes se réduit », *Regards sur la parité*, INSEE Références, 2012, p. 67-80.

ROMANO, Hélène, « Meurtres sans Moi et figures du néonaticide », in *Violence et Famille. Comprendre pour prévenir*, Paris, Dunod, 2011, p. 345-347.

ROUSSEL, Louis :

- « La cohabitation juvénile en France », *Population*, 33^{ème} année, n°1, 1978, p. 15-42.
- « Génération nouvelles et mariage traditionnel. Enquête auprès des jeunes de 18 à 30 ans : présentation d'un cahier de l'INED », *Population*, 34^{ème} année, n° 1, 1979, p. 159.
- « Le remariage des divorcés », *Population*, 36^e année, n°4-5, 1981, p. 765-790.

SAINTOURENS, Bernard et **EMY**, Philippe, « Nouvelle étape de simplification du droit des sociétés par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 335.

SANCHEZ, Jésus, « La famille, une institution à la limite de la sphère de l'espace public et de l'espace privé », *EMPAN. Malaises dans la famille*, n°47, 2002, p. 95-104.

SAVATIER, René, « Une personne morale : la famille en tant que sujet de droit », *D.* 1939, Chron. XIII, p. 49.

SEGALEN, Martine :

- « La révolution industrielle : du prolétaire au bourgeois », in *Histoire de la famille. Le choc des modernités*, Tome III, Paris, Armand Colin, 1986, p. 487-532.
- « Penser la famille : regards croisés de l'histoire et de la sociologie », *Cahiers français. Comment va la famille ?*, n°371, 2012, p. 2-8.

SEGALEN, Martine et **ZONABEND**, Françoise, « Familles en France », Tome III, in *Histoire de la famille*, Paris, Armand Colin, 1986 (édit. Paris, 9421, 3/1994), p. 643-682.

VANDENDRIESSCHE, Xavier, «Etrangers. Définitions, principes, orientation », *J.-Cl. Adm.* 2012, fasc. n°233-54.

VEDEL, Georges, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Tome II, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse I, 1981, 767-795.

VERNIER, Bernard, « Théorie de l'inceste et construction d'objet. Françoise Héritier, la Grèce antique et les Hittites », *Annales Histoire, Sciences sociales*, 51^{ème} année, n° 1, p. 1996, p. 173-200.

VIMARD, Patrice, "Modernité et pluralité familiales en Afrique de l'Ouest", *Tiers-Monde*, Tome 34/ n° 133, 1993, p. 89-115.

WICKER, Guillaume, « Personne morale », *Rép. civ. Dalloz*, 1998, n° 26 (actualisation 2014).

YILDIRIM, Gulsen et **CHAMOULAUD-TRAPIERS**, Annie, « Communauté légale. Actif des patrimoines », *Rép. civ. Dalloz* 2010, n°295-329.

ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana, « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP éd. G*, 2001. I. 300.

IV.Législations

A. Codes

Code pénal 2015, Lexisnexis, 27^e édition.

Code de procédure pénale 2015, Dalloz, 56^e édition.

Code civil 2015, Dalloz, 114^e édition.

Code de l'action sociale et des Familles 2015, Dalloz, 11^e édition.

Code de procédure civile d'exécution 2016, Lexisnexis, 4^e édition.

Code de la consommation 2015, Lexisnexis, 8^e édition.

B. Textes, documents et rapports

1) Textes

a. Textes à valeur constitutionnelle

Constitution du 4 octobre 1958, *JO* n° 0238 du 5 octobre 1958, p. 9151 [En ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Constitution-du-4-octobre-1958>].

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, *JO* du 28 octobre 1946, p. 9146 [en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946.5077.html>]

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 [En ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>].

b. Lois

Loi du 11 octobre 1940 relative à l'interdiction de recrutement des femmes mariées dans l'administration, *JO* du 27 octobre 1940, p. 5447.

Loi du 23 décembre 1942 tendant à protéger la dignité du foyer loin duquel l'époux est retenu par suite de circonstances de guerre, *JO* du 26 décembre 1942, p. 4209.

Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JO* du 14 juillet 1965, p. 6044.

La loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption, *JO* du 12 juillet 1966, p. 5956.

Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, *JO* du 26 juillet 1966, p. 6402.

Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO* du 5 juin 1970, p. 5227.

Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JO* du 5 janvier 1972, p. 145.

Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *JO* du 18 janvier 1975, p. 00739.

Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, *JO* du 23 juillet 1992, p. 9875.

Loi n°96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale, *JO* du 14 mai 1996, p. 7208.

Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, *JO* du 6 juillet 1996, p. 10208.

Loi n° 98-1165 du 18 décembre 1998, tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire, *JO* du 22 décembre 1998, p. 19348.

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* du 16 juin 2000, p. 9038.

Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption de grossesse et à la contraception, *JO* du 7 juillet 2001, p. 10823.

Loi n° 202-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant, *JO* du 5 mars 2002, texte n°3, p. 4161.

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO* du 19 mars 2003, p. 4761.

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* du 10 mars 2004, p. 4567.

Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JO* du 27 mai 2004, p. 9319.

Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 dite « Léonetti » relative aux droits des malades et à la fin de vie, *JO* du 23 avril 2005, p. 7080.

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, *JO* du 5 avril 2006, p. 5097.

Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JO* du 6 mars 2007, p. 4215.

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, *JO* du 9 février 2010, texte n° 1, p. 2265.

Loi n°2010-1127 du 28 septembre 2010 « *Ciotti* » visant à lutter contre l'absentéisme scolaire, *JO* n°0226 du 29 septembre 2010, p. 17553.

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, *JO* du 10 juillet 2010, p. 12762.

Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI II), *JO* du 15 mars 2011, p. 4582.

Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *JO* du 15 avril 2011, p. 6610.

Loi n°2012-387 du 22 mars 2012 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JO* du 23 mars 2012, p. 5226.

Loi 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, *JO* n°0027 du 1^{er} février 2013, p. 1961.

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* du 18 mai 2013, p. 8253.

Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France (esclavage, travail forcé), *JO* du 6 août 2013, texte n°4, p. 13338.

Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JO* du 12 octobre 2013, p. 16829.

Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JO* du 5 août 2014, p. 12949.

Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JO* du 17 août 2014, p. 13647.

Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte du terrorisme, *JO* du 14 novembre 2014, p. 19162.

Loi n° 2014-896 du 15 août 2015 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JO* du 17 août 2014, p. 13647.

Loi n° 2015-1402 du 5 novembre 2015 tendant à clarifier la procédure de signalement de situations de maltraitements par les professionnels de santé, *JO* du 6 novembre 2015, p. 20706.

Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *JO* du 29 décembre 2015, p. 24268

Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JO* du 3 février 2015, p. 24268.

Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, *JO* du 15 mars 2016, texte n°1.

c. Ordonnances

Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JO* du 6 juillet 2005, p. 11159.

d. Décrets

Décret n° 96-387 du 9 mai 1996, portant création d'un Observatoire interministériel sur les sectes, *JO* du 11 mai 1996, p. 7080.

Décret n° 98-890 du 7 octobre 1998 instituant une mission interministérielle de lutte contre les sectes, *JO* du 9 octobre 1998, p. 15286.

Décret n° 2004-162 du 19 février 2004, relatif au contrôle de la fréquentation et de l'assiduité scolaire et aux sanctions que comportent, au regard du versement des prestations familiales et en matière pénale, les manquements à l'obligation scolaire et du Code pénal, *JO* du 20 février 2004, p. 3446

Décret n°2012-16 du 5 janvier 2012 relatif à l'organisation académique, *JO* du 6 janvier 2012, texte n°34.

e. Circulaires

Circulaire d'application n° CRIM10-3/E8 du 09 février 2010 présentant des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la 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 [En ligne : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2010/02/cir_30443.pdf] Consulté en 2012.

Circulaire CNAF n° 2011-005 du 16 mars 2011, « Suspension ou suppression des allocations familiales sur demande de l'inspecteur d'académie en cas d'absentéisme scolaire » adressée par la Direction de politiques familiales et sociales.

2) Propositions et projets de lois

Sénat, *Proposition de loi n° 301*, relative au droit de vivre sa mort, de CAILLAVET Henri, enregistrée à la Présidence du Sénat le 6 avril 1978.

Sénat, *Proposition de loi n°215*, relative au droit de mourir dans la dignité, de P. Biarnes, enregistrée à la Présidence du Sénat le 13 février 1997.

Sénat, *Proposition de loi n°166*, relative au droit de mourir dans la dignité, de P. Biarnes, enregistrée à la Présidence du Sénat le 26 janvier 1999.

Assemblée Nationale, *Proposition de loi n°3189*, relative à la réforme du divorce, de COLCOMBET François, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 juin 2001.

Assemblée nationale, *Proposition de loi n° 1896*, visant à ériger l'inceste en infraction spécifique, de ESTROSI Christian, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 2004.

Assemblée nationale, *Proposition de loi n° 1538*, visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes, de FORT Marie-Louise, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 mars 2009, exposé des motifs.

Assemblée nationale, *Projet de loi n° 736*, portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application de l'Union européenne et engagements internationaux de la France, du Garde des Sceaux, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 février 2013, exposé des motifs.

Sénat, *Proposition de loi n° 501*, visant à créer un délit de polygamie, d'incitation à la polygamie, avec circonstance aggravantes pour fraude aux aides sociales, de Nicolas About, enregistrée à la Présidence du Sénat le 26 mai 2010.

Sénat, *Proposition de loi n°368* modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, enregistrée à la Présidence du Sénat le 13 février 2014.

Sénat, *Proposition de loi n°799*, relative à l'autorité parentale, de DINI Muguette et de MEUNIER Michelle, enregistrée à la Présidence du Sénat le 11 septembre 2014.

3) Conventions internationales

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 [En ligne : http://www.unesco.org/education/nfsunesco/doc/droits_homme.htm].

Convention de sauvegarde des droits de l'Homme du 4 novembre 1950 [En ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/005.htm>]

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 [En ligne : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=24].

Convention Internationale des Droits de l'Enfant, signée à New York, le 26 janvier 1990, décret n° 90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, *JO* du 12 octobre 1990, p. 12363.

Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht, 7 février 1992 (entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1993), *JOCE* du 29 juillet 1992, p. 1.

Charte sociale européenne signée à Strasbourg, 3 mai 1996 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999), STCE n°163 [En ligne : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cf94>].

Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, 2 octobre 1997 (entrée en vigueur le 1^{er} mai 1999), *JOCE* du 10 novembre 1997, p. 1.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne modifié par le Traité de Lisbonne, signé à Lisbonne, 13 décembre 2007 (entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009), *JOUE* du 30 mars 2010, p. 47.

Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et à la violence domestique signée à Istanbul le 11 mai 2011 (Convention d'Istanbul) [En ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/210.htm>].

4) Rapports et documents officiels

BOUCHOUX, Corinne, **COHEN**, Laurence, **COURTEAU**, Roland et **JOUANNO**, Chantal, *L'évaluation des dispositifs de lutte contre les violences au sein des couples*, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, Sénat, 29 février 2016 (en ligne) disponible sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/r15-425/r15-4251.pdf>.

BRANGER, Jean-Guy, Propositions de lois n° 62 (2004-2005) tendant à lutter contre les violences à l'égard des femmes et notamment au sein des couples par un dispositif global de prévention, d'aide aux victimes et de répression et n° 95 (2004-2005) relative à la lutte contre les violences au sein des couples, Rapport d'information n° 229, Sénat, 9 mars 2005.

CARESCHE, Christophe et **PANDRAUD**, Robert, *Sur la création d'un Observatoire de la délinquance*, La Documentation Française, Coll. des Rapports officiels, Janvier 2002 (en ligne) : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/024000053.pdf>].

CARLE, Jean-Claude, *Obligation de scolarité et contrôle de l'obligation scolaire*, Rapport n°504 (1997-1998) au nom de la commission des affaires culturelles, Sénat, 17 juin 1998, (en ligne) : http://www.senat.fr/rap/197-504/197-504_mono.html.

COULON, Jean-Marie, *La dépénalisation de la vie des affaires*, Paris, la Documentation française, coll. Des Rapports officiels, février 2008 (en ligne), disponible sur le site de la Documentation française : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000090/0000.pdf>] Consulté le 4 février 2015.

CROZON, Pascale, *Les violences faites aux femmes*, Rapport d'information n°3514 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, Assemblée nationale, 17 février 2016.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise (dir.), *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, Paris, Documentation française, septembre 1999.

DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRACES, *Les violences au sein du couple*, Guide méthodologique de l'action publique, novembre 2011.

DIRECTION DE L'EVALUATION DE LA PROSPECTIVE DE LA PERFORMANCE (DEPP), *L'absentéisme des élèves continue à être élevé dans une partie des lycées professionnels*, Rapport d'information n°5, février 2015.

DIVISION DES ETUDES DE LEGISLATION COMPAREE DU SERVICE DES AFFAIRES EUROPEENNES, *La répression de l'inceste*, Rapport d'étude de législation comparée, n°102, 1^{er} février 2002 (en ligne), disponible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/lc/lc102/lc102.pdf>.

DINI, Muguette et **MEUNIER**, Michelle, *La protection de l'enfance : améliorer le dispositif dans l'intérêt de l'enfant*, Rapport d'information n° 655 fait au nom de la commission des affaires sociales (2013-2014), 25 juin 2014 (en ligne), disponible sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/r13-655/r13-6551.pdf>.

ECOLE D'ECONOMIE DE PARIS (PSE), *Quels effets attendre d'une politique d'implication des parents d'élèves dans les collèges ?*. Les enseignements d'une expérimentation contrôlée, Rapport au Haut commissaire à la Jeunesse, 11 janvier 2010.

FORT, Marie-Louise, *Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes*, Rapport n°1601 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, Avril 2009.

GÉLARD, Patrice, *Proposition de loi portant réforme du divorce*, Rapport d'information n° 252 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale (2001-2002), 20 février 2002 (en ligne), disponible sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/l01-252/l01-2521.pdf>.

GÉLARD, Patrice, *Projet de loi relatif au divorce*, Rapport n° 120 fait au nom de la commission de Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif au divorce (2003-2004), 17 décembre 2003 (en ligne) disponible sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/rap/I03-120/I03-1201.pdf>.

HAENEL, Hubert, *Le classement sans suite. Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée*, Rapport d'information n°513 au nom de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, Sénat, 18 juin 1998 (en ligne) disponible sur le site du Sénat : https://www.senat.fr/rap/r97-513/r97-513_mono.html#toc0.

JOLIBOIS, Charles, *Projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes*, Rapport n° 295 (1990-1991), fait au nom de la commission des lois, 18 avril 1991.

LE HOUEROU, Annie, *Proposition de loi relative à la protection du mineur*, Rapport n°3216 au nom de la commission des affaires sociales, Assemblée nationale, 10 novembre 2015 (en ligne) : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r3216.asp>.

LEONETTI, Jean, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Rapport fait au Premier ministre, octobre 2009 (en ligne) : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000484.pdf>.

LEROY, Patrick, *La proposition de loi tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire*, Rapport n° 1250 au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Assemblée nationale, 1998 (en ligne) : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r1250.asp>.

MINISTÈRE DES AFFAIRES SOCIALES, de la santé et des droits des femmes, *Feuille de route pour la protection de l'enfance*, juin 2015, p. 5 (en ligne) : http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/feuille_de_route_protection_enfance_2015-2017-3.pdf.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Un nouvel outil pour protéger les femmes victimes de violence. Le téléphone de grave danger doit permettre d'empêcher le passage à l'acte, entretien avec Nathalie Riomet, magistrat chef du service chargé notamment de l'aide aux victimes*, 16 septembre 2014 (en ligne) : <http://www.justice.gouv.fr/aide-aux-victimes-10044/un-nouvel-outil-pour-protger-les-femmes-victimes-de-violence-27491.html>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Le téléphone portable «Très grand danger » a fait ses preuves*, 16 septembre 2014 (en ligne) : <http://www.justice.gouv.fr/aide-aux-victimes-10044/le-telephone-portable-tres-grand-danger-a-fait-ses-preuves-27492.html>.

MINISTÈRE DES DROITS DES FEMMES, *Plan interministériel de prévention de lutte contre les violences faites aux femmes*, 4^e, 2014-2016, p. 19 (en ligne) consultable sur le site du Ministère de l'Intérieur : <http://www.interieur.gouv.fr/SG-CIPDR/Strategie-nationale/Programme-d-actions-pour-ameliorer-la-prevention-des-violences-faites-aux-femmes/Lutte-contre-les-violences-a-l-encontre-des-femmes-une-priorite>.

MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA COHÉSION SOCIALE, Plan interministériel de lutte contre les violences faites aux femmes, 2011-2013, p. 16 (en ligne) consultable sur le site du Ministère de l'intérieur : <http://www.interieur.gouv.fr/SG-CIPDR/Strategie-nationale/Programme-d-actions-pour-ameliorer-la-prevention-des-violences-faites-aux-femmes/Lutte-contre-les-violences-a-l-encontre-des-femmes-une-priorite>.

NEUWIRTH, Lucien et **THOME PATENOTRE**, Jacqueline, Propositions de loi tendant à modifier des articles 3 et 4 de la loi du 31 juillet 1929, concernant la prophylaxie anticonceptionnelle, Rapport n° 328 au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Assemblée Nationale, 15 juin 1967 (en ligne) : http://www.assembleenationale.fr/histoire/1967_legalisation_pilule/rapport_328.pdf.

OBSERVATOIRE INTERMINISTERIEL SUR LES SECTES, *Rapport annuel 1997*, Paris, La Documentation française, 1998.

OBSERVATOIRE DES VIOLENCES ENVERS LES FEMMES DU CONSEIL GENERAL DE LA SEINE-SAINT-DENIS, *Contre les violences faites aux femmes : mieux protéger, c'est possible !*, Protocole pour la mise en œuvre de l'ordonnance de protection, 9 juillet 2010, p. 9 (en ligne) disponible sur le site du Ministère de la Justice : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/protocole_OP_professionnel_2011.pdf.

PEYREFITTE, Alain et **Comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance**, *Réponses à la violence*, Rapport à M. le Président de la République, La Documentation Française, Juillet 1977.

PILLET, François, *Proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes*, Rapport n° 564 (2009-2010) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, 17 juin 2010.

PONCELA, Pierrette et **LASCOUMES**, Pierre, *Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du code pénal de 1992*, Recherche pour la Convention de recherches n° RE 9522 de la Mission de Recherche « Droit et Justice », Ministère de la Justice, Juin 1998.

RASSAT, Michèle-Laure, *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, Rapport remis au Garde des sceaux, Ministère de la Justice, janvier 1997 [En ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974035000.pdf>].

SICARD, Didier, *Penser solidairement la fin de vie*, Rapport au Président de la République, Documentation française, décembre 2012 [En ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000675.pdf>].

VERSINI, Dominique, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, Rapport

annuel du Défenseur des enfants, 2006 (en ligne) : http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/dde_ra_2006.pdf.

5) Avis

ASSEMBLÉE NATIONALE, Avis n° 2743 sur les articles 11, 12, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 21 bis et 22 de la proposition de loi n° 2652 rectifiée, adoptée par le Sénat relative à la protection de l'enfant, fait par M. Chapdelaine, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, 5 mai 2015.

Avis de la commission nationale consultative des droits de l'homme (cncdh) du 26 mai 2016 sur les violences contre les femmes et les féminicides, *JO* du 7 juin 2016.

Avis n° 63 du comité consultatif national d'éthique, « Fin de vie, arrêt de vie, euthanasie », 27 janvier 2000.

HAUT CONSEIL À L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES (HCEFH), Contribution au débat sur l'accès à la PMA, Avis n° 2015-07-01-SAN-17, 26 mai 2015, recommandation n°1 [En ligne : http://haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce_avis_no2015-07-01-san-17.pdf].

6) Réponse ministérielle

GARDE DES SCEAUX, Rép. min. n° 43854, *JOAN Q* du 10 mars 1997, p. 1230 [En ligne : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q10/10-43854QE.htm>].

V. Jurisprudence

1) Jurisprudences relatives à la technique de personnalité morale

- Cass. civ., 18 avr. 1860, *DP*. 60.1.185, note M. Massé.
- Cass. req., 23 février 1891, *D.P.* 1891. I. 337.
- Cass. civ. 2^{ème}, 28 janvier 1954, pourvoi n° 54-07.81, Bull. civ. n° 32, *D.* 1959.217, G. Levasseur.
- Crim., 17 juin 1954, pourvoi n° 63-91270, Bull. crim. n° 224.
- Cass. crim., 10 mai 1977, pourvoi n°75-92. 381, Bull. crim. n° 167.
- Cass. crim., 3 septembre 1992, pourvoi n° 91-86. 591, Bull. crim. n°281.

2) Jurisprudences relatives à l'intérêt de l'enfant, au devoir de garde et à l'autorité parentale

a. Conseil constitutionnel

- Cons. const., décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, L. ouvrant mariage aux couples de personnes de même sexe, consid. 53-54 .

b. Cour de cassation

- Cass. crim. 11 juillet 1994, n° 93-81. 881, *JCP* 1995. II. 22441, note F. Eudier.
- Cass. crim, 29 janvier 1992, pourvoi n° 91-87.748, inédit
- Cass. crim., 3 septembre 1992, pourvoi n° 92-83. 319, inédit.
- Cass. crim., 8 juin 1999, pourvoi n° 94-81.376, *Bull. crim.* n° 226.
- Cass. Crim., 4 février 2004, *pourvoi n° 03-82.845*, *JCP éd. G* 2004.IV.1657 (appréciation *in-concreto* de l'autorité de fait).
- Cass. Civ. 2^{ème}, 5 février 2004, *Bull. civ.* I, n°50.
- Cass. Crim., 8 février 2005, *Bull. crim.*, n° 44, *JCP* 2005. II.10049.
- Cass. Crim, 1^{er} février 2006, *JCP* 2006. IV. 3324.
- Cass. Crim., 3 septembre 2008, *pourvoi n° 08-84.092* (autorité de fait même momentanée).

c. Cour d'appel

- Grenoble, 15 décembre 1977, *Dr. Fam.* 1998, n°38.
- Pau, 12 décembre 1995, *Defrénois* 1997, p. 996, obs. J. Massip.
- Douai, ch. 9, 13 avril 2007, n°06/03596.
- Montpellier, ch. corr. 3^{ème}, 29 avril 2008, n° 07/01622.

d. Tribunal correctionnel

- T. corr. Clamecy, 10 juillet 1946, *D.* 1946. 412.
- TGI Besançon, 6 janvier 2000, *D.* 2000, IR, 88.

3) Jurisprudences relatives aux provocations à commettre des actes délictueux

- Pau, ch. corr. 1, 27 mars 1996, n° 239-96.
- Papeete, ch. corr., 16 octobre 1997, n° 05/6509, Inédit.

4) Jurisprudences relatives aux agressions et atteintes sexuelles

a. Cour de cassation

- Cass. crim., 7 février 1957, Bull. crim. n° 126.
- Cass. crim., 24 juin 1987, pourvoi n° 86-96712, Bull. crim. n° 265
- Cass. crim. 27 avril 1994, pourvoi n° 94-80. 547, Bull. crim. n°157.
- Cass. crim. 25 octobre 1994, pourvoi 94-83726, Inédit.
- Cass. crim. 26 septembre 1994, pourvoi n° 94-83.277, Inédit.
- Cass. crim. 8 février 1995, pourvoi n° 94-85468, Inédit.
- Cass. crim., 14 juin 1995, pourvoi n° 94-85.119, *Dr. pén.* 1995, comm. 222, note M. Véron.
- Cass. crim., 6 décembre 1995, pourvoi n° 95-84881, Bull. crim. n° 372
- Cass. crim., 27 novembre 1996, pourvoi n° 96-83.954
- Cass. crim., 16 décembre 1997, pourvoi n° 97-85455, Bull. crim. n° 429.
- Cass. Crim. 21 octobre 1998, *pourvoi n° 98-82. 843*, Bull. crim. n° 274, *D.* 1999, 75, note Y. Mayaud ; *JCP éd. G* 1998, II, 10215, note D. Dreyer.
- Cass. crim. 10 mai 2001, pourvoi n° 00-87.659, Bull. crim. 116, *Dr. pén.* 2001, comm. 110, note M. Véron.
- Cass. crim., 22 août 2001, pourvoi n° 01-84.024, Bull. crim. n° 169.
- Cass. crim., 7 décembre 2005, pourvoi n°05-81.316, *RPDP.* 2006, n°1. 152, obs. V. Malabat ; *Dr. pén.* 2006, comm. 31, note M. Véron ; *RSC* 2006. 316, obs. Y. Mayaud.
- Cass. crim., 21 février 2007, pourvoi n°06.88-735, Bull. crim. n°55.
- Cass. crim., 8 janvier 2013, pourvoi n° 12-86.715, Inédit.

b. Cour d'appel

- Nîmes, ch. acc., 9 décembre 1983, *JCP. éd. G.* 1985. II. 20482, note F.-J. Pansier.
- Pau, 20 décembre 2000, req. n° 000/00464
- Grenoble, 31 mai 2001, req. n° 99/01935.

5) Jurisprudences relatives aux violences psychologiques et par intimidation

a. Cour de cassation

- Cass. crim. 22 octobre 1936, *Bull. crim.* n° 97.
- Cass. crim., 16 février 1938, *Gaz. Pal.* 1938. I. 750
- Cass. crim. 18 mars 2008, pourvoi n° 07-86. 075, *RSC* 2008. 587, obs. Y. Mayaud.
- Cass. crim. 30 septembre 2009, pourvoi n° 09-80373, Bull. crim. n° 162 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 147, obs. M. Véron.
- Cass. crim., 2 septembre 2005, Bull. crim. n° 212 ; *D.* 2005. Pan. 2989, obs. T. Garé et G. Roujou de Boubée
- Cass. crim. 6 décembre 2011, pourvoi n° 10-82266, Bull. crim. n° 249 ; *RSC.* 2012. 138, obs. Y. Mayaud.

b. Cour d'appel

- Toulouse, 3^e ch., 26 juin 2003, *D.* 2003. 2728.

- Aix-en-Provence, 7 novembre 2006, *JCP G* 2007. IV. 1494.
- Amiens, 1^{er} décembre 2010, n° 09/03195.
- Paris, 4 décembre 2014, n° 13/04636.

6) Jurisprudences relatives à l'euthanasie

a. Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 29 avril 2002, « *Pretty contre Royaume-Uni* », req. n°73316/01 ; *RSC* 2002. 645 note F. Massias.

b. Cour de cassation

- Cass. crim., 3 janvier 1973, « *Gatineau* », pourvoi n° 17-91.820, *Bull. crim.* n° 2.

c. Cour d'assises

- Assises Liège, 5 novembre 1962 : J. Paulus et J. Rozet, *Le procès de la Thalomidie*, Ed. Gallimard, Coll. Témoignages, 1963.
- C. assises Maine-et-Loire, 14 juillet 2006, inédit.
- C. assises Yvelines, 15 décembre 2008, inédit .
- C. assises Ile-et-Vilaine, 15 septembre 2015, inédit : P. Robert-Diard, « Le procès d'une mère entre détresse et toute-puissance », *Le Monde*, 15 septembre 2015.

7) Jurisprudences relatives à la bigamie

a. Conseil Constitutionnel

- Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

b. Cour de cassation

- Cass. crim, 16 janvier 1826, *S.* 1827. 1. 260
- Cass. crim. 13 avril 1867, *D.* 1867.1.353.
- Cass. crim., 14 février 1929, *DH* 1929. 252.
- Cass. crim, 18 février 1942, *Bull. crim.* n° 11, *D.* 1942. 83.
- Cass. civ., 22 janvier 1951, époux Weiller, *Rev. crit. DIP* 1951. 167, note P. Francescakis.
- Cass. crim., 5 février 1963, *Bull. crim.*, n°65.
- Cass. civ, 1^{ère}, 15 juin 1982, pourvoi n° 81-12. 611.
- Cass. soc., 25 mars 2003, *Bull. civ.* V n°115, *RTD civ.* 2003. 483, obs. J. Hauser.

- Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n°10-25.285, *D.* 2012.258, note G. Raoul-Cormeil.
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, n°12-26.041, *D.* 2014. 563, note C. Capitaine et I. Darret-Courgeon.
- Cass. civ. 2, 9 octobre 2014, pourvoi n° 13-22.499 (versement d'une pension de réversion à la seconde épouse : oui).
- Cass. civ. 2^{ème}, 12 février 2015, pourvoi n° 13-19751, Inédit.

c. Conseil d'État

- CE, 11 juillet 1980, *Montcho*, *Rev. Crit. DIP* 1981. 658, note. M. Bischoff.
- CE, 16 avril 2010, *M. Dieng*, requête n° 318726.

d. Cour d'appel

- Paris, 7 juillet 1959, *Rev. crit. DIP* 1960. 354, note Y. Loussouarn.
- Aix- en-Provence, 21 janvier 1981, *Rev. crit. DIP* 1982. 297, note G. Légier
- Versailles, 27 mai 1999, *D.* 1999. 374, obs. J.-J. Lemouland.
- Grenoble, 23 janvier 2001, *Dr. Fam.* 2002, n°54, obs. H. Lécuyer.
- Toulouse, 27 juin 2002, *Dr. fam.* 2003, n° 1, comm. 6.

e. Tribunal de grande instance

- TGI Seine, 26 octobre 1959, *Spira c/ Reichenfeld*, *Rev. crit. DIP* 1960.354, note Y. Loussouarn.
- TGI Seine, 23 mai 1960, *Defeins c/ Tahoum*, *D.* 1960. 714, note P. Malaurie.

8) Jurisprudences relatives au mariage fictif

a. Cour de cassation

- Cass. civ. 1^{ère}, 17 avril 1953, *Rivière*, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note Batiffol.
- Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 1963, *Appietto*, *Bull. civ.* n°506 ; *JCP.* 1964. II. 13498, note J. Mazeaud.
- Cass. civ.1, 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 09-71.992, *D. actualité*, n°15, 2011, note J. Burda (mariage contracté en France entre un ressortissant français et une ressortissante marocaine dont la réelle volonté matrimoniale est remise en cause).

b. Conseil d'État

- CE, 9 octobre 1992, Avis, n° 137342, *D.* 1993. 251, notes D. Maillard Desgrées du Loû.

c. Cour d'appel

- Paris, 30 janvier 2003, n° 2001/21751, *AJ. Fam.* 2003.187 (mariage fictif visant à l'obtention de la carte de résident).
- Paris, 16 septembre 2004, n°2003/09409, *AJ. Fam.* 2004. 460, note F. Chénéde (mariage fictif visant à l'obtention de la nationalité française).
- Paris, 15 janvier 2004, *Dr. Fam.* n°6, comm. 93, note V. Larribeau Terneyre.

9) Jurisprudences relatives au mariage forcé

a. Cour européenne des droits de l'Homme

- CEDH, 26 juillet 2005, « *Siladin c/ France* », req. n° 73316/01.
- CEDH, 11 octobre 2012, « *C.N. et V. c/ France* », req. n° 67724/09 (absence de protection effective et concrète des victimes de servitude, d'esclavage et de travail forcé, par le droit français).

b. Cour de Justice de l'Union Européenne

- CJCE¹⁹²³, 14 décembre 1995, « *Banchero* », aff. C-387/93, Rec. I. 4663.

c. Cour de cassation

- Cass., civ. 1^{ère}, 6 novembre 1970, pourvoi n° 69-11665, *JCP* 1971. II. 16942, note Ghestin (manœuvres dolosives).

d. Cour d'appel

- Colmar, 28 avril 2005, *Dr. Fam.* 2006, n°1, comm. 1, note V. Larribau-Terneyre.

10) Jurisprudence relative à la dénonciation calomnieuse

- Cass. crim., 17 février 2009, pourvoi n° 08-85308, Inédit ; *Dr. pén.* 2009, comm. 76, obs. M. Véron.

¹⁹²³ Ancienne appellation de la Cour de Justice de l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne du 1^{er} décembre 2007.

- Cass. crim., 25 mars 2003, pourvoi, Bull. crim. n° 75 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 84, obs. M. Véron.

11) Jurisprudence relative aux missions du Procureur de la République

- CEDH, 1^{er} octobre, « *Piersack c/ Belgique* », req. n° 8692/79

12) Jurisprudences relatives à l'ancien délit d'adultère

a. Cour de cassation

- Cass. ch. conseil, 27 juillet 1937, Métenier, D.P. 1938.1.5, note R. Savatier
- Cass. civ. 2, 13 décembre 1961, Bull. n° 861
- cass. civ. 1, 16 janvier 1962, Bulletin n° 3
- Cass. crim., 14 mars 1967, pourvoi n° 66-91.134, Bull. crim. n° 100
- Cass. crim., 21 octobre 1969, pourvoi n° 68-93.558, Bull. crim. n° 257
- Ch. mixte, 27 févr. 1970, *Dangereux*, pourvoi n° 68-10.276, *D.* 1970, chron. n° 145, obs. N. Gomaa.
- Cass. Crim. 19 juin 1975, pourvoi n° 74-92.363, Bull. Crim. 161, *Gaz. Pal.* 1975.2. 566.
- Cass. civ. 1, 3 février 1999, pourvoi n°96-11.946, Bull. civ. I, n°43, *D.* 1999, somm. 377, obs. J.-J. Lemouland ; *D.*1999. 267, obs. X. Savatier.
- Cass. Ass. Plén., 29 octobre 2004, pourvoi n°03-11.238, Bull. ass. Plén. N°12, *JCP* 2005.II.10011 note F. Chabas ; *AJ. Fam.* 2005. 234, note F. Chénéde.

b. Cour d'appel

- Riom, 9 novembre 1978, *JCP* 1979. II. 19017, note G. Almairac.

c. Tribunal de grande instance

- T. corr. Paimboeuf, 11 mai 1942, *JCP* 1942. 1920.
- TGI Belfort, 25 juillet 1995, *JCP* 1996.II.22724, note C. Paulin.

13) Jurisprudences en rapport avec l'hétéronomie du droit pénal

- Cass. crim. 7 juin 1945, *RSC.* 1952. 347, obs. R. Vouin.
- Cass. crim. 9 février 1972, pourvoi n° 71-91.349, bull. crim. n°54.
- Cass. crim. 10 janvier 2001, Bull. crim. n° 2, *RSC.* 2001. 577, Y. Mayaud
- Cass. crim. 1^{er} septembre 2004, pourvoi n° 04-80.362, Bull. crim. n°190
- Cass. crim. 28 octobre 2009, pourvoi n°09-84.484, inédit.
- Cass. crim., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-83.093, Inédit.

- Cass. crim. 3 février 2016, pourvoi n°14-86.325, inédit.

14) Jurisprudences relatives aux violences volontaires intrafamiliales

a. Cour suprême (Canada)

- Cour suprême, 5 mars 1990, R. c/ Lavallee; RCS. 852 (en ligne) : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/599/index.do>

b. Cour de cassation

- Cass. crim. 29 novembre 1972, *Gaz. Pal.* 1973. I. 109.
- Cass. crim., 19 avril 1972, Bull. crim. n° 131, *RSC* 1973.187, obs. G. Levasseur.

c. Conseil d'État

- CE, 18 décembre 2013, «*Société Ogif*», req. n° 363126 (la procédure d'expulsion).

d. Cour d'appel

- Toulouse, 3^{ème} ch., 8 septembre 2008, n°07/00566, *Dr. pén.* 2009, comm. 17, obs. M. Véron.

15) Jurisprudences relatives au viol entre époux

- Cass. crim., 21 novembre 1839, *S.* 1839. 1. 317, concl. A. Dupin.
- Cass. crim., 19 mars 1910, *Bull. crim.* n° 153.
- Cass. crim., 17 juillet 1984, *Bull. crim.* n° 260, *D.* 1984. 7, note D. Mayer ; *RSC* 1985. 82, obs. G. Levasseur.
- Cass. crim., 5 septembre 1990, n° 90-83.786, *RSC* 1991.348, note G. Levasseur.
- Cass. crim., 11 juin 1992, n°91-86.346, *Bull. crim.* n° 232.

16) Jurisprudences relatives à l'inceste

a. Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 12 avril 2012, «*Stübing c. Allemagne*», req. n°43547/08.

b. Conseil Constitutionnel

- Cons. Const. Décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, « Loi 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 », *JO* du 17 septembre 2011, p. 15600.
- Cons. const., décision n° 2012-222 QPC du 17 février 2012, *JO* du 18 février 2012, p. 2846.

c. Cour de cassation

- Cass. Crim., 12 octobre 2011, n°10-88-885.
- Cass. Crim. 12 octobre 2011, n° 10-82.842.
- Cass. Crim., 12 octobre 2011, n°10-84.992.

d. Cour d'appel

- Douai, Ch. des appels correctionnels, 9^e, 21 mars 2007, RG n° 06/03302.

17) Jurisprudence relative à l'obligation de scolarité

- Toulouse, 19 juin 2003, JurisData n° 2003-220457 ; *JCl pén.* 2009, fasc. 20, Pédrón ; *Dr. fam.* 2003, comm. 136, obs. Lamy.

18) Jurisprudences relatives aux immunités familiales

- Cass. crim., 3 mars 1959, *Gaz. Pal.* 1959. I. 272.
- Cass. crim., 2 juin 2015, n° 14-85.130 ; *D.* 201, p. 1209, note S. Fucuni.
- Cass. crim., 21 février 2006, n° 05-84.015, *D.* 2006, p. 2430.

19) Jurisprudences en rapport avec les fonctions de la peine

- Toulouse, 3^e ch., 12 octobre 2009, n° 09/00168.
- Amiens, crim., 4 juin 2015, n° 14/02610.
- Chambéry, 18 novembre 2010, n° 10/0016.
- Montpellier, 3^e ch., 5 mars 2009, n° 08/01437.

20) Jurisprudences relatives à la vie privée et familiale et au regroupement familial

a. Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 13 juin 1979, « *Marckx c/ Belgique* », req. n° 6833/74.

- CEDH, 7 décembre 1987, *Benny Jonsson c/ Suède*, req. n° 12495/86.
- CEDH, 25 mars 1992, *Botella. c/ France*, req. n° 13343/87, *D.* 1993. 101, note J.-P. Marguénaud.
- CEDH, 19 février 1996, *Gül c/ Suisse*, req. n° 23218/94.
- CEDH, 24 avril 1996, *Boughanemi c/ France*, req. n° 22070/93
- CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, req. n° 31-32/1997/815
- CEDH, 23 mars 1999, « *Chabane Rahmouni c/ France* », req. n° 41721/98.
- CEDH, 5 octobre 2000, « *Maaouia c/ France* », req. n° 39652/98.
- CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97.
- CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, *D.* 2003. 525, obs. J.-F. Renucci.
- CEDH, 22 janvier 2008, *Emmanuelle B. c/ France*, req. n° 43546/02.
- CEDH, 30 novembre 2010, *P. V. c/ Espagne*, req. n° 35159/09.
- CEDH, Gr. Ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, req. n° 37359/09, *RTD. civ.* 2014. 831, obs. J.-P. Marguénaud.

b. Commission européenne des droits de l'homme

- Comm. EDH, 6 janvier 1992, *A. et A. c/ Pays-Bas*, req. n° 14501/89.

c. Conseil constitutionnel

- Cons. Const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, *JO* du 18 juillet 1971, p. 7114.
- Cons. const., décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, Loi complémentaire de la loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 relative à la liberté d'enseignement, *JO* du 25 novembre 1977, p. 5530.
- Cons. const., décision n° 93-325 DC du 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, *JO* du 18 août 1993, p. 11722.
- Cons. Const., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, *JO* du 16 novembre 1999, p. 16962.
- Cons. const., décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et des maladies professionnelles, *JO* du 1^{er} décembre 2001, p. 145.
- Cons. const., décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D et Isabelle B*, *JO* du 7 octobre 2010, p. 18154.
- Cons. const., décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *L. ouvrant mariage aux couples de personnes de même sexe*, *JO* du 18 mai 2013, p. 8281.

d. Conseil d'État

- CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, req. n° 80232, *Lebon* p. 406, concl. Grévisse ; *JCP* 1975. II. 17957, note Saint-Jours.
- CE, 16 janvier 1976, *Dreyfus*, *Lebon*, p. 46.
- CE, Ass. 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT et CGT*, *Lebon* p. 493 ; *GAJA*, 20^{ème} éd. 2015, n° 83.
- CE, Ass., 18 janvier 1980, *Bargain*, req. n° 14397, *Lebon* p. 29.
- CE, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, *Lebon*, p. 820 ; *JCP éd. G* 1981. II. 19613, note B. Pacteau.
- CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n° 108243, *Lebon*, p. 190, concl. P. Frydman.
- CE Sect., 10 avril 1992, *Marzini*, req. n°120573, *Lebon*, p. 154.
- CE Sect., 10 avril 1992, *Aykan*, req. n° 76945, *Lebon*, p. 152.
- CE, 22 mai 1992, *Mme Larachi*, req. n°99475, *Lebon*, p. 203.
- CE, 10 novembre 1995, *Préfet Yvelines c/ Saadia El A.*, req. n°143275.
- CE, 30 octobre 2001, *Ministère intérieur c/ Nahiba*, req. n° 238211.
- CE, 24 octobre 2001, *Préfet de police c/ Latifa H*, req. 230392.
- CE, 14 novembre 2001, *Jean Mobie*, req. n° 231216.
- CE, 6 juin 2003, *Préfet de police c/ Luvangu K.*, req. n°249178.
- CE, 28 janvier 2004, *Krikpe Séverin*, req. n° 256086.
- CE, 27 juin 2005, *Mohammed A*, req. n° 272707.

e. Cour de cassation

- Cass. civ. 1^{ère}, 17 juillet 1979, pourvoi n° 78-10.706.
- Cass. crim., 24 janvier 1995, *Dr. pén.* 1995, comm. 118, obs. M. Véron.
- Cass. crim., 21 octobre 1998, *Bull. crim.* n° 264, *Dr. pén.* 1999, comm. 18, obs. M. Véron.
- Cass. civ. 1, 18 mai 2005, pourvoi n°02-16. 336, *Bull. civ.* n° 211.
- Cass., Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11. 900, *Bull. A.P.* n° 13.

f. Cour d'appel

- CA Nîmes, 7 juin 2000, *Dr. fam.* 2001. 4, obs. H. Lécuyer ; *RTD. civ.* 2001. 335, J. Hauser.
- CA Rennes, 16 octobre 2012, RG n° 11/08743, *RTD civ.* 2013. 85, obs. J. Hauser.

g. Tribunal de grande instance

- TGI Brest, 15 décembre 2011, *RTD civ.* 2012. 502 ; *AJ fam.* 2012. 349, obs. B. de Boysson.

21) Jurisprudences relatives au délaissement de mineur

a. Cour de cassation

- Cass. crim., 31 mai 1949, *RSC* 1949.746, obs. L. Huguency.
- Cass. crim., 29 juin 1976, pourvoi n° 76-90.604, *Bull. crim.* n°233.
- Cass. crim., 1^{er} février 1989, pourvoi n° 88. 83-984, *Bull. crim.* n°42, *RSC* 1989.739 obs. Levasseur.
- Cass. crim. 2 mars 1989, pourvoi n° 88-81. 764, Inédit.
- Cass. crim., 30 octobre 1990, *Dr. pén.* 1991, comm. 39, obs. M. Véron.
- Cass. crim., 23 février 2000, pourvoi n° 99-82. 817, *D.* 2000. 106 ; *RSC* 2000. 609, obs. Y. Mayaud.
- Cass. crim., 13 novembre 2007, pourvoi n° 07-83. 621, *RSC* 2008. 342, obs. Y. Mayaud.
- Cass. crim., 9 octobre 2012, pourvoi n° 12-80. 412, *AJ pén.* 2013. 39, note J. Lasserre Capdeville.

b. Cour d'appel

- Poitiers, 20 novembre 1901, *D.* 1902. II. 81.
- Lyon, 28 mars 1970, *RSC* 1997. 636, obs. Y. Mayaud.
- Dijon, ch. corr., 17 juin 1998, n° 98/342.
- Douai, ch. corr. 4^{ème}, 2 mai 2007, n° 06/02901.
- Caen, ch. des appels correctionnels, 10 juin 2011, n°10/01408

c. Tribunal correctionnel

- T. corr. Poitiers, 11 octobre 1901, *D.* 1902. II. 81.

22) Jurisprudences relatives à la séquestration

- Cass. crim. 12 octobre 1977, pourvoi n° 77-91.233, *Bull. crim.* n°302.
- Cass. crim., 23 mars 1983, pourvoi n° 82-93. 648, *Bull. crim.* n° 92.
- Cass. crim., 23 décembre 1986, pourvoi n° 85-96-630, *Bull. crim.* n° 384.
- Cass. crim., 30 juin 1987, pourvoi n° 86-95. 980, *Bull. crim.* n° 273 ; *RSC* 1988. 303, obs. G. Levasseur.
- Cass. crim., 3 mars 1999, pourvoi n° 98-82.142, Inédit.
- Cass. crim., 20 octobre 1999, pourvoi n° 98-87. 415, Inédit.
- Cass. crim., 2 mai 2001, pourvoi n° 01-81.338, Inédit.
- Cass. crim., 6 août 2014, pourvoi n° 14-83.538, Inédit.

23) Jurisprudences relatives à la contrainte morale

- Dijon, 19 décembre 1984, *RSC*. 1985. 812, obs. G. Levasseur.

24) Jurisprudences relatives à l'abandon de famille

a. Cour de cassation

- Cass. crim., 3 novembre 1955, *JCP* 1955. II. 9167, E. M.
- Cass. crim., 9 février 1965, *Gaz. Pal.* 1965, I. 420.
- Cass. crim., 20 mars 1984, *Bull. crim.* n° 114.
- Cass. crim., 27 avril 1984, n° 83-90.595, *RSC* 1984. 740, obs. G. Levasseur.
- Cass. crim. 328 juin 1995, *Bull. crim.* n° 243.
- *Crim. cass.* 21 mai 1997, *Bull. crim.* n° 190.
- Cass. crim. 2 mars 1998, pourvoi n° 98-97091, *JCP éd. G* 1999. I. 160, n°5, obs. T. Fossier ; *Dr. fam.* 1999, chron. n°1, comm. D. Rebut.
- Cass. crim., 2 décembre 1998, pourvoi n° 97-83. 671, *D.* 2000. 36, obs. Y. Mayaud.
- Cass. crim. 31 mars 1999, pourvoi n° 98-82.372, *Dr. pén.* 1999, comm. 116, obs. M. Véron.
- Cass. crim. 9 juin 1999, pourvoi n° 98-87.191, Inédit.
- Cass. Crim. 28 juin 2000, *Bull. crim.* n°250.
- Cass. crim. 29 janvier 2003, pourvoi n°01-88.881, *D.* 2004, obs. S. Mirabail.
- Cass. crim. 5 avril 2005, pourvoi n° 04-82. 475, *D. pén.* 2005, comm. 104, obs. M. Véron.
- Cass. crim., 26 octobre 2006, *Dr. pén.* 2006, comm. 19, obs. M. Véron.
- Cass. crim., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-85. 421, *AJ. Fam.* 2012. 279, note Lambert.

b. Cour d'appel

- Paris, 23 septembre 1998, n° 98/01429, *Juris-Data* n° 022472.

25) Jurisprudences relatives à la soustraction de mineur

a. Cour de cassation

- Cass. crim., 24 juillet 1957, *S.* 1958. 1, note L. Huguency.
- Cass. crim. 3 février 1972, *Bull. crim.* n° 45, *RSC* 1972.882, obs. G. Levasseur.
- Cass. crim. 29 avril 1976, pourvoi n° 75-93.024, *RSC* 1976.974, obs. G. Levasseur.
- Cass. crim. 17 juin 1992, pourvoi n° 91-86.814, *Bull. crim.* n° 245, *RSC* 1993.104, obs. G. Levasseur.

- Cass. crim., 3 septembre 1996, Bull. crim. n° 311, *RSC* 1997. 103, obs. Y. Mayaud.
- Cass. crim. 5 novembre 1997, pourvoi n° 95-85.244, NP
- Cass. crim. 10 juin 1998, pourvoi n° 96-84.340, NP.

b. Cour d'appel

- Pau, 13 octobre 2011, *JCP* 2011. 2554, obs. B. Sayous.

26) Jurisprudences relatives à la non représentation d'enfant

a. Cour de cassation

- Cass. crim. 24 mai 1962, *D.* 1962. 609.
- Cass. crim., 6 novembre 1963, *JCP* 1963. II. 13463, note J. Larguier.
- Cass. crim. 28 novembre 1973, Bull. crim. n° 444, *RSC* 1974.367, obs. G. Levasseur.
- Cass. crim. 13 mars 1996, Bull. crim. n°114, *RSC* 1997. 103, obs. Y. Mayaud.
- Cass. crim. 6 octobre 1999, pourvoi n° 98-86.372, Inédit.
- Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, Bull. civ. I n°101.
- Cass. crim., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-85. 421, *AJ. Fam.* 2012. 279, note M. Lambert.

b. Cour d'appel

- Douai, 26 septembre 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. 60, obs. M. Véron.

27) Jurisprudences relatives aux mutilations sexuelles

- Cass. crim., 20 août 1983, pourvoi n° 83-92. 616, Bull. crim. n° 229.
- Cass. crim., 9 mai 1990, *Dr. pén.* 1990, comm. 291, obs. M. Véron.
- Cass. crim., 19 janvier 2005, pourvoi n° 03-87. 210, Inédit ; *Dr. pén.* 2005, comm. 55, obs. M. Véron.

28) Jurisprudences relatives à l'avortement

- Cons. const., décision n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

29) Jurisprudences relatives à l'effet de la nullité du contrat sur la répression

- Cass. crim., 27 février 1970, *JCP* 1970. IV. 101.
- Cass. crim., 18 octobre 2000, *D. pén.* 2001, comm. 28, obs. M. Véron.

30) Jurisprudences relatives à la communauté de vie dans le PACS

- Cass. crim., 4 janvier 1977, pourvoi n° 76-91105, bull. crim. n°6.
- Cass. crim., 13 octobre 1982, pourvoi n° 81-92708, bull. crim. n°218.
- Cass. crim. 24 avril 1985, pourvoi n° 84-92673, bull. crim. n°158, *RSC.* 1986. 103, obs. G. Levasseur.

31) Jurisprudences relatives à la rupture fautive du concubinage

- Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 1998, pourvoi n° 96-10581, Inédit.

VI. Mémoires et Thèses

ASSI, Emmanuel, *L'intérêt de la famille*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 1983.

BOUSQUET, Gersende, *Contribution à une étude juridique du meurtre en série*, Thèse de doctorat, Université Montpellier, 2011.

CARBONNIER, Jean, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport de notions de société et d'associations*, Thèse de doctorat, Bordeaux, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932.

CLAVERIE-ROUSSET, Charlotte, *L'habitude en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011.

DJEFAFLIA, Hayet, *Le grand-parent et le droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2014.

ESCOFFIER GIALDINI, Catherine, *La vision pénale de la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix-Marseille 3, 1994.

GODIN, Stéphanie, *Le couple et le droit pénal*, Mémoire, Université Panthéon-Assas Paris II, 2010.

GUECHI, Claire, *Les liens de famille et le droit pénal*, Thèse de doctorat, Université Paris I, 1998.

JAPIOT, René, Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle, Thèse de Doctorat, Université de Bourgogne, 1909.

JOUDRIER, Hélène, *Violences conjugales, grossesse et médecine générale*, Thèse de doctorat, Université Pierre et Marie Curie, 2012.

LACAZE, Marion, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 2009.

LECLAIR, Lydia, *L'enfant maltraité au sein de sa famille*, Université de Pau, 1995.

LEFEBVRE, Magali, *Grossesses et accouchement chez les femmes victimes d'inceste*, Mémoire de Master II, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2011.

MARRION, Bertrand, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse de Doctorat, Université Nancy 2, 2010.

MAURY, Olivia, *Famille et droit pénal*, Université Paris II, 2006.

MILLARD, Eric, Famille et Droit public. Recherches sur la constitution d'un objet juridique, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin-Lyon III, 1994.

PALVADEAU, Emmanuelle, *Le contrat en droit pénal*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux IV, 2011.

PONTAROLLO, Adrien, *Homoparentalité(s) et développement de l'enfant. Médecine humaine et pathologie*, Thèse de doctorat, Université Joseph Fourier, Grenoble, 2015.

ROLAND, Paul, Les contradictions du droit pénal et du droit civil. Essai de solution du problème de l'autonomie du droit pénal, Thèse, Lyon, 1958.

ROYANT, Sandrine, *L'autonomie du droit pénal en question*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 2002.

SALOMON, Eva, *Le juge pénal et l'émotion*, Thèse de doctorat, Université de Paris II, 2015.

SITA MUILA, Akele, *Le droit pénal et la famille*, Thèse de doctorat, Université Aix-Marseille, 2001.

VII. Dictionnaires, encyclopédies et recueil

BOUSSINOT, Roger, *Synonymes, analogies et anonymes*, Paris, Bordas, 2008.

CABRILLAC, Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2016*, 8^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2016.

COMTE-SPONVILLE, André, *Dictionnaire philosophique*, 4^e éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2013.

CORNU, Gérard et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition, PUF, 2016.

DICTIONNAIRE DE L'ACADÉMIE FRANÇAISE, 8^e éd., Paris, Hachette, 1935.

ENCYCLOPÉDIE UNIVERSALIS, éd. Encyclopedia Universalis, 1996.

GRAND LAROUSSE ENCYCLOPÉDIQUE EN 10 VOLUMES, Librairie Larousse, 1960.

GUILLIEN, Raymond et **VINCENT**, Jean, *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2014.

LE LITTRÉ, DICTIONNAIRE DE LANGUE FRANÇAISE EN UN VOLUME, Paris, Hachette, 2000.

LE PETIT ROBERT DE LA LANGUE FRANÇAISE, Paris, SEJER, 2006.

LONG, Marceau, **WEIL**, Prosper, **BRAIBANT**, Guy, **DELVOLVE**, Pierre et **GENEVOIS**, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Dalloz, 2015.

LOPEZ, Gérard et **TZITZIS** Stamatios, *Dictionnaire des sciences criminelles*, Dalloz, 2007.

LONG, Marceau, **WEIL**, Prosper, **BRAIBANT**, Guy, **DELVOLVE**, Pierre et **GENEVOIS**, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Dalloz, 2015.

NOUVEAU LAROUSSE ENCYCLOPÉDIE EN 2 VOLUMES, Librairie Larousse, 2001.

VIII. Actes de Colloques, conférences et discours

ASSOCIATION PARENTS ET FUTURS PARENTS GAYS ET LESBIENNES (APGL), *Les nouvelles familles face aux institutions*, 5^{ème} Colloque « Les nouvelles familles dans la société française », Nantes, 13 juin 2014.

DE LASTIC, Adélaïde, « Une approche philosophique du sens des valeurs. Se transformer soi-même pour transformer le monde? », in CCFD-Terre Solitaire. Gouvernance et responsabilité. Propositions pour un développement humain et solidaire, musée du quai Branly, Paris, décembre 2011, p. 3 [En ligne : <http://ccfd-terresolidaire.org/IMG/pdf/valeurs-delastic.pdf>].

FORT, Marie-Louise, discours prononcé le 26 janvier 2010 par la rapporteure de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration de la République lors de la discussion en deuxième lecture de la proposition de loi sur « la lutte contre l'inceste sur les mineurs », en Assemblée Nationale, Session ordinaire de 2009-2010, [En ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2009-2010/20100112.asp#ANCR20100000019-01120>].

FREMIOT, Luc, « Quand la justice évolue : le Point de vue du procureur », Observatoire départemental des violences faites aux femmes, *Violences conjugales : hommes violents, femmes victimes, enfants co-victimes : mieux comprendre pour mieux agir*, Colloque réalisé sous l'égide du Département du Nord, Lille, 27 novembre 2014, p. 33 sq., (en ligne) : <http://gynsf.org/imprimables/ODVFF%20synthese%20colloque%20vc%2027%20nov14%20.pdf>.

OBSERVATOIRE DÉPARTEMENTAL DES VIOLENCES FAITES AUX FEMMES, *Violences conjugales : hommes violents, femmes victimes, enfants co-victimes : mieux comprendre pour mieux agir*, Colloque réalisé sous l'égide du Département du Nord, Lille, 27 novembre 2014, (en ligne) : <http://gynsf.org/imprimables/ODVFF%20synthese%20colloque%20vc%2027%20nov14%20.pdf>.

RABAULT, Hugues, *Droit et axiologie : la question de la place des "valeurs" dans le système juridique*, Droit constitutionnel et théorie et philosophie du droit, atelier n°5, Acte du 8^{ème} Congrès français de droit constitutionnel, Université Nancy II, 2011. [En ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN5/rabaultTD5.pdf>].

RABINOWISZ, Léon, *Le crime passionnel*, Rapport présenté à la Séance de la Société générale des prisons et de législation criminelle, 13 mai 1931.

SAINT-PAU, Jean-Christophe, *Le droit pénal et les autres branches du droit. Regards croisés*, Actes du XXe congrès de l'Association française de droit pénal organisé à Bordeaux les 5-6-7 octobre 2011, Institut de sciences criminelles et de la justice (ISCJ), Paris, éd. CUJAS, 2012.

SORDINO, Marie-Christine (dir.), *Criminologie et droit pénal : je t'aime, moi non plus*, Actes du Colloque Criminologie et droit pénal : entre guerre et paix ?, Propos introductifs, Montpellier, Presses de l'Université de Montpellier, octobre 2015.

SORDINO, Marie-Christine (dir.), *L'anticipation de la répression : innovation ou régression ?*, Colloque, UMR 5815 « Dynamiques du Droit », Université de Montpellier, 17 juin 2016.

SOS HOMMES BATTUS, *Aide aux hommes victimes de violences conjugales et aux femmes violentes au sein du couple*, Actes du Colloque, SOS « Hommes battus », Paris, 19 novembre 2012, (en ligne) : https://fr.scribd.com/doc/114156475?secret_password=20h3645e6svtxsvu79ue.

VEIL, Simone, Discours prononcé le 26 novembre 1974, Compte-rendu des débats en première séance du relative à la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de la grossesse, Assemblée Nationale, p. 6999 (en ligne) : <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/interruption/1974-11-26-1.pdf>.

VERSELE, Séverin Carlos (dir.) :

- *Sociologie du droit et de la justice*, Actes du Colloque international, Bruxelles, Editions de l'Institut de sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1969.
- *Aspects juridiques de la perception de la déviance et de la criminalité*, Actes de la 9^e Conférence des directeurs de recherches criminologiques, Conseil de l'Europe, 1972.

IX. Divers

A. Enquêtes, études et statistiques

AFFICHE DE LA JOURNÉE DES MÈRES 1942, Archives départementales du Loiret, 23 mai 2013 [En ligne : <http://www.archives-loiret.com/affiche-de-la-journee-des-meres-1942-adl-68026.htm>] Consulté le 15 février 2014

ANONYME, « *Demographic ageing in Europe* », *INED*, 19 février 2014 [En ligne : http://www.ined.fr/en/resources_documentation/what_new/vieillissement_demographique_europe/] Consulté le 25 février 2013.

AFSA ESSAFI, Cédric et **BUFFETEAU**, Sophie "L'activité féminine en France : quelles évolutions récentes, quelles tendances pour l'avenir ?", *Economie et statistique*, n°398-399, 2006, p. 85-97 [En ligne : http://www.insee.fr/en/ffc/docs_ffc/es398-399e.pdf] Consulté le 5 mars 2014.

BATTAGLIOLA, Françoise, Histoire du travail des femmes, 3^{ème} éd., La Découverte, coll. « Repères », Paris, 2008 [En ligne : <http://www.cairn.info/www.ezp.biu-montpellier.fr/histoire-du-travail-des-femmes--9782707166258.htm>] Consulté le 21 février 2014.

BECK, François, **CAVALIN**, Catherine et **MAILLOCHON**, Florence, *Violences et santé en France : état des lieux*, Paris, La Documentation Française, 2010.

BUESO-IZQUIERDO, Natalia, **VERDEJO-ROMAN**, Juan, **CONTRERAS-RODRIGUEZ**, Oren, **CARMONA-PERERA**, Martina, **PEREZ-GARCIA**, Miguel, **HIDALGO-RUZZANTE**, Natalia, « Are batterers different from other criminals ?. An fMRI study », *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, n°11, passim, [En ligne : https://www.researchgate.net/publication/294919618_Are_batterers_different_from_other_criminals_An_fMRI_study].

BUISSON, Guillemette et **DAGUET**, Fabienne, « Qui vit seul dans son logement ? Qui vit en couple ? », *INSEE Premières*, n° 1392, 2012.

DELEGATION AUX VICTIMES (DAV), Etude nationale sur les morts violentes au sein du couple, 2014 (en ligne) : http://www.stop-violences-femmes.gouv.fr/IMG/pdf/Morts_violentes_au_sein_du_couple_2014_-_principaux_enseignements.pdf].

ENCYCLOPÉDIE LAROUSSE, « Evènements de Mai 1968 », Vème République [En ligne : http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/%C3%A9v%C3%A9nements_de_mai_1968/131140] Consulté le 13 mars 2014.

ETUDE DE L'INSTITUT CSA POUR L'UNIOPPS ET LA MACIF, « Les Français et la solidarité », 23 Janvier 2012 (en ligne) : http://www.uniopss.asso.fr/resources/trco/pdfs/2013/A_janvier_2013//69893_SondageCSA.pdf] Consulté le 17 novembre 2013.

ETUDE ING-DIRECT-TNS SOFRES, « Les Français et l'argent », 03 juillet 2012 [En ligne : <http://www.ingdirect.fr/ing-direct/presse/communiques/observatoire-francais-argent.jsp>] Consulté le 17 novembre 2013.

EUDE, Michel et **GROSSER**, Alfred, *Allemagne (Histoire). Allemagne moderne et contemporaine*, France, Encyclopédie Universalis [En ligne : <http://www.universalis.fr/encyclopedie/allemande-histoire-allemande-moderne-et-contemporaine/>] Consulté en décembre 2013.

INSEE, *Recensement de la population. Ménages et famille*, 2009 (en ligne) disponible sur le site de l'Insee : <http://www.insee.fr/fr/ppp/bases-de-donnees/recensement/resultats/doc/pdf/fiche-menages-familles.pdf>.

INSEE, « État matrimonial légal des personnes de 15 ans ou plus jusqu'en 2015, *INSEE. Estimations de population*, 2015 (en ligne) : http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=natfef02311.

HAUTE AUTORITÉ DE LA SANTÉ, *Repérage et signalement de l'inceste par les médecins : reconnaître les maltraitances sexuelles intrafamiliales chez le mineur*, Recommandations de bonne pratique, Mai 2011 (en ligne) consultable sur le site de la Haute autorité de la santé : http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1067136/fr/reperage-et-signalement-de-l-inceste-par-les-medecins-reconnaitre-les-maltraitances-sexuelles-intrafamiliales-chez-le-mineur.

JASPARD, Maryse et **équipe ENVEFF**, « Nommer et compter les violences envers les femmes : une première enquête nationale en France », *Populations et sociétés*, n° 364, janvier 2001 (en ligne) disponible sur le site de l'Institution nationales des études démographiques https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/18735/pop_et_soc_francais_364.fr.pdf.

LA RÉDACTION DE NET-IRIS, « L'inceste devient une infraction spécifique du code pénal », *Net-iris, le droit à l'information juridique*, 9 février 2010 [En ligne : <http://www.net->

iris.fr/veille-juridique/actualite/24035/inceste-devient-une-infraction-specifique-du-code-penal.php] Consulté en juin 2012.

LA RÉDACTION DE NET-IRIS, « Le Parlement érige l'inceste en une infraction spécifique du Code pénal », *Net-iris, le droit à l'information juridique*, 27 janvier 2010 [En ligne : <http://www.net-iris.fr/veille-juridique/actualite/23932/le-parlement-erige-inceste-en-une-infraction-specifique-du-code-penal.php>] Consulté en juin 2012.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Quand le divorce était interdit (1816-1884)*, 21 décembre 2009 [En ligne : <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/proces-historiques-10411/quand-le-divorce-etait-interdit-1816-1884-22402.html#reforme>] Consulté le 24 février 2014.

MISSION INTERMINISTÉRIELLE POUR LA PROTECTION DES FEMMES CONTRE LES VIOLENCES ET LA LUTTE CONTRE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS, « Violences sexuelles et violences conjugales : combien de victimes ? », *La lettre de l'Observatoire national des violences faites aux femmes*, n°1, Novembre 2013.

OBSERVATOIRE FÉMININ, Les chiffres des violences faites aux femmes en Guadeloupe, décembre 2013 (en ligne) : http://observatoirefeminin.fr/files/ETUDE_VIOLENCE_2013_LOIS_2.pdf.

OBSERVATOIRE NATIONAL DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE, Protection de l'enfant : les nouvelles dispositions issues de la loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, Note d'actualité, Mars 2016.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, « Mutilations sexuelles féminines », Aide-mémoire n°241, février 2016 [En ligne : <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/fr/>].

QUINDOU, Sabine, « Violences faites aux femmes, comment s'en sortir ? », Droit de suite, *Les Témoins d'Outre-Mer*, Emission, 11 octobre 2016.

RIZK, Cyril, « Le profil des personnes de 18 à 75 ans s'étant déclarées victimes de violences physiques ou sexuelles par conjoint ou ex-conjoint sur 2 ans, lors des enquêtes "Cadre de vie et sécurité" », *Repères*, n°18, octobre 2012 (en ligne), disponible sur le site de l'Institut national des hautes études de la sécurité de la Justice (Inhesj) : <http://www.inhesj.fr/sites/default/files/book/115-62c987/index.html#/1/zoomed>.

RIZK, Cyril, « Éléments de profil des hommes et des femmes de 18 à 75 ans ayant déclaré avoir été victimes de violences physiques et sexuelles sur deux ans par conjoint cohabitant », *Repères*, n° 31, mars 2016 (en ligne), disponible sur le site de l'Institut national des hautes études de la sécurité de la Justice (Inhesj) : http://www.inhesj.fr/sites/default/files/reperes_31.pdf.

SAUVY, Alfred, « La population allemande », in *Population*, 6e année, n°4, 1951 pp. 679-684 [En ligne http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/pop_0032-4663_1951_num_6_4_2618#] Consulté en mars 2014.

SAVY, Nicole, « Proposition de loi sur l'autorité parentale : “ bien coupé, mal cousu ” », in *Lettre d'information*, Ligue des Droits de l'Homme, 28 juin 2014 [En ligne : <http://www.ldh-france.org/proposition-loi-lautorite-parentale-bien-coupe-mal-cousu-1/>] Consulté le 29 juin 2014.

THE US NATIONAL LONGITUDINAL FAMILY STUDY (NLLFS), Quality of Life of adolescents raised from birth by lesbian mothers, Vol. 33, n° 1, January 2012 [En ligne : <https://www.nllfs.org/images/uploads/pdf/nllfs-quality-life-january-2012.pdf>].

TOURNYOL DU CLOS, Lorraine et LE JEANNIC, Thomas, « Les violences faites aux femmes », Insee Première, n°1180, 2008 (en ligne) : <http://www.insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1180/ip1180.pdf>.

C. Littératures

FRANZEN, Jonathan, *Les corrections*, trad. de Rémy Lambrechts, Etats-Unis, Edition de l'Olivier, 2002.

GREGORY, Julie, *Ma mère, mon bourreau*, trad. E. Rofas, Paris, L'Archipel, 2006.

LEVY, Marc, *Mes amis, Mes amours*, Paris, Robert Laffont, 2006.

SAVIANO, Roberto, *Gomorra. Dans l'empire de la camorra*, Gallimard, 2007.

THIBAUT, Bruno, *J.M.G. Le Clézio et la métaphore exotique*, New York, Rodopi, coll. Monographique Rodopi en littérature française contemporaine, 2009.

D. Articles de presse

AGENCE FRANCE PRESSE (AFP), « Acquittée après avoir tué sa fille handicapée, elle est rejugée », *Le Parisien*, 15 décembre 2008.

AGENCE FRANCE PRESSE (AFP), « Fin de vie : la CEDH rejette la demande en révision des parents de Vincent Lambert », *Le Monde*, 6 juillet 2015.

ANONYME, « Ce que risquent les homosexuels dans le monde », *L'Express Société*, 02 février 2013.

ANONYME, « Assises de Rennes : la mère qui a tué sa fille handicapée n'ira pas en prison », *Le Parisien*, 15 septembre 2014.

ANONYME, « Protection de l'enfance : l'Assemblée adopte la proposition de loi sénatoriale », *le Point*, 13 mai 2015.

AVRIL, Pierre, « L'infanticide : l'expertise psychiatrique fait débat », *Le Figaro*, 18 décembre 2008.

BADINTER, Elizabeth, « La vérité sur les violences conjugales », *L'express*, 20 juin 2005.

BLANCHARD, Sandrine, « Un mari poursuivi pour l'euthanasie de sa femme est acquitté à Angers », *Le Monde*, 16 juin 2006, p. 12.

BRUNET, Marion, « De plus en plus de célibataires parmi les 18-34 ans », *Le Figaro*, 28 août 2009.

CHABRUN, Laurent, « Immigration en France : les vrais chiffres », *L'Express, Société*, 9 octobre 2012 [En ligne : http://www.lexpress.fr/actualite/societe/immigration-ce-qu-il-faut-retenir-des-chiffres-de-l-insee_1172299.html].

DES DESERTS, Sophie, « L'affaire des bébés congelés : “Je ne pouvais pas l'abandonner” », *Le Nouvel Observateur*, 30 juillet 2013.

DUPONT, Gaëlle, « Débat sur le droit des femmes battues à se défendre », *Le Monde*, 7 mars 2016.

DURAND-SOUFFLAND, Stéphane, « Actes d'amour ou meurtre : l'émouvant procès d'une mère qui a tué sa fille handicapée », *Le Figaro*, 15 septembre 2015.

FRANC DESAGES, Caroline, « Célibataire, comment gérer la pression sociale? », *L'Express*, 13 février 2015.

FRÉMIOT, Luc, Propos recueillis par G. Rolin, « Il faut intervenir dès la première gifle », *Le Figaro*, 20 janvier 2014.

GATINOIS, Claire, « Vingt-huit législations différentes sur l'avortement dans l'Union Européenne », *Le Monde*, 70^{ème} année/n°21462, 18 janvier 2014, p. 2.

GOLLIER, Pauline, « La décohabitation et le relogement des familles polygames. Un malaise politique émaillé d'injonctions contradictoires », *Recherches et prévisions*, n°1/ vol. 94, 2008, p. 59-69.

HADDAD, Marie-Pierre, « Justice, les chiffres de la récidive en France », *L'Express*, 2013 [En ligne : http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/justice-les-chiffres-de-la-recidive-en-france_1299565.html].

KRALAND, Stanislas, « Royaume-Uni : le scandale des enfants retirés abusivement à leurs parents par les services sociaux », *Le Huffingtonpost*, 14 janvier 2013.

LAURENT, Samuel, « Absentéisme scolaire : Martin Hirsch et les amnésies gouvernementales », *Le Monde*, 4 mai 2010 [En ligne : http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/05/04/absenteisme-les-amnesies-du-gouvernement_1346266_823448.html].

LIMMOIS, Laetitia, « Grâce présidentielle et amnistie : deux notions à ne pas confondre », *RTL*, 3 février 2016.

MARCHAND, Leila, « Hommes battus : des chiffres pour comprendre une réalité méconnue », *Le Monde*, 10 avril 2015.

MOREL, Sandrine, « A Madrid, les femmes en attente d'IVG "ont peur". A la clinique El Bosque, des patientes dénoncent le projet du gouvernement qui limite l'avortement », *Le Monde*, 70^{ème} année/n°21462, 18 janvier 2014, p. 2.

PASCUAL, Julia et **SCHEFFER**, Nicolas, « Graciée, Jacqueline Sauvage reste en prison », *Le Monde*, 13 août 2016.

PELLISSIER, Pauline, "Le nombre de Français vivant seuls a augmenté de 50% depuis 1999", *Le Monde*, 14 février 2012.

PHAM-LE, Jérémie, « Mort de Bastien dans un lave-linge : quel avenir pour la sœur ? », *L'Express*, 12 septembre 2015.

PIQUET, Caroline :

- « Le crime passionnel est-il un crime à part ? », *Le Figaro*, 27 août 2015.
- « Le calvaire du petit Bastien mort dans une machine à laver », *Le Figaro*, 9 septembre 2015.
- « Jacqueline Sauvage : une affaire à multiples rebondissements », *Le Figaro*, 21 août 2016.

QUILLET, Lucile, « Pourquoi les tueurs en série sont presque toujours des hommes », *Le Figaro*, 6 janvier 2015.

RAISSE, Thibault, « La mort d'Audrey aurait pu être évitée », *Le Parisien*, 9 mai 2014.

RENARD-GOURDON, Florence, « Pourquoi tant de fratries parmi les terroristes », *Les Echos*, 17 novembre 2015.

ROBERT-DIARD, Pascale, « Le procès d'une mère entre détresse et toute-puissance », *Le Monde*, 15 septembre 2015.

ROLIN, Gaëlle, « Il faut intervenir dès la première gifle », *Le Figaro*, 20 janvier 2014.

SALLES, Alain, « Ne pas confondre justice et thérapie », Propos recueillis de Robert Badinter, *Le Monde*, 8 septembre 2007.

SALMONA, Muriel, « L'inceste dans le code pénal : une avancée, mais le parcours reste long pour les victimes », *Le Nouvel observateur, Le Plus*, 17 mai 2015, p. 45.

SARROT, Aurélie, « Procès de Fabienne Kabou : la naissance d'Adélaïde a été “un moment d'émerveillement” », *Metronews*, 21 juin 2016.

SINGLY (de), François, « La famille apporte le bonheur ensemble et le bonheur individuel », Propos recueillis par K. El Hadj, *Le Monde*, 14 mars 2007.

SKORPIS, Marianne, « Affaire Iacono : le grand-père acquitté lors de son procès en révision », *Le Figaro*, 25 mars 2015.

E. Principaux sites Internet

- Site de l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/>
- Site du Sénat : <http://www.senat.fr>
- Site de la Cour de cassation : <https://www.courdecassation.fr/>
- Site Légifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr/>
- Site Dalloz : <http://www.dalloz.fr/>
- Site Lamyline : <http://lamyline.lamy.fr/content/Search.aspx>
- Site Lexisnexis -Jurisclasseur : <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/>
- Site Cairn : <http://www.cairn.info/> et <https://www.cairn.info/ouvrages.php>
- Site Le Monde : <http://www.lemonde.fr/>
- Site Le Figaro : <http://www.lefigaro.fr/>
- Site Le Point : <http://www.lepoint.fr/>
- Site de L'organisation mondiale de la Santé (OMS) : <http://www.who.int/fr/>
- Site de la Haute autorité de la santé (HAS) : www.has-sante.fr
- Site de la Documentation française : <http://ladocumentationfrancaise.fr>
- Blog de Maître Eolas : <http://www.maitre-eolas.fr>
- [Blog de Maître Mô : http://maitremo.fr](http://maitremo.fr)

F. Documentaires et films

BERCOT, Emmanuelle, « La tête haute », Film drame, 13 mai 2015.

CARRÈRES D'ENCAUSSE, Marina, « Soirée spécial “Au nom des femmes” », Emission, *France 5*, 24 novembre 2015.

CASSEZ, Florence, « *Un mensonge dévastateur* », Dans les yeux de Florence, *Planète + Crime Investigation*, 1^{er} avril 2016.

DAGUERRE, Julien, **DEMONTIER**, Baptiste, **MARAOUI**, Bruno et **PACROS**, Max, « Abdeslam : une histoire de famille », Enquête diffusée dans l'émission Complément d'enquête, « Abdeslam : les frères de sang », *France 2*, 21 avril 2016.

DELACROIX, Olivier, « *Les femmes en très grand danger* », Dans les yeux d'Olivier, *France 2*, 23 septembre 2015.

FEDERATION LGBT, *Brisons le tabou*, Campagne Violences Conjugales LGBT, 28 avril 2014, [En ligne : <http://yagg.com/2014/05/03/agir-une-association-pour-lutter-contre-les-violences-physiques-et-morales-chez-les-couples-lgbt/>].

HUMEZ, Samuel et **DREUJOU**, Mathieu, « Mon frère, ce terroriste », Enquête diffusée dans l'émission Complément d'enquête, « Abdeslam : les frères de sang », *France 2*, 21 avril 2016.

IACONO, Gabriel, « *Je pense que ma vie entière est gâchée* », Interview, Emission *RTL Soir*, 27 février 2014, [En ligne : <http://www.rtl.fr/actu/politique/gabriel-iacono-je-pense-que-ma-vie-entiere-est-gachee-7770069457>].

JOURNAL TELEVISE, le Non Stop, « DAESH : Des fratries de djihadistes », BFMTV, 24 mars 2015.

LA RÉFORME DES RÉGIMES MATRIMONIAUX DE 1965. VERS L'ÉGALITÉ AU SEIN DU COUPLE, *Jalons pour l'histoire du temps présent*, ORTF, coll. Panorama, 9 avril 1965 [En ligne : <http://fresques.ina.fr/jalons/fiche-media/InaEdu01802?video=InaEdu01802>] Visionné le 17 mars 2014.

LENGLART, Dominique et **GAZEAU**, Guénola, *Enfants maltraités, un silence à briser*, Documentaire, France 5, 13 septembre 2016.

MACK NEWELL, « Le sourire de Mona Lisa », film réalisé par Film Histoire, Etats-Unis, 19 décembre 2003.

MADANI, Maïween :

- « Polisse », Film drame, France, 19 octobre 2011.
- « Mon roi », Film drame, France, 21 octobre 2015.

MERCURIO, Stéphane, « Intime Violences », Enquête Infrarouge, 1^{er} octobre 2015.

MOGAÏZEL, Amal, « Parents criminels : l'omerta française », LCP, 17 février 2014.

POINTCARRE, Nicolas, Complément d'enquête, « Abdeslam : les frères de sang », Propos recueillis de Pierre Vermeren, historien spécialiste du Maghreb et Professeur à l'Université Paris I, *France 2*, 21 avril 2016.

PRADEL, Jacques et **MARGAUX**, Agnès, « L'intégrale : l'affaire Alexandre Lange », L'Heure du Crime, Emission radio, *RTL*, 27 août 2015.

SIEBEL NEWSOM, Jennifer, « The Mask you live in », Documentaire, Etats-Unis, 2015.

ZONE INTERDITE, « Quartiers sensibles, le vrai visage des nouveaux ghettos », Emission diffusée sur *M6*, 12 avril 2015.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Abandon de famille : 34, 156, 158, 250, 254, 258, 261, 278, 279, 280, 299, 301 et s., 360, 378, 404, 421, 447

Matériel et moral : 158, 159, 160, 260, 281, 302, 308, 345

Pécuniaire : 291 et s., 299, 300, 302, 304, 324

Accueil de jour pour les femmes victimes de violences : 210

Action familiale : 408 et s.

Aide sociale à l'enfance (Ase) : 222, 224

Agressions sexuelles : 221, 226, 311, 333, 335, 337, 367, 375 et s., 391, 417, 453

Alternative aux poursuites : 212

Atteintes sexuelles : 138, 186, 220, 332, 335, 337, 375 et s., 391, 393, 453

Autonomie du droit pénal : 295, 358 et s.

Autorité de droit et de fait : 138 et s., 333 et s., 375 et s., 391 et s.

B

Bien juridique : 239 et s., 246, 253 et s.

C

Certificat médical : 177, 305

Circonstance aggravante : 92, 139, 140 et s., 157, 160, 217, 261 et s., 272, 279, 288, 311 et s., 324, 327 et s., 332, 337, 352, 367, 375 et s., 384, 394

Crime passionnel : 144 et s., 313, 367

Criminalité féminine : 113, 125

Communauté de vie : 64, 262, 344, 380 et s., 383, 387, 439, 446

Conflits de qualification : 102

Redondance : 349

Doublon : 330

Conjoint : 91 et s., 344

Consentement : 94 et s., 138 et s., 186, 261 et s., 307, 349, 363, 371, 416, 434, 436

Contrainte : 95 et s., 154, 375

Morale : 95, 138, 147

Interne : 147, 154

Physique : 95

D

Dangerosité : 102, 110, 199, 205, 283

Décriminalisation : 424 et s.,

Notion : 423

Adultère : 426

Homosexualité : 431 et s.

Avortement : 434 et s.

Délinquance : 114, 148, 169, 170, 176, 181, 192 et s., 208, 221, 229, 273, 321, 351

Dissimulation : 163, 171, 229, 231, 265, 420, 454

Dénonciation : 98, 103, 134, 163 et s., 168, 177, 194 et s., 221 et s., 229, 231, 318, 429

Acte de dénonciation : 165 et s.

Taux de dénonciation : 173 et s.

Obligation de dénoncer : 179 et s.

Délaissement : 155 et s.

de mineur : 157, 159, 308, 421

de personne vulnérable : 157

Dépénalisation : 6, 234, 315 et s., 425 et s.

Droit de mener une vie familiale normale : 44 et s., 60 et s., 65, 69, 84, 161, 249

Dysfonctionnement familial : 41, 81, 162, 194, 196 et s., 200, 220, 228, 231 et s.

Apparition : 163 et s.

Dysfonctionnalité familiale (critère de) : 83 et s., 155, 162, 181 et s., 198

E

Empoisonnement : 140, 144, 148, 311 et s., 311, 324

Enfance en danger : 201, 219, 222, 224 et s.

Enlèvement d'enfant :

Enquête de victimation : 172

CVS : 92, 95, 104, 113, 117, 132, 172

ENVEFF : 87 et s., 98, 113

EVS : 113, 181

État de nécessité : 152

Éthique : 244, 245, 246

Notion : 241

Euthanasie : 313 et s.

Eviction du conjoint violent : 203, 205 et s.

F

Fichiers de police : 103

- STIC : 103

- FIJAIS : 103

Fichiers judiciaires : 103

- Cassiopée : 103

- TAJ : 103

Fonction dissuasive : 280

Fonction expressive : 329, 336, 377

Fonction préventive : 280

Fonction répressive : 377

G

Gilles de la Tourette (Syndrome de) : 110, 118, 189

H

Harcèlement : 77, 98 et s.

Harcèlement moral : 98, 101, 102, 106, 324 et s., 328

Harcèlement moral au sein du couple : 102, 324 et s., 328

Harcèlement sexuel : 101 et s.

Homicide : 85, 141 et s., 217, 222, 410

Huis clos familial : 13, 97, 110, 114, 172 et s.

I

Immunités familiales : 190, 256, 313 et s., 387, 438 et s.

Inceste : 7, 34, 138, 184 et s., 187, 192, 268, 280 et s., 332 et s., 330 et s., 351, 375 et s., 389 et s., 391, 420

Infanticide : 134, 144, 148, 170, 173, 176, 222, 227, 313, 367

Irresponsabilité pour cause de trouble mental : 95, 118, 189, 373

Intérêt juridiquement protégé : 367

J

Justice restaurative : 285

L

Légitime défense : 143 et s., 152, 189

Différée : 143, 149, 152, 154

Liberté sexuelle : 101, 187, 334, 368

Logique d'incrimination : 332, 338

M

Main courante : 194, 209, 210

Mariage fictif : 265

- blanc : 265
- gris : 265

Mariage forcé : 135, 261, 347 et s.

Münchhausen par procuration (syndrome de) : 134

Médiation pénale : 228

Menaces : 102, 108, 110, 113, 126, 154, 172, 353, 375, 387, 392

Adminicule : 95

Infraction : 105, 106, 217

Mineur : 81, 91 et s., 134 et s., 139, 148, 155 et s., 159, 160, 179, 186 et s., 198, 216 et s., 221 et s., 226, 254, 291 et s., 304, 330, 417 et s.

Mobile : 92, 154, 248, 311, 315, 362, 367, 402

Mutilations sexuelles : 139

N

Néonaticide : 173, 227

Neutralité : 244, 285, 308, 361, 364 et s., 386, 457

du droit pénal : 383

Non assistance à personne en danger : 314

Non-représentation d'enfant : 154 et s., 291, 304 et s., 404, 421

O

Ordonnance de protection : 206 et s., 212, 263

Conditions :

Juge aux affaires familiales : 204, 206, 210, 263, 304, 372 et s., 396, 447

Obligations :

Ministère public : 51, 102, 204, 206, 274, 301, 412, 419, 429

Ordre public : 34, 37, 40, 44, 51, 56, 61 et s., 164, 195, 218, 249, 265, 267 et s., 270 et s., 281 et s., 295 et s., 342 et s., 356, 359, 376, 383, 388, 404, 406, 429, 435

(de) protection : 414 et s.

P

PACS : 31 et s., 64, 77, 96, 206 et s., 217, 311, 319, 322, 332, 376, 383 et s., 392 et s., 408

Partenaire lié par un PACS : 367

Personnalité morale : 408 et s., 449

Plainte : 102 et s., 110, 130, 151, 165 et s., 174, 177, 180, 194 et s., 209 et s., 228, 280, 396, 429 et s., 433

Prescription de l'action publique : 298, 346

Preuve : 177 et s.

Privation de soins et d'aliments : 453

Procès verbal : 194, 209, 218

Provocation à la commission de faits délictueux :

Provocation à la consommation habituelle et excessive d'alcool : 160, 453

R

Repentir : 111, 124, 205, 228

Responsabilité pénale : 158, 179, 189, 295, 298, 301, 345, 391

S

Signalement : 165, 173 et s., 204 et s., 221 et s.

Soustraction d'enfant : 303 et s., 323, 421

Statistiques : 104, 115, 146, 176, 229, 336, 402, 454

État 4101 :

Surprise : 95 et s., 126, 138, 152, 375 et s.

Stage de responsabilisation : 211

T

Technique d'incrimination : 101, 138, 311, 324 et s., 333 et s., 456

Téléphone très grand danger (TGD) : 212 et s.

Processus de déclenchement : 213

V

Valeurs sociales : 12, 231, 232 et s., 240 et s., 251 et s., 284, 291, 339, 356, 392, 399 et s., 400 et s., 449 et s., 451, 455 et s.

Vengeance privée : 1, 285, 409

Victime : 355 et s.

Victimisation : 108, 140

Viol : 93 et s.

Entre époux : 178, 384, 420, 439

Incestueux : 335

Violences : 86 et s., 107 et s.

Volontaires : 91, 99 et s., 139 et s., 177, 254, 311 et s., 324, 328 et s., 352, 367, 441, 453

Physiques : 89, 90 et s., 100 et s., 112 et s., 123 et s., 134 et s., 153, 174, 177, 220 et s., 231

Psychologiques : 98, 100 et s., 112 et s., 126, 180, 195, 223, 329, 353

Verbales : 113 et s.

Par intimidation : 105