



HAL
open science

La protection pénale de la famille : étude comparée des droits français et algérien

Nacer Eddine Bouziane

► **To cite this version:**

Nacer Eddine Bouziane. La protection pénale de la famille : étude comparée des droits français et algérien. Droit. Université de Bordeaux, 2023. Français. NNT : 2023BORD0007 . tel-04055311

HAL Id: tel-04055311

<https://theses.hal.science/tel-04055311v1>

Submitted on 2 Apr 2023

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 PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT
SPÉCIALITÉ : DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES

Par **Nacer BOUZIANE**

LA PROTECTION PÉNALE DE LA FAMILLE
Étude comparée des droits français et algérien

Sous la direction de : Olivier DÉCIMA

Soutenue le 09 Janvier 2023

Membres du jury :

Madame Adeline GOUTTENOIRE,

Professeure à l'Université de Bordeaux, Présidente,

Madame Muriel GIACOPELLI,

Professeure à l'Université Aix-Marseille, Rapporteuse,

Monsieur Jean-Paul CÉRÉ,

Maître de conférences à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, Rapporteur

Monsieur Olivier DÉCIMA,

Professeur à l'Université de Bordeaux, Directeur de thèse

A Céline et Agathe

AVERTISSEMENT

L'université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciement

*Je remercie chaleureusement toutes les personnes qui m'ont aidé pendant l'élaboration de ma thèse et notamment mon Directeur Monsieur le professeur **Olivier DECIMA**, pour son intérêt et son soutien, sa disponibilité et ses nombreux conseils constructifs et surtout encourageants tel un grand frère durant la rédaction de ma thèse.*

*Je tenais également à remercier l'ensemble des **membres du Jury, Mesdames et Messieurs les Professeurs**, de leur acceptation d'honorer par leur présence la soutenance de ma thèse.*

Je remercie également Julie DURDILLY pour ses lectures et conseils notamment sur la forme de cette thèse, comme je tiens à remercier Céline VAZQUEZ pour sa patience tout au long de mon parcours de doctorant.

Liste des abréviations

Al.	Alinéa
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.	Codes
C.	Codes
C.A.	Cour d'appel
C.A.	Cour d'assises
C.A.F.	Caisse d'allocations familiales
C.C.	Conseil constitutionnel
C.C.C.	Cahiers du Conseil Constitutionnel
C.D.J	Cahiers de la justice
C.E.	Conseil de l'Europe
C.E.	Conseil d'État
C.F	Code de la famille algérien
C.I.D.E.	Convention internationale des droits des enfants
C.J.	Cahiers de jurisprudence
C.J.T.L.	Columbia Journal of Transactional Law
C.P.A	Code pénal algérien
C.P.C.	Code de procédure civile
C.P.P.	Code de procédure pénale
C.S.P.	Code de la santé publique
Cass. 1e civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière

Cass. ch. réunies.	Cour de cassation, chambres réunies
Cass. ch. Mixte.	Cour de cassation, chambre mixte
Chap.	Chapitre.
Chron.	Chronique ou chronologie
Circ.	Circulaire...interministérielle ou ministérielle
corr.	Correctionnel/le
CR.C.	Cour régionale des comptes
crim.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle.
crit.	Critique
D.	Décret
D., D.A., D.C., D.H., D.P., D.S.	Recueil Dalloz, affaires, analytique, critique, hebdomadaire, périodique, Sirey
D.A.	Droit administratif.
D.C.	Recueil Dalloz critique
D.D.H.C.	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
D.E.F.	Droit de l'enfance et de la famille
D.H.	Dalloz hebdomadaire
D.H.	Droits de l'homme
D.P.	Droit pénal
D.P.G.	Droit pénal général
D.P.S.	Droit pénal spécial
D.S.	Recueil Dalloz Sirey
Déb.	Débats parlementaires (France/Algérie)
Doctr.	Doctrine
E.A.U.	Émirats arabes unis
E.J.D.	Encyclopédie juridique Dalloz

fasc.	Fascicule
G.A....	Grands arrêts...
G.A.D....	Grands arrêts de droit....Affaires, ...Communautaire, ...Criminel, ...Décentralisation, ...Immobilier, ...Pénal général, ...Travail
Gaz Pal	Gazette du Palais
I.A.C.	Insémination artificielle par le conjoint
I.A.D.	Insémination artificielle par donneur
<i>ibid.</i>	Ibidem = au même endroit
id.	Idem
inf.	Voir plus loin
Infra.	Ci-dessous
J.A.P.	Juge de l'application des peines
J.C.L.	Juris-Classeur
J.D.	Juris-data
J.O.	Journal officiel (France/Algérie)
J.P.	Jurisprudence
JCP	Semaine juridique
JCP G	Semaine juridique édition Générale
O.b.s.	Observations
op. cit.	opere citato = dans l'ouvrage cité
ord.	Ordonnance
R.C.C.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.C.E.D.H.	Recueil de la Cour européenne des droits de l'homme
R.D.H.	Revue des droits de l'homme
R.D.P.	Recueil de droit pénal

R.D.P.C.	Revue de droit pénal et de criminologie
R.I.D.P.	Revue internationale de droit pénal
R.P.D.	Répertoire pratique Dalloz
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.T.D.civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.com.	Revue trimestrielle de droit commercial
R.T.D.eur.	Revue trimestrielle de droit européen
R.T.D.fin.	Revue trimestrielle de droit financier
R.T.D.hom	Revue trimestrielle des droits de l'homme
Rép.	Encyclopédie Dalloz : Répertoire...civil, ... collectivités locales, ... commercial, ... contentieux administratif, ... pénal, ... procédure civile, ... public, ... responsabilité de la puissance publique, ... sociétés, ...travail
Sén.	Sénat
Sir. ou S.	Sirey
somm.	Sommaire
ss.	sous.
Sté	Société
Supra	voir plus haut
t.	Tome
T.C.	Tribunal correctionnel
T.G.I.	Tribunal de grande instance
T.I.	Tribunal d'instance
V.	Voyez.

SOMMAIRE

(Un plan détaillé figure à la fin de la thèse)

SOMMAIRE	11
Introduction	13
Partie première. La protection pénale partagée de l'égalité conjugale entre les droits français et algérien	49
Titre 1. Une reconnaissance progressive de l'égalité conjugale dans le droit algérien.....	51
Chapitre 1. La sanction des violences conjugales au nom de l'égalité commune devant la loi.....	53
Chapitre 2. La sanction spécifique des violences domestiques au nom de l'égalité proprement conjugale	75
Titre 2. La consolidation de la protection pénale de l'égalité conjugale dans le droit français	94
Chapitre 1. Une égalité individuelle reconnue quant à la protection du membre de couple	96
Chapitre 2. Une protection statutaire égalitaire quant à la protection du cadre de couple	123
Seconde partie. La résistance d'un modèle algérien propre dans la défense des valeurs familiales	151
Titre 1 : La sacralisation pénale relative du mariage.....	153
Chapitre 1. Les manifestations de la prise en compte adoucie du mariage par le droit pénal	155
Chapitre 2. La continuité tolérée de la protection pénale du mariage	183
Titre 2 : Une considération institutionnelle de la famille.....	221
Chapitre 1. Le droit pénal de la sauvegarde de la paix familiale	222
Chapitre 2. Le maintien d'un ordre familial privé applicable aux poursuites des infractions intrafamiliales.....	246
Conclusion générale	268
Index alphabétique.....	280
Bibliographie.....	282
TABLES DES MATIERES	310

Introduction

« *Lorsqu'on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois.* » Charles de Secondat baron de Montesquieu. *De l'esprit des lois* 1748

1. **Une indépendance parfaite du droit pénal familial.** — Selon Portalis : « *Les lois pénales ou criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* »¹. Cette affirmation laisse à penser que « *le droit pénal est dépendant de la branche juridique dans laquelle il intervient* »². Effectivement, parce qu'il est essentiellement un droit sanctionnateur des autres domaines juridiques,³ le droit répressif s'applique de la même manière s'agissant du droit de la famille. Ainsi, le législateur l'utilise à des fins de protection du milieu familial.⁴ Il n'en demeure pas moins que le droit pénal a également pour objectif la régulation de la vie en famille, surtout lorsque les règles civilistes s'en révèlent limitées. Pour cela, le droit pénal familial a en même temps acquis une autonomie juridique, aussi bien intrinsèque⁵ qu'extrinsèque. Intrinsèque parce qu'il n'est plus dépendant de certaines règles

¹ Discours préliminaire sur le Projet de Code civil de Jean Etienne-Marie PORTALIS [En ligne-consulté le 02 février 2020].

https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/la_loi_penale/generalites/portalis_discours_code_civil.htm

² Camille MONTAGNE, *Lien familial et droit pénal*, thèse de doctorat, droit, université de Grenoble, 2015., p., 9.

³ J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Actes du XXe colloque de l'association française de droit pénal, Cujas, 2012, p. 10.

⁴ *Ibid.* Les auteurs soutiennent l'idée selon laquelle le droit pénal serait un moyen utilitariste mis à la disposition du législateur.

⁵ Pour un regard sur l'autonomie intrinsèque du droit pénal de la famille. V. Charlotte DUBOIS. « *L'autonomie du droit pénal et le droit de la famille* ». [En ligne] Colloque sur « l'autonomie du droit pénal » du 28 janvier 2021, Grande Chambre de la Cour de cassation. [Visionné le 28 janvier 2021]. https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2021_9654/autonomie_droit_penal_46246.html

civilistes,⁶et extrinsèque car son cadre légal ne ressemble pas à celui des autres branches de droit pénal spécial. Comme par exemple le droit pénal des affaires ou le droit pénal de l'environnement. De plus, à l'instar ⁷des études synthétiques du droit familial en général, certains manuels de droit pénal spécial l'incluent dans des divisions indépendantes.⁸ C'est pourquoi afin d'intervenir pénalement au sein de la famille, et pour le moins en ce qui concerne le modèle français, le législateur pénal s'adapte aux nouvelles transformations du droit civil.⁹ Par ailleurs, le droit pénal de la famille repose essentiellement sur des considérations civilistes confirmées comme la pluralité familiale ou l'absence de reconnaissance structurelle légale pour la famille¹⁰. C'est la raison pour laquelle sa dépendance philosophique à la matière civiliste représente un résultat naturel et mécanique. La famille il ne faut pas l'oublier constitue initialement un objet de droit civil.

2. **Le choix d'une démarche comparative déséquilibrée.** — Ainsi, à première vue il semble que si l'on étudie le droit pénal familial dans un système juridique déterminé, cela ne poserait pas de problèmes. Surtout en ce qui concerne la définition de ses contours. Cependant, si l'on porte un regard de droit comparé à l'égard de cette affirmation, des traditions juridiques différentes doivent être conjuguées. Naturellement, chaque modèle de droit familial a sa propre influence sur le droit criminel ; en témoigne la comparaison entre les droits français et algérien. Certes, une

⁶ V. Charlotte DUBOIS, *op, cit.*

⁷ V. Valérie Malabat, *Droit pénal spécial.*, Dalloz, 2007. L'auteure aborde le droit pénal familial selon les atteintes aux mineurs et à la famille.

⁸ Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil. Introduction. Biens, personnes, famille.* Sirey, Dalloz, 2017, p. 626.

⁹ Selon un auteur, la transformation sociale de la famille concerne essentiellement « la forte diminution des mariages, l'augmentation plus forte encore des séparations et des divorces, avec pour conséquences l'apparition et la multiplication des familles recomposées, etc. » V. en ce sens. Maurice GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, Flammarion, 2010, p. 9.

¹⁰ Audrey DARSONVILLE, La famille, instrument de politique criminelle, in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, p. 716.

démarche comparative est intéressante, car elle pourrait participer à élargir les connaissances du pénaliste¹¹. Toutefois, un problème d'ordre méthodologique s'y invite. Ce dernier réside dans la difficulté à définir la protection pénale de la famille de manière exhaustive en la présence de deux systèmes juridiques différents. Ou en d'autres termes, cela concerne le dilemme de choisir le système pénal à adopter en tant que modèle de comparaison principal. En effet, ces possibilités supposent l'existence de deux options. La première consiste à opter pour une définition globale et exhaustive d'un droit pénal familial unifié qui servira de cadre général de comparaison. En réalité, ce choix s'avère difficile à cause des divergences entre les systèmes ; d'autant plus s'agissant de la matière familialiste, car la notion de famille n'y fait pas l'objet de vision commune. En revanche, la seconde option incite à choisir le droit le plus avancé d'un point de vue « civilisationnel » pour le projeter sur le deuxième système étudié. A priori, cette dernière option semble de prime abord biaisée, car l'objectivité scientifique exige la neutralité du comparatiste qui doit s'abstenir de porter des jugements subjectifs sur les droits qu'il compare.

3. **Une supériorité temporelle du droit français sur le droit algérien.** — À vrai dire, un choix acceptable d'un point de vue méthodologique existe. D'une part, il consiste à considérer le système juridique français non pas comme une avancée civilisationnelle, mais comme une source d'inspiration capitale pour le droit algérien. C'est-à-dire, qu'il faut partir du principe que le droit algérien constitue relativement une continuation du droit français. En effet cela est soutenable surtout sur le plan historique. Le législateur algérien a parfaitement transposé plusieurs lois françaises, comme le code pénal

¹¹ Sur l'intérêt du droit comparé, V. Herzog J.B, « Les principes et les méthodes du droit pénal comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Avril et juin 1957, Vol. 9 n°2, pp. 337-352.

napoléonien de 1810 ou le code de procédure pénale de 1957¹². De plus, la jurisprudence de la Cour de cassation française constitue une source d'interprétation desdites lois dans l'application du droit algérien.¹³ De la même manière que la doctrine juridique française s'y invite comme un guide de cette application. Par ailleurs, si les principes généraux du droit algérien de la famille sont essentiellement définis par le droit musulman, la codification de cette matière demeure positiviste en ce qui concerne sa construction et sa structuration. Ainsi, seul son aspect normatif est substantiellement porté par le droit musulman. Par exemple, le code de procédure civile d'inspiration française s'applique d'office pour le contentieux familial, et ce malgré la source initialement et fondamentalement islamique du code de la famille. De plus, certaines questions ont subi une « laïcisation » de leurs substances, comme par exemple celle relative à l'âge minimum du mariage¹⁴. Par la même occasion, les dernières réformes du code de la famille attestent la présence continue de l'influence du droit français sur ce dernier¹⁵.

4. **Deux systèmes juridiques somme toute comparables.** — D'autre part, la famille dans le droit algérien n'est pas une notion aussi complexe que celle adoptée par le droit français. Pour cela, sa définition juridique de la famille ne semble pas porter de difficultés particulières. En réalité, le droit de la famille algérien repose sur une philosophie traditionnelle. Dans ce dernier la famille est exclusivement légitime, car elle s'établit par le contrat de mariage et se compose de liens de parenté qui en découlent. Cependant, ce droit adopte une conception individuelle relative de la famille, ce qui le

¹² Martine Fabre, « Le rôle de la Cour de cassation dans l'élaboration du droit colonial », *Histoire de la justice*, janvier 2005, n°16, p. 75-92.

¹³ Martine Fabre, *op. cit.*

¹⁴ Saïdi Kamel, La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation, *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 58 n°1, 2006. pp. 119-152.

¹⁵ *Ibid.*

rapproche du droit français. Selon les différents textes, la famille constitue un ensemble d'individus personnes physiques. Les termes du code civil en sont assez expressifs. Ce dernier précise par exemple que « *la famille est constituée des parents de la personne...* », c'est-à-dire, « *...les personnes ayant un auteur commun* »¹⁶. Le code familial la qualifie à son tour de « *cellule de base de la société, qui se compose par les liens de mariage et par les liens de parenté*¹⁷ ». Par voie de conséquence, le droit pénal est dualiste en ce qui concerne la famille. En effet sa prise en charge de celle-ci est dichotomique voire contradictoire, car elle est à la fois d'inspiration française et d'application traditionnelle¹⁸. Cela s'explique en réalité par la nature du droit algérien, puisque ce dernier s'est fait selon des considérations historiques et méthodologiques qui ont admis le modèle français en tant que norme de mesure. En même temps, la nature personnelle des relations familiales obligeait le législateur algérien à adopter certaines solutions juridiques prises par les jurisconsultes musulmans (*el -fūqahaâ*) afin de satisfaire les convictions religieuses sociétales.

5. Il ressort de cette analyse qu'il faut s'interroger sur l'impact du droit de la famille sur le code pénal en étudiant les droits français et algérien. Pour ce faire et, pour les raisons expliquées plus haut, le droit français servira de curseur à cet exposé introductif comparé. Dès lors, des précisions doivent être apportées sur l'objet de l'étude (I), sa délimitation (II), la méthodologie retenue (III), son intérêt (IV) et sa problématisation (V).

¹⁶ Art. 32., C. Civ.

¹⁷ Art. 2., C. Fam. Al.,

¹⁸ Art. 58., C. Const. Al. : « La famille bénéficie de la protection de l'État et de la société ».

I. L'objet de l'étude

6. **Précisions terminologiques.** — Il convient de définir le double objet de la présente recherche qui sont la famille et le droit pénal familial. Ainsi, des précisions sur la notion de famille, (A) précéderont une esquisse générale des caractéristiques du droit pénal familial selon le modèle français. (B)

A. Précisions sur la notion de famille dans le droit français

7. **Existence plurielle de la famille.** — La famille occupe une place importante dans le droit. Ce dernier, par le biais du code civil notamment régit les relations entre les individus unis par une liaison particulière appelée la relation familiale. Le champ d'intervention de cette matière est vaste,¹⁹ puisque toutes les dimensions de la vie y figurent. On y trouve le couple, la parenté, les filiations, les relations pécuniaires, les successions, etc. Cependant, malgré cet intérêt distingué, le droit en général ne définit pas la famille,²⁰ notion qualifiée par la doctrine de « sujet insaisissable » du droit contemporain.²¹ Pour cela, et à cause du démantèlement de la famille traditionnelle, le droit se voit se soumettre à une réalité sociale nouvelle qu'est la pluralité des familles. Assurément, il n'en existe pas une mais des familles. Elle peut être nucléaire ou élargie, monoparentale ou recomposée, hétérosexuelle ou homosexuelle, etc. De surcroît, le mariage ne fait plus seul la famille. Ce dernier est concurrencé par d'autres statuts reconnus de façon égale par le code civil, notamment le concubinage et le pacs. Ainsi,

¹⁹ François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Goldie-Genicon, *Droit de la famille.*, Précis, Dalloz, 2022., p. 11.

²⁰ Hugues FULCHIRON, Penser la famille au pluriel ?, *DROIT DE LA FAMILLE*, Octobre 2017, n° 10, p. 9.

²¹ D. FENOUILLET V. MALABAT, Le droit pénal et la famille, in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Actes du XXe colloque de l'association française de droit pénal, Cujas, 2012, p. 55.

la construction de la famille ne repose plus de manière exclusive sur un acte juridique, le lien factuel peut également être totalement reconnu comme source de famille. Somme toute, le législateur estime qu'une notion plurielle telle que la famille ne peut pas supporter une définition juridique restreinte²².

8. **Périmètres élargis de définition.** — Une prétendue définition exhaustive de la famille semble impossible, mais une conception large de cette notion reste essentielle afin de la cerner juridiquement. Pour ce faire, il faut l'aborder selon son noyau, c'est-à-dire selon son membre, à savoir la personne physique qui la compose. Pour certains auteurs c'est désormais l'enfant qui fait la famille²³. Toutefois, cela est critiquable, car il n'en demeure pas moins que quel que soit son âge ou son sexe c'est le membre de la famille qui est placé au centre des politiques juridiques familiales. Ainsi, la famille se définit par un ensemble de liens sociaux et naturels juridiquement reconnus. Ces liens gravitent autour de l'individu membre de la famille selon des dimensions diverses, qui peuvent être des cercles familiaux, des sphères familiales ou des unités familiales différentes²⁴. Autrement dit, cela pourrait représenter les liens horizontaux comme les liens entre les parents et leurs enfants ou verticaux comme le lien de couple. Les exemples sont interminables à l'image de ce que peut être la famille contemporaine. Pour cela, élargir la vision de l'espace familial semble le seul moyen pour obtenir une définition acceptable de la notion de famille.

²² François Terré, *op. cit.*, p. 10.

²³ Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil. Introduction. Biens, personnes, famille*. Sirey, Dalloz, 2017., p. 626.

²⁴ François Terré, *op. cit.*, p. 15.

9. **Un lieu protégé par le droit.** — Par ailleurs, on en peut déduire que la définition de cette notion de famille est relative en raison notamment de l'absence d'une reconnaissance de personnalité morale au profit de cette institution sociale.²⁵ Cela étant, on se demande pourquoi le droit continue de s'y intéresser ? Et comment l'aborde-t-il concrètement ? En effet, la famille en tant qu'objet de protection juridique n'a pas totalement disparu du corpus législatif au sens général. Toutes les branches juridiques continuent à l'aborder et à s'y intéresser d'une manière ou d'une autre. Une protection centrale de la famille existe déjà dans le code de l'action sociale et des familles. Alors que de manière plus indirecte, il existe d'autres matières juridiques qui s'intéressent à cette notion, comme le droit fiscal,²⁶ le droit du travail²⁷ ou enfin le droit pénal. Dès lors, il convient de justifier cet intérêt diversifié réservé à la famille. D'une part, parce que cette notion continue à disposer d'une représentation sociale importante chez les individus. Elle constitue un espace d'épanouissement individuel, de protection mais aussi d'éducation, privilégié²⁸. D'autre part, les normes juridiques les plus suprêmes à l'image du droit international incitent continuellement à protéger la famille, notamment à l'égard des politiques juridiques et sociales. On constate ainsi que certaines libertés individuelles, qui sont naturellement exercées dans le milieu familial, comme l'intimité, la vie privée et familiale, le droit au mariage, le droit à l'adoption sont fortement protégées par les droit international, communautaire et constitutionnel²⁹. À cet égard,

²⁵ François TERRE, *op. cit.*, p. 17.

²⁶ V. Frédéric Douet, *Droit fiscal de la famille*, Lexis-Nexis, 2020.

²⁷ V. Doriane Thevenet, *La notion juridique de famille entre droit civil et droit social : étude comparative des systèmes juridiques français et italien*, thèse de doctorat, droit, université de Lyon, 2006.

²⁸ « [...] La famille devient moins une institution qui vaudrait pour elle-même qu'un instrument offert pour l'épanouissement de sa personnalité ». V. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Defrénois, 1995, p. 171, V. aussi Y. Lequette, *Le droit est la semence des murs in Le Discours et le Code Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004., p. 391.

²⁹ Éric Millard. Le droit constitutionnel de la famille. [En ligne]. M. Verpeaux. Code civil et constitution, *Economica*, p.65-81, 2005. ffhalshs-00126007 [consulté le 07/04/2017].

l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État.* » Cela implique plus particulièrement l'obligation qui pèse sur les États de protéger la famille.

B. Précisions sur le droit pénal familial selon le modèle français

10. La dépendance du droit pénal familial à l'individualisme du code pénal. — Comme ce qui a été expliqué précédemment, il n'est guère aisé de définir cette notion plurielle et insaisissable qu'est la famille. Cela étant, il est primordial de définir le système englobant la protection pénale de cette notion. Il n'en demeure pas moins que cela s'avère aussi difficile, car les valeurs protégées par le droit pénal sont complexes et diversifiées. Au même titre que l'existence d'une pluralité de familles, la société par le biais du droit répressif condamne de nombreux comportements qu'elle estime nuisibles à l'ordre public. Ces derniers sont attentatoires à des valeurs diverses, et peuvent concerner tant de façon directe que de manière indirecte la notion de famille. En effet, il est évident que toute incrimination peut parallèlement ou conjointement être commise au sein de l'espace familial. Cela étant, pour que l'on puisse donner une définition du droit pénal de la famille, il s'avère nécessaire de dessiner tout d'abord ses contours par le biais d'une revue de littérature afférente. Cela a pour objectif principal d'élucider l'esprit de cette branche du droit pénal. Il en ressort ainsi que cette dernière se distingue par deux orientations majeures : premièrement, le droit pénal familial s'affiche comme un droit régissant des notions relationnelles.³⁰ Deuxièmement, il s'efforce d'ignorer le caractère institutionnel, tant de la famille que des relations découlant de cette notion. **(a)** Plus concrètement, ce droit adopte une vision reposant sur les relations individuelles **(b)**

³⁰ Pour comprendre la protection pénale relationnelle de la famille. V. Camille MONTAGNE, *op. cit.*

et refuse par voie de conséquence d'aborder la famille en tant qu'entité autonome structurelle.

a. Une prise en compte relationnelle de la famille

11. La notion de l'institutionnalisation de la famille. — Le Dictionnaire Larousse entend par une institution « *une norme ou pratique socialement sanctionnée, qui a une valeur officielle, légale, ou organisme visant à les maintenir.* »³¹. La famille constitue une « *institution de droit naturel* »,³² qui n'a pas été créée par une règle juridique.³³ En outre, elle est « *le résultat d'une construction de réalité sociale* ». Par conséquent, « *l'institutionnalisation de la famille est acceptable du point de vue social, tant qu'elle représente un groupe cohérent et structuré*³⁴ ». Selon un auteur, chaque groupe atteignant une certaine cohérence peut porter le nom d'une institution et ce sans générer d'incidence particulière ou problématique sur le droit. Le groupe familial peut alors être défini en tant qu'institution, aussi bien sociale que juridique. Dans ce sens, la protection juridique et notamment publique de la famille nécessite une telle institutionnalisation du groupe familial.

12. Notion juridiquement ignorée. — Toutefois, l'institutionnalisation de la famille est portée par une vision idéologique et doctrinale traditionnelle³⁵. Cette dernière consacre une reconnaissance exclusive de la famille légitime issue notamment du mariage. Les

³¹ Dictionnaire Larousse 2019.

³² Jean-Paul DOUCET, *Le droit criminel, la protection de la famille, des enfants et des adolescents*. [En ligne], 2016, p. 13., [consulté le 13/01/2017].

³³ Eric MILLARD, *op. cit.*, p. 125. : « [...] le droit est un fait institutionnel et l'institution correspond à une réalité sociale. La famille n'est ainsi pas créée par une règle de droit, mais bien au contraire, c'est elle qui génère des phénomènes juridiques [...] ».

³⁴ *Ibid.*

³⁵ François Terré, *op. cit.*, p. 1.

autres modes de constitution de couple ne sont donc pas reconnus. La famille dans cette vision serait réduite à la famille nucléaire constituée d'un couple marié et leurs enfants légitimes. Dès lors, dans une telle représentation la famille nécessite une prise en compte autonome par le droit.³⁶ Néanmoins, le droit actuel ne comporte aucun texte reconnaissant explicitement un phénomène de personnification juridique de la famille.³⁷ Selon un auteur « *l'acceptation de la personnalisation de la famille par les politiques familiales ne vaut pas une attribution légale d'une personnalité juridique à celle-ci* »³⁸. Dans ce sens, il convient d'expliquer la relation entre la personnalisation de la famille et la protection pénale de celle-ci.

13. « ***Technique inapplicable à la famille*** »³⁹. — Il est admis dans la doctrine que le droit ne s'intéresse qu'aux sujets et objets qui les définit⁴⁰. Dans ce sens, la personne morale constitue une technique juridique classique permettant au législateur la reconnaissance d'un sujet de droit. Cette démarche vise notamment à régir au mieux la vie et la mort juridique de la personne morale. Pour cela, si l'on s'intéresse à la personnalisation de la famille, les doctrines favorables à cette reconnaissance doivent être expliquées. Au travers d'un état des lieux doctrinal préalable, on pourrait vérifier s'il existe une

³⁶ François Terré, *op. cit.*, p. 17.

³⁷ Éric Millard, *op. cit.*, p. 35. : « [...] Ni la constitution, ni la loi, ni le règlement, ni a fortiori les normes internationales et communautaires, limitées par l'obligation de tenir compte de la diversité des réalités familiales selon les pays, n'ont érigé le groupe familial en personne morale [...] ». »

³⁸ *Ibid.*, L'auteur soutient l'idée selon laquelle : la personnalisation de la famille dans le droit public serait une simple technique juridique permettant une meilleure protection par la politique familiale. Ce qui ne justifie en rien l'attribution d'une personnalité juridique à la famille selon cet avis.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.* Selon ce dernier, la famille dans le droit actuel représente une création doctrinale qui permet une approche scientifique ou pratique du droit. Car « [...] le droit de la famille est une construction doctrinale à visée didactique (expliquer ces relations) et/ou idéologique (prescrire des modèles de relations) ». Par conséquent, des questionnements persistent, et peuvent faire douter sur l'existence de celle-ci. C'est pourquoi l'auteur invite à se demander si elle « *n'est qu'une abstraction ou une fiction juridique à l'image de la personnalité morale* ». Il n'en demeure pas moins que son existence sociale est bien réelle. Cela étant, c'est vers le législateur qu'il faille se référer afin de vérifier si la famille est une personne morale de droit ou non.

protection pénale autonome de l'institution familiale dans le droit contemporain. En réalité, la confirmation ou l'infirmité de l'attribution de la personnalité morale à la famille a attiré l'attention de nombreuses études.⁴¹ Certaines théories considèrent par ailleurs que la seule façon de protéger la famille réside dans la personnalisation juridique de celle-ci.⁴²

14. Une reconnaissance doctrinale insuffisante. — Deux théories se sont intéressées à ce sujet.⁴³ La première consacre le droit naturel pour reconnaître la personnalité morale de la famille. La seconde est portée par le doyen Jean CARBONNIER⁴⁴ qui restreint la personnalité morale et juridique de la famille à la seule institution matrimoniale. Ce qui exclut par conséquent la famille non mariée.

15. La théorie de la personne morale du droit naturel. — Cette thèse défendue par René SAVATIER considère que la personnalité morale de la famille existe dans le groupe familial de façon latente et inductive.⁴⁵ Cette théorie repose sur la nature de l'institution familiale. Selon cet avis, le groupe social qu'est la famille représente une réalité sociale fondée par un acte d'union entre deux personnes notamment de sexes différents. La famille est donc limitée au couple marié avec des enfants légitimes. Sans ces derniers

⁴¹ Dans le droit civil, elles concernent les fondements de la famille. Par ailleurs, dans le droit public elles abordent la relation entre l'État et la famille. La thèse d'Éric MILLARD a par exemple étudié la notion de famille sous l'angle de la protection juridique publiciste. En ce qui concerne le droit pénal, les travaux de Jean-Paul DOUCET se sont intéressés à la famille légitime de façon exclusive.

⁴² Éric Millard, *op. cit.*, Le droit constitutionnel de la famille.

⁴³ V. En ce sens, Journées D'études juridiques Jean DABIN, *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines : travaux des VIIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1987. Vol 1. ; René SAVATIER, *Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, vol. 1. Rapporté par Eric MILLARD, *op. cit.* p. 130.

⁴⁴ J. Carbonnier, *le régime matrimonial*, Bordeaux 1932, rapporté par Eric MILLARD, *op. cit.* p. 130.

⁴⁵ Eric MILLARD, *Famille et droit public Recherches sur la construction d'un objet juridique*, thèse de doctorat, droit, Université Jean-Moulin Lyon III, 1994, p. 15 s.

celle-ci n'acquiert pas la qualité de personne morale du droit naturel⁴⁶. Dans ce système, la famille bénéficie d'une prise en compte pénale complète, mais aussi directe, et qui vise la protection de la légitimité du lien familial. Cela peut par exemple se traduire par l'incrimination des relations sexuelles hors mariage au nom de la fornication criminelle, ou dans le même sens par la sanction de l'adultère en tant qu'atteinte à la fidélité conjugale.

16. La théorie limitée du groupe conjugal. — A son tour, le doyen Carbonnier considère que le couple bénéficie de toutes les qualités pour devenir une personne morale. Ainsi, il estime que la personnalisation de la famille se confirme à travers la notion du couple conjugal. Selon cette thèse, ce dernier s'est construit à partir d'une société matrimoniale dans laquelle les époux sont des associés⁴⁷. Le droit matrimonial de la famille constitue donc le point de départ de cette thèse, ce qui affaiblit son fondement car elle ignore la famille fondée par le couple non marié⁴⁸. De surcroît, cette théorie marginalise la place des enfants au sein du couple, puisque seul le régime matrimonial est pris en compte pour personnaliser la famille⁴⁹. Or la filiation demeure un élément essentiel dans la définition de celle-ci. Dans son étude sur la protection pénale de la famille, Jean-Paul DOUCET⁵⁰ soutient cette thèse en proposant une nouvelle lecture du droit pénal spécial de la famille sous l'égide, exclusif, du mariage légitime⁵¹.

⁴⁶ Il en est également ainsi du droit musulman, selon lequel l'acte de mariage n'est pas défini en tant que contrat fondateur de la famille, mais en tant qu'un acte autorisant surtout le coït conjugal entre deux personnes de sexes différents pour une période non déterminée. La venue des enfants dans le couple conjugal permettra par la suite une formation complète de la famille légitime.

⁴⁷ Éric Millard, *op. cit.*, p., 15.

⁴⁸ Muriel PARQUET, *Droit de la famille*, Lexifac, 2007, p. 20.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Jean-Paul DOUCET, *op. cit.*, p. 150.

⁵¹ L'effondrement de la doctrine autoritaire religieuse représente la cause principale de cette mutation des valeurs sociales, mais aussi de leur influence sur le droit criminel contemporain. C'est donc au nom de la liberté individuelle que le droit pénal protège les individus, et non au nom de la transgression d'une norme religieuse. Certes, plusieurs incriminations de droit positif et certaines interdictions religieuses

17. **Entreprise pénalement dangereuse.** — Cela étant, le courant dominant au sein de la doctrine refuse la reconnaissance d'une personnalité morale ou juridique à la famille. La majorité des auteurs s'accorde sur le fait que la famille constitue un groupe de personnes unies par les liens du sang ou par les liens du couple. Dès lors, sa personnalisation d'un point de vue juridique demeure impossible. Il convient donc de démontrer que si l'on prend au sérieux une telle personnalisation, cela serait dangereux juridiquement, notamment sur le plan pénal.

18. **Application idéologique archaïque.** — En effet, une telle reconnaissance pourrait tout d'abord apporter une influence manifeste sur le droit pénal, car l'enjeu de la personnalisation de la famille s'inscrit dans sa portée éventuelle sur la protection pénale groupale de ses membres. Une mise en exergue de cette hypothèse peut se faire selon deux points de vue. D'une part, parmi les effets phares d'une possible reconnaissance d'une personnalité juridique à la famille, se trouve la responsabilité pénale solidaire du groupe familial. À ce stade, elle pourrait être reconnue à l'encontre de l'ensemble du groupe familial et, cela serait fortement écarté en raison de son incompatibilité avec l'individualisation de la sanction pénale. Peut-on par exemple sanctionner tous les membres d'une famille, ou la famille en tant qu'entité juridique pour une infraction commise contre l'enfant dans l'espace familial ? Cela est inapplicable dans le droit actuel à cause de l'existence d'autres moyens. Par exemple, le mécanisme du signalement obligatoire ou le délit de non-assistance à personne en danger⁵² peuvent s'appliquer pour ces cas-là. De la même manière que la présence d'un mineur lors des violences conjugales constitue une circonstance aggravante depuis la loi du 3 août

s'entrecroisent. Toutefois, la religion ne constitue pas une source principale du droit pénal. La protection pénale au sein de la famille a dépassé les règles religieuses et traditionnelles qui considéraient la famille comme une institution fondée par les liens sacrés du mariage.

⁵² Art. 223-6., C. pén.,

2018⁵³. D'autre part, la personnalisation pénale de la famille pourrait adopter un principe archaïque de la justice criminelle, en l'occurrence celui de la solidarité familiale qui repose sur un droit de réaction et de vengeance dit de « vendetta criminelle »⁵⁴.

19. **Absence de qualité de « famille victime ».** — *De facto*, si l'on accepte une personnalisation de sa part, le législateur pénal doit appréhender l'institution familiale

⁵³ Art. 222-7., C. pén. : « Les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner sont punies de quinze ans de réclusion criminelle. » ;

Art. 222-8., C. pén., « L'infraction définie à l'article 222-7 est punie de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise : ... « La peine encourue est portée à trente ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction définie à l'article 222-7 est commise : « a) sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur ; « b) Alors qu'un mineur assiste aux faits et que ceux-ci sont commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ou, si la victime est mineure, par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur victime ».

⁵⁴ Claire Bouglé-Le Roux, « *Cours d'histoire de droit pénal* », sur CNJF [En ligne], [Consulté le 08/07/2020], <https://cours.unjf.fr/course/view.php?id=185>. Selon cet auteur, « [...] le code de Hammourabi adopte la vengeance privée conservée pour certaines infractions telles que le vol nocturne ou l'adultère flagrant de la femme, mais ce dernier repose sur un système de compositions pécuniaires, et édicte des peines fixes imposées par l'État. La responsabilité y est individuelle et non collective. Mais en ce qui concerne la Loi pénale hébraïque, on trouve dans la Bible un certain nombre d'illustrations de châtiments collectifs et le judaïsme ancien admet la responsabilité des fils pour les fautes des générations antérieures. Dieu en proclame lui-même le principe (Ex., XX, 5) et le principe même du péché originel commis par l'homme en découle. Ceci étant dit, l'individualisme triomphe sur l'antique solidarité du clan nomade, au point que la doctrine des Prophètes reconnaît le principe d'individualisation de la peine. Sur ce point, l'évolution est notable ; on la voit déjà dans le Deutéronome, qui interdit « de faire mourir les enfants pour les pères » (XXIV, 16), y compris au cas de régicide où pourtant il est fréquent de présumer une complicité de l'entourage proche (II Rois, XIV, 5, 6). L'idée d'une rétribution individualisée est affirmée nettement par Jérémie (XXXI, 29-30) puis par Ezéchiel (XVIII), la responsabilité collective ne persistant qu'à l'égard de Dieu, comme c'est le cas pour le péché originel. Exemple : Exode, XX, 5 : « [...] Je punis la faute de ceux qui me détestent. Je punis aussi leurs enfants, jusqu'à la troisième ou la quatrième génération. Mais je montre ma bonté pendant des milliers de générations à ceux qui m'aiment et qui obéissent à mes commandements[...] ». Cette norme a au demeurant été reconduite dans la jurisprudence islamique, par la règle de la responsabilité des parents sur les faits de leurs enfants. Il en est également ainsi de la responsabilité pénale pécuniaire dite *DIA* qui consiste à indemniser de façon solidaire les héritiers de la victime pour l'homicide commis par un membre de la famille. Cette peine est donc collective, mais uniquement en ce qui concerne l'homicide involontaire commis par un membre de la famille, ce qui exclut les infractions intentionnelles. Cette dernière est supportée par les membres masculins ayant un lien parental patrilinéaire direct avec le coupable, comme le père, les oncles, les cousins, les frères, etc. ; chacun selon ses capacités financières. V. Hassan Khitab, *L'impact du lien familial sur les infractions et les sanctions dans le droit pénal islamique*, mémoire de magister, droit, université de Médine, 1998., p. 129. Dans la même lignée, les Grecs anciens ont également connu la responsabilité pénale solidaire de la famille. Selon un auteur « [...] Les règles formulées dans un décret de Téos ainsi que la règle insérée dans une convention d'Athènes avec les Erythréens, ordonnent que, pour certains crimes, la peine de mort soit appliquée à la famille de l'auteur en même temps qu'à lui[...]. V. Paul FAUCONNET. *La responsabilité, étude de sociologie* [En ligne], Pef, 1928., p. 38. ; p. 48, [Consulté le 09 mars 2020].

dans un cadre juridique légal. Il doit respecter l'un des principes fondateurs du droit pénal, celui de la légalité des délits et des peines. Dès lors, même si la famille peut constituer une victime potentielle de la criminalité intrafamiliale, puisqu'elle demeure un objet de protection de la part de la politique criminelle, un objet de droit ne nécessite pas forcément une définition juridique⁵⁵. De plus, le droit répressif exerce un rôle accessoire dans cette matière⁵⁶. Cela est justifié par l'absence d'une considération directe de la structure familiale par ce dernier, puisque la notion de famille en tant que telle n'y est que conjointement protégée. C'est pourquoi le droit pénal peine aussi à définir la famille malgré les tentatives du législateur. Sans réussir, ce dernier a par exemple essayé de proposer une définition exhaustive et légale de l'inceste.⁵⁷ Le Conseil Constitutionnel a en fait censuré cette tentative⁵⁸. De la même manière, bien que des références à la notion de famille existent dans le code pénal ainsi que dans le code de procédure pénale, elles continuent à ignorer la définition juridique de la famille⁵⁹. Comme en témoigne par exemple le cas de l'article 225-4-2 7° du code pénal relatif au délit de traite des êtres humains. Ce dernier s'applique pour l'aggravation de la sanction dudit délit lorsque les faits sont commis « avec l'emploi de menace, de contrainte, de

⁵⁵ Selon la doctrine juridique dominante, même en supposant la reconnaissance du statut de personne morale à la famille, il est peu probable que cela puisse fortement impacter le droit pénal.

⁵⁶ En réalité, l'incriminations des infractions intrafamiliales ne constitue pas une réponse directe à l'atteinte des valeurs substantielle portée par la famille, comme en témoignent les différents textes du code pénal sanctionnant le manquement à certaines obligations parentales ou conjugales. En l'occurrence, ceux sanctionnant l'abandon de famille qui représente dans le droit actuel une atteinte au respect des décisions de justice et non une protection pénale familiale.

⁵⁷ TINEL Marie, La famille en droit pénal [En ligne], *Droits*, vol. 56, no. 2, 2012, pp. 155-178, [Consulté le 05 mars 2015]. <https://www.cairn.info/revue-droits-2012-2-page-155.htm>.

⁵⁸ Cons. Const., 16 octobre 2011, QPC n° 2011-163 ; Cons. Const., 17 février 2012, QPC n° 2011-222.

⁵⁹ Comme l'explique TINEL Marie, « [...] le terme se retrouve dans cinquante-cinq articles du Code pénal et dans cinquante-six articles du Code de procédure pénale. Et, c'est sans compter toutes les fois où le législateur évoque les membres de la famille sans recourir au terme « famille ». ». TINEL Marie, *op. cit.*

violence ou de manœuvre dolosive visant la victime, sa famille ou une personne en relation habituelle avec la victime... ».⁶⁰

20. **Représentation idéologique traditionaliste.** — Par ailleurs, l'attribution de la personnalité morale à la famille est critiquée pour son « *archaïsme juridique* »⁶¹. D'une part, cette thèse ne reconnaît aucune concurrence au mariage dans la fondation de la famille. Or aujourd'hui la famille n'est pas fondée exclusivement sur les liens du mariage. En effet, cette dernière s'écrase en subissant la réalité sociale du pluralisme familial⁶². D'autre part, force est de constater que l'institutionnalisation de la famille trouve ses origines dans le rôle capital qui lui est donné dans la fondation de l'État ou de l'empire.⁶³ Le droit traditionnel la considère comme le noyau premier de la nation. À ce stade, les autorités publiques doivent supporter la charge d'assurer la protection pénale de la famille dans la légitimité ainsi que dans la continuité du lien familial⁶⁴. On trouve cette conception dans des idéologies traditionnelles, qui utilisent les politiques familiales pour des fins autoritaires, et, « *notamment dans des idéologies qui recherchent la substitution de l'individualisme par l'institution familiale* ».⁶⁵ Comme l'exemple du droit soviétique⁶⁶ ou le contenu d'un projet du gouvernement de Vichy, qui a envisagé vainement une personnalisation de la famille.⁶⁷

⁶⁰ V Également les articles 225-12-6 6° et 225-12-9 6° du Code pénal concernant, successivement, les délits d'exploitation de la mendicité et d'exploitation de la vente à la sauvette.

⁶¹ Éric Millard, *op. cit.*, p., 15.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Jean-Paul DOUCET, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁴ EL-KACHNAOUI, *Les règles de la relation conjugale chez les jurisconsultes de l'école malékite*, Librairie de l'héritage arabe. Beirout, 2010.

⁶⁵ Eric MILLARD, « Débats autour de la personnalisation juridique. M. Chauvière, M. Saussier, B. Bouquet, Les Implicites de la politique familiale, [En ligne], Dunod, pp.11-18, 2000. [Consulté le 11/10/2020]. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00131681>>.

⁶⁶ V. Jean-Paul DOUCET, *op. cit.*

⁶⁷ René. Savatier, *Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 1945, rapporté par Éric Millard, *op. cit.*, p. 35.

b. Une prise en compte individuelle de la famille

21. Au regard de sa conception civiliste,⁶⁸ le droit pénal aborde par voie de conséquence la famille en tant qu'ensemble d'individus. Pour ce faire, le législateur pénal s'inspire d'une politique pénale individualiste. Ainsi, afin de cerner les principes qui gouvernent l'intervention pénale au sein de l'espace familial, une distinction entre les facteurs sociétaux et les facteurs juridiques qui les inspirent s'impose. C'est-à-dire, qu'il faut distinguer le « *donné sociologique* »⁶⁹ qui concerne l'émergence sociétale des valeurs individualistes, comme la recherche permanente du bonheur individuel et les autres principes portés par le libéralisme économique et social..., « *du construit juridique* »⁷⁰ qui représente les exigences techniques influençant le droit pénal familial. Ces dernières concernent parfois des normes suprêmes du droit, comme le droit constitutionnel ou le droit communautaire, notamment le droit européen.

22. **Une exigence sociale de protection.** — Comme le remarquent M. Merle et A. Vitu⁷¹, la politique criminelle représente « *un art autant qu'une science* ». Cet art consiste à mettre en place les meilleurs moyens de lutte contre les différentes formes de délinquance. Pour ce qui concerne la politique criminelle familiale, est qualifiée d'intrafamiliale la délinquance qui se déroule dans le cercle fermé de la famille. Le législateur lui prévoit donc un traitement spécifique, car il prend en considération à la fois les liens familiaux et l'intérêt général de la famille. Pour ce faire, il existe une prise en compte pénale variée et variable du lien familial. Ce dernier est tantôt considéré

⁶⁸ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *Droit civil*, Defrénois, 2009 ; V. également. Muriel PARQUET, *Droit de la famille*, Lexifac, 2007. ; Hugues FULCHIRON, Penser la famille au pluriel ?, *DROIT DE LA FAMILLE*, Octobre 2017, n° 10. ; Jean GARRIGUE, *Droit de la famille*, Dalloz, 2015.

⁶⁹ Herzog J.B, *op. cit.*, pp. 337-352.

⁷⁰ Pour reprendre l'expression de Herzog J.B, *op. cit.*, pp. 337-352.

⁷¹ Pierre COUV RAT, Le droit pénal et la famille, *RSC*, 1969, n° 4, p. 807 ; p. 809.

comme constitutif de l'infraction, tantôt reconnu comme une circonstance aggravante ou atténuante de cette dernière. Cela étant, la priorité du législateur demeure réservée à la protection de la personne membre et acteur de l'espace familial. Certes, il doit conjuguer un triple d'objets de politique criminelle familiale. A savoir, l'institution familiale au sens strict, la famille au sens large et enfin l'individu membre de la famille. Toutefois, le droit criminel ne protège pas la structure familiale en tant que telle.

23. Un choix de criminologie sociale. — En effet, parmi les différents objets de la politique criminelle familiale, l'individu membre de famille semble l'emporter sur ses concurrents.⁷² Certes, ces objets s'efforcent de s'imposer dans le code pénal comme des valeurs essentielles, mais certaines contraintes de nature sociologique s'imposent au législateur. Il ne peut assurer une prise en compte pénale qu'à l'égard des valeurs considérées comme fondamentales, dans et par la société. On sait grâce aux enseignements de la sociologie criminelle que les facteurs de la pénalisation et de la dépenalisation se placent souvent à l'extérieur de la volonté législative.⁷³ Puisqu'il est soumis au réalisme social, le droit pénal tenu par la pensée individualiste⁷⁴ opte aujourd'hui pour une prise en compte concentrée sur l'individu. Ce dernier constitue le point de départ de toutes les valeurs protégées par le nouveau code pénal, qui plus est

⁷² Pour Pierre Couvrat : « *Le bilan est significatif : les infractions dirigées à titre principal contre l'institution familiale sont peu nombreuses et, si l'on ose dire, en voie de disparition* ». Pierre COUVRAT, *op. cit.*, p. 833.

⁷³ Laurent MUCCHIELLI, *Sociologie de la délinquance*, Armand Colin, 2014. L'auteur énumère les facteurs sociologiques de la politique criminelle, il considère que les raisons de la pénalisation et de la dépenalisation constituent un agent de pression sur le législateur pénal. V. en ce sens, Jacques FAGET, *Sociologie de la délinquance et justice pénale*, ERES, 2009, p. 109. Ce dernier propose une définition originale « des perspectives actuelles de la construction des politiques pénales à travers les différentes scènes de celles-ci ». Il peut s'agir de la scène politique, la scène technocratique, la scène juridique, la scène sociale et enfin la scène médiatique.

⁷⁴ Cela pour deux raisons essentielles : la soumission au droit civil et les transformations sociales telles que l'émergence de l'individualisme ainsi que le changement des mœurs. Par conséquent, le code pénal la protège de façon accessoire. Cette dernière n'est reconnue qu'à travers les liens qui existent entre les individus membres du foyer.

devenu un code des personnes selon certains auteurs⁷⁵. Pour cela, la protection pénale de la famille ne s'opère qu'au travers les membres de cette dernière.⁷⁶ Somme toute, le droit pénal contemporain n'accorde à la famille qu'une protection pénale indirecte et marginale⁷⁷. C'est pourquoi la doctrine juridique en général ne cesse de qualifier l'intérêt porté à la famille de faible, voire d'inexistant⁷⁸.

24. Une construction juridique adaptée. — On assiste aujourd'hui à une double évolution de la famille, « *une dissolution de la famille traditionnelle d'une part, et une transformation plus complexe de la famille contemporaine d'autre part* »⁷⁹. De ce fait, la complexité du droit pénal familial ne peut que refléter l'image de l'éclatement de la famille traditionnelle en noyaux individuels. Dès lors, les critères de l'intervention pénale dans l'espace familial ont pour point commun la protection de l'individu. En effet, le législateur s'adapte impérativement aux données sociologiques qui alimentent la matière dans laquelle il intervient. Pour cela, les valeurs qui semblent alors le guider concernent essentiellement le respect des libertés individuelles fondamentales. Il convient alors d'évoquer ces critères afin d'essayer d'en retenir certains et pour en écarter d'autres. Avant cela, il faut préciser que le rôle du droit pénal familial est la protection pénale de l'individu membre de sa famille, quel que soit son sexe, son âge, son statut, et, quel que soit la nature du lien familial.

⁷⁵ DEPAIGNE Anne et LASCOUMES Pierre, Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992 [En ligne], *Genèses*, 1997, n° 27, p. 5-29, [Consulté le 03/02/2018]. http://www.persee.fr/doc/genes_1155-3219_1997_num_27_1_1445>, Outils du droit.

⁷⁶ V. en ce sens, Pierre COUV RAT, *op. cit.* ; Camille MONTAGNE, *op. cit.* ; Mahmoud LENKARD, *op. cit.* ; Olivia MAURY, *Famille et droit pénal*, thèse de doctorat, droit, université de Paris 2, 2006. ; D. FENOUILLET V. MALABAT, *op. cit.*

⁷⁷ Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *La vision pénale de la famille*, thèse de doctorat, droit, univiersité d'Aix-Marseille, 1994.

⁷⁸ V. en ce sens, Olivia MAURY, *op. cit.* ; D. FENOUILLET V. MALABAT, *op. cit.* ; P. COUV RAT, « La famille, parent pauvre du droit pénal », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, coll. « Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », 1983, p. 133.

⁷⁹ Emmanuel TODD, *Où en sommes-nous ? Une esquisse de l'histoire humaine*, Seuil, 2017, p. 25.

25. **Principe extrapénal : la vie privée et familiale.** — Selon un auteur, toute la protection pénale familiale « *semble retenir comme critère principal la normalité de la vie familiale du membre du groupe* »⁸⁰. En effet, si l'on considère la famille comme « *un paradigme des prérogatives individuelles* », ⁸¹ sa prise en compte juridique serait basée sur⁸² le droit de chacun de « mener une vie familiale normale ».⁸³ Ce dernier constitue un droit universel pour lequel l'État doit assurer⁸⁴ « la permanence et imposer le respect ». ⁸⁵ La Convention européenne des droits de l'homme le consacre dans son article 8,⁸⁶ pour lequel il existe au demeurant une exigeante considération jurisprudentielle, européenne et constitutionnelle. Pour cela, le droit à la vie privée et familiale constitue la pierre angulaire de la protection juridique de la famille. En ce qui concerne le droit pénal, ce dernier l'aborde sous l'angle de la normalité de la vie familiale justifiant l'intervention pénale au sein de la famille. Toutefois, une partie de la doctrine refuse d'accepter ce critère pour justifier l'intrusion du droit pénal dans la vie familiale.⁸⁷ Il a été considéré comme « *une liberté fondamentale à portée générale et vaste* », qui ne concerne pas expressément la matière pénale. Qui plus est applicable seulement de manière indirecte au droit pénal familial, car il se trouve davantage dans les textes et jurisprudences européens et de façon essentielle dans la jurisprudence administrative⁸⁸. De surcroît, aucune référence à ce principe n'est présente dans le code

⁸⁰ Éric MILLARD, *op. cit.*, p. 100.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Françoise MONÉGER, Dossier : la Constitution et le droit des personnes et de la famille, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, avril 2013, n° 39. : « [...] Le droit de mener une vie familiale normale est désormais lié, dans les décisions du Conseil constitutionnel, avec le droit au respect de la vie privée fondé sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[...] ».

⁸³ Éric MILLARD, *op. cit.*, p. 125.

⁸⁴ Cons. Const. 13 août 1993., n° 93-325 DC

⁸⁵ Éric MILLARD, *op. cit.*, p. 112.

⁸⁶ Art. 8., CEDH.

⁸⁷ Gaëlle SERVA, *La légitimation de l'intervention du droit pénal dans la famille*, thèse de doctorat, droit, université de Montpellier, 2016, p. 59.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 72.

répressif, ce qui affaiblit sa retenue comme critère convaincant sur l'intrusion du droit pénal au sein de la famille, faute d'absence de base légale⁸⁹.

26. Un critère retenu : la dangerosité du milieu familial. — Retenir le critère de la normalité de la vie familiale semble difficile⁹⁰. Pour cela, le droit pénal spécial de la famille s'intéresse de plus en plus à développer une notion de dangerosité du milieu familial. La famille peut, dans certains cas, constituer un milieu dans lequel le comportement incriminé soit facile à commettre pour des raisons diverses. Premièrement, le milieu familial est un cercle fermé, les infractions familiales demeurent donc difficiles à détecter. C'est pourquoi l'obligation de signalement est un mécanisme décisif dans la lutte contre la criminalité intrafamiliale par ailleurs. Deuxièmement, le lien familial existant entre les membres de la famille facilite le passage à l'acte. Certains membres exercent une autorité sociale ou morale, qui peut être naturelle sur les autres membres du groupe familial.⁹¹ C'est pourquoi ce lien constitue une circonstance aggravante de la majorité des infractions intrafamiliales. À vrai dire, le droit pénal semble devenir le gardien de la tranquillité de l'individu membre de la famille et dont la finalité principale réside dans la recherche de son épanouissement dans l'espace familial.

27. Un critère ambigu : la vulnérabilité. — De façon complémentaire et surtout subsidiaire, l'intervention du droit pénal au sein de la famille essaye de dépasser la défaillance de la règle civiliste régissant certains conflits familiaux lorsqu'ils sont assez graves. Partant, les relations individuelles au sein de la famille relèvent de la sphère

⁸⁹ Gaëlle SERVA, p. 60.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 72.

⁹¹ Gaëlle RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, thèse de doctorat, droit, université de Grenoble, 2012. ; Gaëlle SERVA, *op. cit.*

privée. Pourtant, l'État providence par son bras armé, en l'occurrence le droit criminel, a pu s'introduire au sein de cet espace au nom de la protection de l'ordre public. Le droit pénal sanctionne donc les infractions intrafamiliales quelle que soit la nature de la relation qui existe entre les membres de la famille. Ce dernier intervient donc dans tous les groupements humains, même si ce groupe est le cercle fermé de la famille. Il convient ainsi de s'interroger si cet individualisme accru du droit pénal familial repose sur la notion de vulnérabilité du membre de la famille. En effet, on ne peut pas retenir le critère de vulnérabilité comme fondement de l'intervention pénale dans l'espace familial. Cette notion de vulnérabilité demeure large. Certes, le législateur offre des représentations de vulnérabilité, comme l'âge, la maladie, l'infirmité, la déficience physique ou mentale et l'état de grossesse, mais il ne détermine pas si cette notion se définit par un critère objectif exhaustif. De plus, pour bien d'infractions la jurisprudence n'a pas pu cerner cette notion.⁹² On ne peut donc qu'écarter le critère de vulnérabilité du membre de la famille en tant que principe justifiant le rôle du droit pénal familial.

28. **Un critère écarté : le sexe.** — En effet, la particularité du dispositif pénal relatif à la protection pénale du membre du couple réside dans l'indépendance insaisissable de cette matière. L'évolution récente de cette dernière a poussé la littérature criminelle à confirmer l'émergence d'un droit pénal des couples, constituant ainsi une branche entière du droit pénal de la famille⁹³. Celui-ci s'appuie en particulier sur la lutte contre

⁹² En effet, dans certains cas, les juges ont retenu de nouveaux critères de définition de la particulière vulnérabilité. Il en est par exemple ainsi en ce qui concerne l'incrimination relative aux conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité humaine. Pour la définition de cette dernière, la jurisprudence a par exemple estimé que la nationalité du salarié pourrait être considérée comme un état de vulnérabilité aggravant la sanction pénale applicable. Le cas de l'arrêt de la CA. Paris, 19 oct. 2000, 12^e ch. V. Rép. Pén. Dalloz, Conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité humaine., n°9, 2003, Christophe WILLMANN.

⁹³ Sur l'émergence d'un droit pénal des couples. V. Gaëlle SERVA, *op. cit.*, p. 382. ; P. Maistre Du CHAMBON, quelques considérations sur le droit pénal de la famille, *JCP éd.G*, 11 janvier 2011, n° 1-2, 6.

les violences conjugales et, repose sur une philosophie criminelle égalitaire entre les membres de la famille. Ce droit se caractérise par deux orientations majeures⁹⁴ : il se focalise sur l’incrimination de toute discrimination fondée sur le sexe au sein du couple d’une part. Et s’efforce de renforcer la protection pénale de l’enfant, en prenant en compte les répercussions de la maltraitance féminine sur celui-ci d’autre part. La reconnaissance du caractère « sexiste » ou « genré » de la protection pénale au sein du couple serait-elle donc le fondement d’un droit pénal familial en général et des couples en particulier ? En réalité, une forte politique internationale s’impose sur la scène législative pour la lutte contre les discriminations faites aux femmes. Cela est particulièrement dû au changement des mentalités et des pressions sociopolitiques également. Certains auteurs évoquent un « *lobby féministe* » au sein de la sphère internationale⁹⁵. Cela étant, le code pénal ne fait aucune différence entre les conjoints en ce qui concerne les éléments constitutifs des infractions pénales dans le cadre des violences conjugales. La circonstance aggravante relative au lien de couple s’applique tant pour la victime de sexe féminin que pour la victime de sexe masculin. Il est donc sans fondement de prétendre que le droit pénal familial repose entièrement sur la protection de la femme au sein du couple, malgré le rôle certain dit d’affichage législatif utilisé par la politique en la matière.

II. La délimitation du sujet

29. **Approche fondamentale.** — L’étude des infractions intrafamiliales peut concerner de nombreuses approches scientifiques. On peut analyser la technicité juridique⁹⁶ de fond

⁹⁴ ALIX Julie, Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales, *AJ Pénal*, 16 Mai 2014, n° 5, p. 208.

⁹⁵ V. Robert CARIO, *Victimologie. De l’effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, L’Harmattan, 2001.

⁹⁶ TINEL, Marie, *op. cit.*

ou de forme dans le droit pénal familial.⁹⁷ Certains phénomènes législatifs peuvent également être traités comme la pénalisation renforcée ou la dépenalisation récente touchant ce domaine, mais aussi l'autonomie du droit pénal familial⁹⁸. La présente recherche se focalise sur le droit pénal fondamental de la famille, ce dernier a pour objectif l'analyse des incriminations familiales. Pour ce faire, il conviendrait d'élucider l'esprit d'incrimination de l'ensemble des infractions représentatives en la matière, tant dans le droit français que dans le droit algérien. C'est-à-dire, celles qui ont pour caractéristique principale d'être commises dans le cadre familial. Ou plus concrètement de connaître la manière dont le droit pénal aborde la famille en tant que lien juridique, et, en tant qu'espace criminogène. Corrélativement, il conviendrait de se demander pourquoi le législateur prévoit des circonstances aggravantes pour les infractions intrafamiliales et pourquoi il a décidé de dépenaliser certaines infractions traditionnelles. Cela étant, cette étude ne concerne pas les mutations des relations familiales comme objet de réflexion. D'une part, les évolutions des structures familiales représentent l'objet des études sociales qui s'intéressent aux mouvements opérés dans la société⁹⁹. D'autre part, le droit civil reflète directement les transformations de la famille, au contraire du droit pénal qui demeure subsidiaire en la matière. Pour cela, une étude fondamentale du droit pénal familial doit avoir comme cadre le traitement juridique des infractions intrafamiliales de *lege lata* et de *lege feranda*.¹⁰⁰ Pareillement, ladite démarche suppose l'analyse des différentes orientations des politiques criminelles applicables à l'espace familial.

⁹⁷ Les immunités familiales notamment.

⁹⁸ *Supra*, n°1.

⁹⁹ Pour un regard fondamental et précis sur la « sociologie algérienne » V. Pierre BOURDIEU, *Esquisses algériennes*, Seuil, 2008.

¹⁰⁰ Herzog J.B, *op. cit.*

30. **Vérifier l'existence d'une protection pénale commune de la famille.** — Cette étude tente à expliquer « la protection pénale de la famille dans les droits français et algérien,¹⁰¹ sous la lumière de l'influence du droit musulman sur ce dernier ». En effet, inclure le droit musulman dans les objets de la présente recherche semble indispensable pour cerner au mieux le droit pénal familial selon le modèle algérien. De plus, cette inclusion peut enrichir la présente recherche dans la mesure où elle s'ouvre à d'autres systèmes juridiques. S'agissant de l'aspect comparatif, il semble à première vue que des contradictions existent entre les droits français et algériens. Car une esquisse comparative sommaire des deux systèmes démontre que les deux droits sont forgés par des données sociologiques, culturels, historiques et philosophiques ne relevant pas du même ordre ; mais en dépit de cette affirmation, le législateur algérien s'efforce de s'inspirer continuellement du droit français. Ce dernier représente un droit en principe conforme aux droits universels, et un droit porteur des principes des droits de l'homme, dont il a participé à son émergence et à son universalisation¹⁰². Dès lors, on en déduit de cette analyse que le phénomène de la « mondialisation du droit » participe dans le rapprochement des deux systèmes.¹⁰³ En effet, le droit international joue une influence commune sur les deux droits nationaux. Pour cela, bien qu'elle évite de se focaliser de

¹⁰¹ Pour une compréhension de la méthodologie dynamique du droit pénal comparé. V. *infra*, n°7.

¹⁰² Patrick BOUCHERON, *Histoire mondiale de la France*, Seuil, 2017, p. 250.

¹⁰³ COLLECTIF, « Les procédés d'internationalisation du droit pénal, Rapport de synthèse de la journée d'étude », l'Institut de Sciences Criminelles BORDEAUX ISCJ, 10 février 2006, *Dr. pénal*, septembre 2006. V. Eg. Mireille DELMAS-MARTY, Les processus d'internationalisation du droit pénal (criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne) Le cas de l'Iran, *Archives de politique criminelle*, 2001, n° (n° 23),, 1, p. pages 123 à 129. ; Jacques CHEVALLIER, Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? Le droit saisi par la mondialisation [En ligne], *Bruylant*,, 2001, p. pp. 37-61, [Consulté le 04 mai 2020]. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01759953> ; M. DELMAS-MARTY, Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal, Les processus d'internationalisation du droit, *MSH*, vol. 7, 2001. ; Master 2 droit pénal de l'Université Bordeaux IV, L'influence de l'internationalisation du droit pénal sur la protection des personnes », *Droit pénal*, Septembre 2006,, n° n° 9, , étude 13. ; Valérie MALABAT, Les procédés de l'internationalisation du droit pénal, Rapport de synthèse [En ligne], *Droit pénal*, Septembre 2006, n° 9, étude 17. [Consulté le 09 mai 2018.]

façon droite sur la problématique de l'internationalisation du droit pénal, cette étude s'intéresse également à la notion du « droit pénal transnational ¹⁰⁴ » qui implique l'idée de la transposition de certaines règles internationales au sein du droit pénal national.¹⁰⁵ La présente démarche se préoccupe donc, uniquement, des mécanismes du rapprochement des droits français et algérien¹⁰⁶ et ce, dans la limite de l'attention portée aux seules infractions touchant la famille. Ce qui exclut ainsi les autres catégories d'infractions du champs d'étude de cette recherche.

III. L'intérêt du sujet

31. **Absence d'études semblables.** — Il existe de nombreuses études qui ont traité le sujet du droit pénal de la famille¹⁰⁷. Certaines ont étudié de manière générale le droit substantiel¹⁰⁸ et le droit de la procédure dans le cadre du droit pénal familial¹⁰⁹. Alors que d'autres ont pris le parti d'aborder le droit pénal de la famille sous un angle particulier.¹¹⁰ Cependant, il n'existe pas, à notre connaissance, des études qui ont analysé la protection pénale de la famille selon une vision de droit comparé. De plus, la

¹⁰⁴ Neil BOISTER et Robert J CURRIE, *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, Routledge, 2014.

¹⁰⁵ V. Didier REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, 2015.

¹⁰⁶ Valérie MALABAT, *op. cit.* : «[...] les procédés -de l'internationalisation du droit pénal- sont nombreux et vont d'ailleurs plus ou moins loin dans l'internationalisation qui n'est pas un phénomène uniforme, mais plutôt susceptible de degrés : le droit pénal peut donc être plus ou moins international. De l'extension de compétence du juge interne, assez largement pratiquée par le droit français à l'universalisme, en passant par la coopération entre États qui implique la mise en place de conventions ou d'instruments communs, mais aussi par le rapprochement ou l'harmonisation voire l'unification des législations ou encore la reconnaissance mutuelle des décisions de justice, les degrés d'internationalisation sont nombreux et variables tant dans les difficultés qu'ils soulèvent que dans les réticences qu'ils révèlent [...] ».

¹⁰⁷ Sur l'intrusion du droit pénal au sein de la famille. V. Pierre GIOANNI, *Le particularisme du droit pénal de la famille (étude des finalités de l'intervention pénale)*, thèse de doctorat, droit, université de Nice, 1992.

¹⁰⁸ Olivia MAURY, *op. cit.*

¹⁰⁹ Delors GERMAIN, *Les infractions intrafamiliales, Essai sur les infractions intra-familiales*, thèse de doctorat, droit, université de Paris I, 2011.

¹¹⁰ Gaëlle RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, thèse de doctorat, droit, université de Grenoble, 2012.

littérature comparative qui existe déjà en ce qui concerne les droits français et algérien¹¹¹ adopte fondamentalement une démarche statique¹¹², qui souffre de limites de l'espace et du temps.¹¹³ On ne peut que signaler que cette démarche méthodologique semble insuffisante pour appréhender de manière exhaustive les comparaisons entre les systèmes juridiques. Pour cela, il paraît plus approprié l'application d'une méthodologie dynamique de droit pénal comparé, qui s'intéresse à l'évolution des phénomènes juridiques.

32. Intérêt méthodologique. — L'intérêt de cette étude concerne tant le plan théorique que le plan empirique. En effet, cette ouverture comparative a pour objectif principal de confirmer les principes qui gouvernent le droit pénal familial. Elle s'interroge également sur son existence dans d'autres systèmes juridiques. Sa finalité première est de définir les convergences et les divergences entre les droits français et algérien dans la protection pénale de la famille. Pour ce faire, il convient d'étudier leurs évolutions sous deux angles particuliers. Le premier consiste à analyser l'influence des normes internationales sur les droits nationaux. Cela permettra de mesurer la conformité de chacun des systèmes avec la protection pénale contemporaine et « mondialisée » de la famille. C'est-à-dire, selon les principes universels de droits de l'homme, tels que l'égalité entre les citoyens, ou l'obligation de protection de l'individu quoique membre d'un groupe fermé qu'est la famille. Le second incite à mesurer les influences mutuelles entre ces deux droits dans ce domaine. Ce qui caractérise en réalité l'aspect empirique de la présente recherche.

¹¹¹ B. ABDELBAKI, *La protection pénale du lien familial dans le droit algérien*, thèse de doctorat, droit, université de Telemcen., Algérie, 2010.

¹¹² SAAD Mansour, *L'influence des liens de parenté dans le système pénal : Etudes comparatives*, thèse de doctorat, droit, université de Paris 2, 2008.

¹¹³ Certaines études ont également analysé le droit pénal comparé de la protection de la famille, tantôt entre les droits français et algérien, tantôt entre les droits algérien et musulman.

33. **Intérêt historique.** — Le droit algérien s’inspire continuellement du droit français, notamment dans la matière pénale. Le premier code pénal algérien de 1967 représente une transposition du code pénal napoléonien de 1810 par exemple¹¹⁴. Toutefois, cette affirmation est à nuancer concernant le droit de la famille. En réalité, dans ce domaine, le droit algérien est soumis aux règles issues de la jurisprudence islamique¹¹⁵. C’est pourquoi le code familial et la Loi relative au statut personnel demeurent assez éloignés du droit français. Pour cela, l’intérêt de cette étude est d’analyser l’évolution des droits français et algérien en ce qui concerne le droit de la famille et son impact sur le droit pénal. Cette approche aiderait peut-être le comparatiste à supposer les évolutions à venir dans lesdits systèmes juridiques en la matière. D’autant que les droits français et algériens ne semblent pas s’écouler de traditions juridiques différentes. D’inspiration française, le droit algérien demeure un droit positiviste de droit romain, ce qui ne représente pas un droit théologique. Ces deux droits sont donc parfaitement comparables, et cela satisfait à l’une des conditions principales de la méthodologie comparative, qui consiste à comparer des systèmes juridiques assez proches philosophiquement. De surcroît, d’un point de vue culturel, certains liens existent entre

¹¹⁴ L’Algérie représentait un département français entre la période allant de 1830 à 1962. Pendant cette époque, le code pénal français était appliqué sur le territoire du département d’Algérie comme dans tout autre département français, à l’exclusion du droit de la famille appelé aussi le droit de l’état civil. Dans ce domaine, le droit musulman s’appliquait exclusivement aux français de confession musulmane-indigènes-, contrairement au droit commun applicable pour les citoyens européens. Des juges de confession musulmane appelés les *qadis* étaient disposés à juger les affaires de droit familial. V. MIRANTE Jean, *Cahiers du centenaire de l’Algérie, exposé sous la direction de M. Jean Mirante, la France et les œuvres indigènes en Algérie*. Paris 1930.

¹¹⁵ Le droit musulman constitue une source secondaire du droit algérien. L’application directe des règles de la jurisprudence islamique demeure exclusive au droit de la famille, et qui alimentent de façon principale ce droit. Dans les autres domaines juridiques, en cas d’absence de règle légale applicable au litige présenté devant le juge, celui-ci peut recourir aux principes du droit musulman, mais il demeure restreint d’appliquer prioritairement la jurisprudence de l’École doctrinale *Malékite*. En revanche, ce recours est interdit à l’égard du juge pénal qui doit respecter le principe de la légalité criminelle.

les deux pays, ils détiennent une partie commune de l'histoire, une langue partagée¹¹⁶, mais aussi une géographie adjacente¹¹⁷.

34. **Intérêt sociologique.** — « Le droit pénal comparé s'il est abordé selon un regard dynamique, c'est-à-dire sous la lumière des évolutions législatives, permet de recueillir des résultats sociologiques, éclairant le juriste sur le développement de la société »¹¹⁸. Selon un auteur, « *On ne peut que tirer des enseignements sociologiques de toute synthèse comparative* ». L'idée de cette recherche est donc de mettre en exergue l'influence que joue le droit français sur le droit algérien. Pour cela, il faudra analyser les tendances et mouvements des politiques criminelles familiales dans les deux systèmes. Cela permettra de détecter les intersections entre les deux sociétés, puisque les législations reflètent naturellement des réalités de nature sociologique. Cela étant, il faudrait vérifier selon ce point de vue s'il existe un décalage entre la loi et la société en ce qui concerne le rapport entre le droit pénal et le droit familial. Cette recherche essaiera donc de souligner l'intérêt de la concordance entre l'esprit des législations et l'application concrète et sociétale des lois, notamment en ce qui concerne le droit algérien. Pour un auteur, « le progrès social imprime une transformation du droit pénal, mais est-ce l'inverse est vrai¹¹⁹ ? ».

¹¹⁶ Bien que l'Algérie ne soit pas un membre officiel de l'Organisation internationale de la francophonie, le français y demeure une langue quasi-officielle dans l'administration ainsi que dans la société.

¹¹⁷ Les deux pays sont par exemple membres fondateurs de l'Union pour la Méditerranée créée en 2008.

¹¹⁸ Herzog J.B, *op. cit.*

¹¹⁹ *Ibid.* Pour cela il n'est pas sans intérêt de mentionner la confirmation de Montesquieu invitant que : « Lorsqu'on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois. ».

IV. La méthodologie retenue

35. **Une méthode complémentaire.** — Cette étude s'appuie sur une méthode complémentaire dynamique et statique¹²⁰ de droit pénal comparé.¹²¹ Pour cela, elle ne se limite pas à une analyse statique des comparaisons existantes entre les droits répressifs français et algérien, mais elle se focalise sur une vision qui s'attache aux tendances juridiques et à l'évolution historique de la matière étudiée. D'une part, cette étude analyse l'évolution dynamique de la protection pénale de la famille sous la lumière de l'influence du droit international. D'autre part, sa méthodologie prend en compte les grands courants législatifs et jurisprudentiels. Dans cette recherche, les systèmes juridiques observés concernent le droit français, le droit algérien, le droit musulman interprété notamment par les jurisconsultes de l'École malékite, et enfin le

¹²⁰ Boris BARRAUD, *Le droit comparé, La recherche juridique*, L'Harmattan, 2016. ; Marc ANCEL, « Méthodes et enjeux du droit pénal comparé », in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, A. Pedone, 1980, p. 3. ; Béatrice JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective » [En ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2005., n° Vol. 57 n°1, p. pp. 29-48; [Consulté le 10 novembre 2014]. <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_1_19332>. ; J.-B. HERZOG, *op. cit.* ; MARC ANCEL, « Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits », *Revue internationale de droit comparé*, Octobre-décembre 1971, n° Vol. 23 N°4, p. pp. 933-935.

¹²¹ L'existence d'une universalisation du droit pénal a été confirmée par plusieurs études. Ces dernières s'intéressent aussi bien au droit international pénal qu'au droit pénal international. Plusieurs travaux existent donc dans ce domaine, notamment les recherches des universités anglo-saxonnes. Neil BOISTER. *Transnational Criminal Law ? EJIL* (2003), Vol. 14 No. 5, 953-976. En effet, ces dernières essaient de forger une théorie générale et commune du droit pénal à travers la dimension internationale. Ont été étudiés plusieurs aspects de l'internationalisation du droit pénal. Comme les crimes internationaux, les infractions supranationales ou bien les infractions transnationales. De plus, d'autres notions comme la « mondialisation » du droit pénal et la pénalisation du droit international ont été étudiées selon l'axe de la protection des intérêts économiques, ainsi que des droits fondamentaux des individus. Plus particulièrement, cela concerne la coopération internationale policière ou judiciaire, la lutte contre la criminalité transfrontalière ou le terrorisme...etc. Leur but concerne également l'explication des mécanismes de l'émergence de ces infractions à travers le droit international et son influence sur le droit interne. Par ailleurs, de façon plus large, certaines études se sont focalisées sur l'émergence de certains droits transnationaux comme le droit communautaire européen ou le droit international public. Dans la présente recherche, la démarche est plutôt réductionniste puisqu'elle s'intéresse uniquement à la matière de la protection pénale de la famille dans deux systèmes juridiques déterminés, en l'occurrence les droits français et algérien. Et ce, afin de mesurer la manière dont le droit international participe dans le rapprochement de ces deux systèmes juridiques de droit pénal.

droit de certains pays membres de la « Ligue arabe » appliquant un droit mixte entre le droit romain et la *Common Law*. Dès lors, la méthodologie dynamique du droit comparé est d'utilité pratique, car elle explique ce que certains auteurs appellent « les législations contagieuses »¹²², et permet donc au droit national de s'améliorer au contact des droits étrangers. Elle est également d'utilité sociologique, car elle observe la relation entre le droit et la sociologie. Finalement, elle est d'utilité juridique, car elle concerne l'évolution de la politique criminelle relative au phénomène étudié. Dans son état actuel, cette dernière est soumise à une nouvelle protection pénale mondialisée de la famille, qui repose sur un objectif aspirant à la conformité avec le droit international des droits de l'homme.

V. La problématisation du sujet

36. **Hypothèse initiale.** — L'étude du droit pénal de la famille entre les systèmes juridiques français et algérien semble de prime abord relever des écarts majeurs. Notamment au fait de l'influence partielle du droit musulman sur le droit algérien. De plus, des divergences sociales importantes existent entre ces deux pays, soit en ce qui concerne les structures familiales, soit concernant le droit pénal des mœurs et de la famille¹²³.

¹²² ANCEL Marc, *op. cit.* ; V. également, M. J. B. Herzog, *op. cit.* : « [...] Sur le plan de la politique criminelle, le droit pénal comparé ne peut pas manquer d'influencer l'évolution des législations nationales. Il a le mérite de mettre en lumière les fondements de cette évolution qui, sans l'apport des études comparatives, demeureraient souvent diffus, voire insaisissables. En dégagant les courants scientifiques et sociologiques qui se développent universellement et en en découvrant les raisons véritables, le droit pénal comparé les rend impératifs. Il contraint les législations nationales à les approprier aux formes et aux modalités particulières aux différents systèmes juridiques. On peut dire qu'il s'opère, à cet égard, un mouvement alternatif en ce sens que le droit pénal comparé renforce les tendances législatives universelles au fur et à mesure qu'il les dégage [...] ».

¹²³ Le code pénal algérien contient un Chapitre II indépendant intitulé : *Crimes et délits contre la famille et les bonnes mœurs*. Les infractions figurant au sein de ce chapitre concernent l'avortement, l'abandon de famille, le délaissement de mineurs, les délits relatifs à la parenté, la non-représentation d'enfant et autres atteintes aux mœurs comme l'adultère [...].

L'hypothèse générale de cette recherche suppose que le droit algérien soit plus proche du droit musulman que du droit français.

37. **Réponses provisoires.** — Ainsi, si des réponses primaires doivent être avancées, il conviendrait logiquement de confirmer ou d'infirmer l'hypothèse principale de cette thèse. Ainsi, la première réponse suppose l'existence d'une résistance sociale et juridique du droit algérien vis-à-vis de la nouvelle protection pénale de la famille. À ce stade, le droit algérien par une institutionnalisation persistante de la famille, serait différent du droit français qui se désintéresse relativement de celle-ci. La seconde réponse suppose l'émergence d'une commune protection pénale renforcée de l'individu au sein de la famille dans les droits nationaux. Grâce notamment à certaines idéologies dominantes telles que l'individualisme, le libéralisme ou la promotion de l'égalité. Des valeurs fortement soutenues par le droit international¹²⁴ des droits de l'homme.¹²⁵ La présente recherche s'efforcera de statuer sur cette analyse.

38. **Les causes d'un individualisme rapproché.** — A ce stade, si l'on aborde chaque infraction intrafamiliale selon son esprit d'incrimination, on pourra comprendre la valeur qui a poussé le législateur à incriminer tel ou tel comportement. Dès lors, on peut connaître sa source, sa philosophie ou sa *ratio legis* plus précisément. Comme le

¹²⁴ Les conventions internationales ont participé de manière fondamentale dans l'élaboration d'une protection pénale renforcée de la femme ainsi que de l'enfant au sein du droit pénal national. Le droit international influence fortement les systèmes nationaux en la matière de la protection juridique des personnes. Il en est plus particulièrement ainsi des conventions internationales relatives à la lutte contre les discriminations faites aux femmes, ainsi que de la protection de l'enfance. Ces dernières jouent donc un rôle primordial dans l'élaboration d'un droit pénal spécial national de la famille. Ce dernier repose sur la protection des privilèges individuels. En dépit de la supériorité du droit international sur le droit national qui n'est pas contestée, les recommandations internationales issues des différentes conventions n'ont pas de force juridique d'application immédiate au sein du droit interne. -Comme c'est le cas pour le droit communautaire européen-. Néanmoins, elles participent pour le moins sur le plan théorique, à l'élaboration d'un cadre général de référence, ce dernier vise à définir la protection pénale de l'individu au sein du cercle familial.

¹²⁵ Notamment en ce qui concerne les droits de l'enfant.

confirme déjà la doctrine, le droit pénal familial est soutenu par des principes individualistes. La majorité des infractions intrafamiliales a comme valeur première la protection de l'individu membre de sa famille. Pourtant, il n'en demeure pas moins que cette confirmation ne s'inscrit pas sur les mêmes degrés. Aussi bien sur le plan externe entre les droits français et algérien, que sur le plan interne en ce qui concerne les dispositions mêmes du code pénal algérien. En réalité, il n'existe pas d'ambivalence dans le code pénal français puisque la protection pénale de la famille dans ce dernier est assez monolithique. C'est-à-dire qu'elle s'inscrit sur le même fil conducteur individualiste et relationnel¹²⁶. En revanche, celle-ci démontre un caractère dichotomique dans le droit algérien¹²⁷. L'analyse de ce dernier¹²⁸ a certes révélé que la transposition du modèle français semble se renforcer en son sein, mais cela ne concerne pas tous les aspects de la vie conjugale, dans le sens où le viol conjugal a été le grand oublié de ladite loi du 30 décembre 2015 par exemple¹²⁹. Pour cela, la valeur principale partagée entre les droits français et algérien réside dans la protection pénale renforcée du membre de la famille sous le prisme de l'égalité entre les sexes, notamment le membre de couple. Cela se confirme incontestablement par les différents dispositifs relatifs aux infractions commises au sein du couple dans les deux systèmes¹³⁰. Cette

¹²⁶ V. *Supra.*, La protection pénale relationnelle de la famille.

¹²⁷ *Supra.*, n°4.

¹²⁸ Les mutations de la protection pénale de la famille peuvent être comprises à travers du droit international des droits de l'homme. En effet, la littérature criminelle atteste l'émergence d'un phénomène d'internationalisation pénale relative à la protection des libertés individuelles. La « mondialisation du droit » a également contribué à l'élaboration d'une valeur internationale commune. En l'occurrence, la protection pénale accrue de l'individu, et plus particulièrement de la femme et de l'enfant. Ces derniers constituent le centre d'intérêt fondamental du droit pénal familial

¹²⁹ Patrick WACHSMANN, *Les droits de l'Homme*, Dalloz, 2018, p. 20. : « [...] les conventions internationales appellent à l'interdiction de toute mesure de discrimination à l'égard de la femme, de promouvoir une éducation soucieuse d'éradiquer les préjugés s'opposant à l'accession des femmes à l'égalité, ou bien pour assurer un statut économique, social et politique égal à celui assuré aux hommes [...] ».

¹³⁰ Le force du droit international s'inscrit dans son influence sur les systèmes nationaux, y compris sur les plus droits les plus résistants aux changements, ainsi qu'à l'adoption des valeurs contemporaines universelles. Sur l'exemple iranien, V., Anicée Van Engilend, *Universalité des droits de l'homme et droit iranien*, thèse de doctorat, IEP Paris, 2005., p. 6. V. Eg. Mireille Delmas-Marty, *op. cit.*

analyse participera peut-être au renouvellement des logiques juridiques desdits droits et de la vision politique qui les inspire. (*Première partie*).

39. **Les figures d'une divergence manifeste.** — Cependant, les tempéraments nationaux empêchent parfois les rapprochements juridiques, malgré les efforts d'universalisation s'opérant sur le niveau du droit international. Par voie de conséquence, les politiques criminelles dans les droits français et algérien demeurent une source de divergences certaines. D'une part, le principe de l'individualisation du droit pénal familial se heurte à une institutionnalisation relative de la famille dans le droit algérien. Les règles pénales applicables au mariage et à la filiation continuent à puiser leurs sources dans la philosophie islamique du droit pénal, notamment par le maintien de certaines incriminations traditionnelles. D'autre part, ils existent certaines limites d'ordre technique et juridique empêchant un rapprochement théorique des systèmes français et algérien. En d'autres termes, le développement temporel et scientifique du droit pénal français le place dans une situation d'avance sur son homologue algérien. Pareillement, le réalisme adopté par le législateur français faisant de lui un droit standard et évolutif, qui s'adapte facilement aux réalités sociales contemporaines. Comme en témoignent notamment les nouvelles valeurs protégées par le droit pénal spécial applicable à la notion de filiation et au contrat de mariage. Dans ce sens, il conviendrait de s'interroger sur les aspects de divergence entre les droits français et algérien dans le droit pénal familial. (*Seconde partie*)

Première partie. L'émergence d'une protection pénale partagée de l'égalité conjugale dans les droits français et algérien

Seconde partie. La résistance d'un modèle algérien propre dans la défense des valeurs familiales

Partie première. La protection pénale partagée de l'égalité conjugale entre les droits français et algérien

40. **Une mission commune.** — La consécration de l'égalité conjugale dans le droit s'est focalisée sur l'élimination de toutes formes de discriminations, notamment normatives à l'égard de l'épouse membre du couple. Cette mutation s'est opérée dans le droit algérien dans le cadre de la fin de la hiérarchisation conjugale et horizontale au sein du code de la famille, avant de sanctionner nommément les atteintes à l'égalité au sein du couple dans le code pénal. **(Titre 1)** Cela le rapproche relativement du droit français qui a connu un cheminement législatif identique. Bien que ce dernier adopte une reconnaissance plus généralisée de l'égalité conjugale, ce en réservant au lien de couple une considération indifférente quant aux incriminations dans le milieu familial. **(Titre 2)**

Titre1. Une reconnaissance progressive de l'égalité conjugale dans le droit algérien

40. **La mutation récente du droit algérien.** — Par le biais de la loi du 30 décembre 2015, relative à la lutte contre les discriminations faites aux femmes, la notion des violences conjugales a fait son entrée pour la première fois dans le code pénal. Auparavant, les violences commises au sein du couple étaient sanctionnées par le recours au droit commun, et ce depuis le code pénal de 1966. L'existence d'une possible acceptation par analogie du droit de correction marital était rejetée. Ainsi, contrairement à une fausse idée répandue dans et par la doctrine, la correction physique de l'épouse a toujours constitué un fait illicite et interdit. **(Chapitre 1)** Désormais, les atteintes à l'intégrité physique ou morale du conjoint représentent officiellement un fait pénalement répréhensible. **(Chapitre 2)**

Chapitre 1. La sanction des violences conjugales au nom de l'égalité commune devant la loi

40. **La résistance du droit algérien face au droit de correction marital.** — Dans le code de la famille de 1984, l'épouse devait soumission et obéissance à son mari. L'ordonnance du 27 février 2005 a substitué un principe de respect mutuel à cette prérogative dont bénéficiait l'époux, et a validé ainsi une jurisprudence constante se résumant à rejeter toute projection de l'inégalité conjugale civiliste dans le code pénal. **(Section 1)** Nonobstant la place respectable quoique, ambiguë, dont bénéficie le droit musulman dans le droit algérien qu'y demeure une source secondaire et qui accepte quant à lui le droit de correction marital. **(Section 2)**

Section 1. La sanction de l'abus d'un devoir d'obéissance symbolique

40. **La nature positiviste du droit algérien rejette la correction de l'épouse.** — Il n'existe en effet aucun texte juridique autorisant expressément le droit de correction marital dans le droit algérien. **(§1)** De plus, des sanctions civiles viennent en aide au droit pénal dans ce rejet de correction physique de l'épouse en sanctionnant civilement les violences subies par cette dernière. **(§ 2)**

§1. L'absence d'une reconnaissance législative du droit de correction marital

41. **Une supériorité relative du statut de l'époux.** — L'obligation d'obéissance de l'épouse du code de la famille doit s'entendre par un simple devoir de subordination à l'époux.

(A) Par conséquent, le droit de correction marital ne constitue pas un fait justificatif autorisant l'atteinte à l'intégrité notamment physique du conjoint. (B).

A. L'obéissance comme prérogative limitée quant à la correction effective

42. **Un débat doctrinal symbolique sur le recours au droit musulman.** — Une grande partie de la doctrine se manifestait en faveur de l'acceptation du droit de correction marital¹³¹. Cet avis se référait d'une part aux termes des articles 1¹³² du code civil et 222 du code de la famille, permettant le recours aux règles de jurisprudence islamique. Et d'autre part, aux termes de l'article 39 du code de la famille instaurant une obligation d'obéissance de l'épouse. Enfin, il fallait interpréter les termes de l'article 39 du code pénal précisant : « *qu'il n'y a pas d'infraction lorsque le fait était ordonné ou autorisé par la loi* » en faveur de l'époux corrigeant physiquement son épouse désobéissante¹³³.

43. L'ordonnance du 27 février 2005 portant modification du code de la famille dans son entier a totalement abrogé l'article 39. Désormais, les deux époux doivent vivre dans la cohabitation en harmonie et le respect mutuel et dans la mansuétude. Ainsi, le débat en

¹³¹ Mahmoud LENKARD, *op. cit.*, p. 314. ; B. ABDELBAKI, *op. cit.*, p. 74.

¹³² Art. 1., C. Civ. Al. « En effet, en vertu de l'article premier du code civil, la loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et, à défaut, selon la coutume. Le cas échéant, il a recours au droit naturel et aux règles de l'équité ».

¹³³ S'agissant des violences volontaires à l'encontre du conjoint, les qualifications en question concernent principalement des infractions courantes de droit commun. Il peut s'agir de l'homicide volontaire ou du meurtre (-Art.254 C. pén. Al) sans que la qualité du conjoint ne soit une circonstance aggravante particulière. Sont également concernés les blessures et les coups ou « les voies de fait » - (Art.264. C. pén. Al-). S'il résulte de ces sortes de violences volontaires une maladie ou une incapacité totale de travail pendant plus de quinze jours (Art. 264. C. pén. Al- ; Art. 265.) Dans le cas où les violences volontaires ne causent pas une maladie ou une incapacité totale de travail n'excédant pas quinze 15 jours, une contravention de première catégorie est applicable, (Art. 441. bis. C. pén. Al) les tortures et les menaces sont également concernées. (Art. 284. C. pén. Al. ; Art. 441. bis. C. pén. Al- ; Art. 263. bis. C. pén. -).

question est antérieur à cette modification. D'après ladite thèse, le droit algérien a reconnu le droit de correction marital de façon latente. Car aux termes du code de la famille de 1984, l'épouse est tenue d'obéir à son mari et de lui accorder des égards en sa qualité de chef de famille. De là, il en ressort qu'il existe une possibilité de correction de l'épouse en cas de violation de cette obligation. Pourtant, le devoir conjugal d'obéissance demeure limité au respect symbolique de l'épouse envers son mari et donc il s'agit uniquement d'un devoir moral et civil¹³⁴.

44. **Un privilège limité.** — Ainsi, les prérogatives que le code de la famille confère à l'époux en tant que chef de famille se limitent selon la jurisprudence à l'encadrement de la vie familiale domestique. Le devoir d'obéissance de l'épouse ne s'entend pas par la soumission parfaite à l'époux, et n'autorise donc pas la commission de faits répréhensibles que ce soit moralement ou pénalement. Les jurisconsultes musulmans ont au demeurant défini l'obéissance conjugale par le fait de se soumettre à un devoir de bienveillance et de mansuétude envers l'époux¹³⁵. Egalement, certains jurisconsultes joignent à ce devoir une obligation de communauté de vie conjugale, c'est pourquoi l'abandon de domicile familial constitue une violation de cette obligation. Ce devoir n'est donc pas absolu et doit respecter son cadre légal déterminé par la loi. Quant à l'encadrement de la vie domestique et familiale, cela se limite selon la doctrine au choix de scolarité des enfants, au choix du prénom de l'enfant¹³⁶, etc.

¹³⁴ Mahmoud LENKARD, *op. cit.*, p. 314. ; B. ABDELBAKI, *op. cit.*, p. 74.

¹³⁵ Wafa BINT ABDEL AZIZ ALSUOUILAM, « *MOUSKITAT AL KAWAMA.DIRASSA FIKHIYA MOKARANA* » (La disparition des effets juridiques de la supériorité de l'époux dans le droit musulman comparé). Les publications de l'Université ALSAOUUD, Arabie-Saoudite 2019. ; p.119.

¹³⁶ Amina ELKHELIMI, *La correction de l'épouse entre le droit et la Charia*, thèse de doctorat, droit, Université de BISKRA.2019., p.147.

45. **Un usage excessif civilement sanctionné.** — Pour faire face à la violation du devoir d'obéissance conjugal, le code de la famille algérien à l'instar de certains droits de pays voisins a mis en place des moyens de sanction civile. Notamment par la création d'une action spécifique relative au retour de l'épouse au domicile conjugal. Ainsi, le juge qui considère que l'épouse a quitté le domicile conjugal de manière non justifiée peut prononcer un divorce pour faute aux torts de l'épouse dite désobéissante¹³⁷. Par ailleurs, le juge peut également prononcer une suspension du droit de pension alimentaire légale à l'épouse lorsqu'elle celle-ci aura abandonné le domicile conjugal sans motif légitime¹³⁸.

46. Il est donc force de constater que le droit algérien prévoit une protection civiliste avant tout du devoir d'obéissance de l'épouse. Les violences physiques volontaires telles que les blessures et les voies de fait à l'encontre de l'épouse sont par nature punissables sous les qualifications de droit commun¹³⁹. Par exemple, s'agissant des violences sans incapacité totale de travail, les faits sont qualifiés de contravention de première catégorie relative aux violences volontaires contre un majeur. Le lien de couple ne constitue donc pas un fait justificatif au regard de cette infraction. Aucun effet juridique sur la qualification ni sur la peine n'était par conséquent prévu. Cette protection pénale indirecte de l'épouse au sein du couple contredit l'idée même de l'existence d'un droit de correction marital. De plus, l'application immédiate des règles du droit pénal est d'ordre public et l'existence d'une infraction clairement définie s'applique donc immédiatement.¹⁴⁰ Ainsi toute exception doit être clairement définie et déterminée par

¹³⁷ Art. 55., C. fam. Al. « En cas d'abandon du domicile conjugal par l'un des deux époux, le juge accorde le divorce et le droit aux dommages et intérêts à la partie qui subit le préjudice. ».

¹³⁸ Kettal JAMEL, *op. cit.*, p. 150.

¹³⁹ B. ABDELBAKI, *op. cit.*, p. 214.

¹⁴⁰ Mathias COUTURIER, Les évolutions du droit français face aux violences conjugales. De la préservation de l'institution familiale à la protection des membres de la famille, *Dialogue*, 2011, n° 191,

la voie législative. Cela se traduit également par l'interdiction de l'analogie en droit pénal ainsi que par l'interprétation stricte de la loi pénale.

47. L'autorisation de la correction devrait de plus relever d'une règle pénale écrite. —

Pour ce qui concerne l'application de l'article 39 du code pénal, considéré comme une autorisation expresse à la correction de l'épouse, les juges ont¹⁴¹ considéré que la permission de la loi ne peut justifier la commission d'un crime ou d'un délit.¹⁴² Le recours à une norme coutumière telle que la correction de l'épouse ne saurait donc justifier des violences volontaires graves au sein du couple. En l'absence d'une base légale autorisant clairement le droit de correction marital, les poursuites pénales au nom de l'atteinte à la personne sont également et naturellement applicables au sein du couple.

48. De surcroît, le code pénal algérien ne prévoit aucune exception d'application concernant la correction maritale. Autrement dit, le code pénal ne contient pas d'atténuation ou d'exonération de la sanction, ni d'excuse légale¹⁴³ pour les violences conjugales en raison de l'exercice d'un prétendu droit de correction marital. Cela va par exemple à l'encontre de certains systèmes de pays de culture musulmane, qui ont validé le droit de

p. 67-78. : « [...] : « Dès le début du XIXe siècle, les violences conjugales ont été déclarées punissables sur le fondement des articles 309 et 311 du Code pénal ancien incriminant alors les coups, blessures, violences et voies de fait. (Cour de cassation, chambre criminelle, 28 ventôse an X). Un arrêt remarqué de 1825 (Cour de cassation, chambre criminelle, 9 avril 1825) précisait d'ailleurs que cette règle vaut, quelles qu'aient été leurs conséquences sur la situation matrimoniale des époux [...] ».

¹⁴¹ En ce qui concerne le droit français, V. Crim. 22 mai 1959, Bull. n°264 ; Crim. 4 mai 1961, Bull. n°236 ; Crim. 12 janv. 1977, n° 75-91.613, Bull. n° 18, pour le délit de pollution de cours d'eau ; Crim. 4 oct. 1989, pour une dénonciation calomnieuse. Crim. 13 oct. 2004, n°s 03-81.763, Bull. n° 41 ; Crim. 8 févr. 2006, n° 05-84.247, pour un faux en écriture ; Crim. 30 sept. 2008, pour des écoutes téléphoniques illégales.

¹⁴² Elisabeth FORTIS, Le commandement de l'autorité légitime : c. pén., art. 122-4, al. 2, RSC, 2005., p. 66.

¹⁴³ Art. 279. C. pén. Al. : « - Le meurtre, les blessures et les coups sont excusables, s'ils sont commis par l'un des époux sur son conjoint ainsi que sur le complice à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère ». L'excuse légale relative au délit d'adultère en flagrance, concerne quant à elle, une situation particulière d'exception et ne concerne pas la correction de l'épouse.

correction marital de façon expresse par les textes. C'est ainsi que le code pénal fédéral des Émirats-Arabes-Unis¹⁴⁴ autorise de façon explicite la correction de l'épouse en cas de désobéissance au regard de la puissance maritale dont bénéficie l'époux. Le code pénal Égyptien¹⁴⁵ quant à lui autorise le recours explicite aux règles du droit musulman pour la correction maritale aux termes des conditions définies par la doctrine islamique. Le code pénal du Koweït¹⁴⁶ consacre également une excuse légale lorsque les faits incriminés ont été commis dans « l'exercice d'un droit de discipline ». Il en est ainsi pour le code pénal du Qatar¹⁴⁷, le code pénal du Bahreïn¹⁴⁸ le code pénal du Sultanat d'Oman¹⁴⁹, le code pénal de Jordanie¹⁵⁰, et finalement du code pénal du Soudan¹⁵¹. En revanche, le code pénal algérien ne prévoit pas de cause d'irresponsabilité pénale pour la correction maritale, malgré son application qui demeurerait théorique dans la pratique.

B. Le rejet indirect de la correction maritale dans le code pénal

49. Une protection banale du membre de couple. — Antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2015, la protection pénale du membre de couple s'appuyait sur les infractions de droit commun. L'ordonnance de 2005 portant modification du code

¹⁴⁴ Par exemple, l'article 53 du code pénal fédéral des Émirats-Arabes-Unis précise que : « Il n'y a pas de crime si l'acte a lieu de bonne foi dans l'utilisation d'un droit prévu par la loi et dans les limites fixées pour un tel droit. Les éléments suivants doivent être considérés comme une utilisation du droit : 1. Châtiment par un mari à sa femme et châtiment des parents, ou de quiconque agit à leur place, au mineur les enfants dans les limites prescrites par la charia ou par la loi... » Traduction faite par l'auteur.

¹⁴⁵ L'article 60 du code pénal égyptien : « les dispositions du code pénal ne s'appliquent pas aux actes commis de bonne foi, conformément à un droit déterminé par la charia. ».

¹⁴⁶ Code pénal du Koweït, article 29 : « il n'y pas de crime si l'acte est commis en exerçant le droit de discipline par une personne ayant droit à ce droit, à condition que ses limites soient commises et qu'elle vise une simple correction... ».

¹⁴⁷ Art.47.

¹⁴⁸ Art.16.

¹⁴⁹ Art.38.

¹⁵⁰ Art.62.

¹⁵¹ Art.11.

de la famille a légèrement amélioré cette prise en compte théorique des violences commises dans le couple. En effet, toutes les atteintes portant sur les personnes¹⁵² étaient susceptibles d'être commises au sein du couple, hormis les cas relatifs aux immunités familiales. Ainsi, aucun cadre ou traitement spécifique ne leur a été prévu. Toutefois, la pratique juridique a témoigné d'un traitement clément envers le mari auteur d'infractions commises sur son épouse. Tantôt au nom de l'existence supposée d'un droit de correction marital, tant dans le droit civil que dans le droit pénal, tantôt afin d'éviter un éclatement plus dangereux de la famille et du couple. De surcroît, l'arsenal pénal ne permettait toujours pas des poursuites réelles pour les infractions commises au sein du couple, notamment à cause de l'absence d'une reconnaissance législative clarifiante.

50. Une prise en compte insuffisante et relative du conjoint. — Par ailleurs, le législateur pénal n'a pas parfaitement ignoré le membre du couple dans le droit pénal. Certaines infractions sont attachées de circonstances aggravantes applicables à la qualité du conjoint. Et peuvent par conséquent, pour le moins de façon indirecte, représenter un cadre spécifique pour le traitement des infractions commises au sein du couple. Celles-ci concernent le délit d'administration de substances nuisibles à la santé,¹⁵³ lorsque les faits sont commis par le conjoint de la victime,¹⁵⁴ ainsi que de l'infraction relative à la

¹⁵² Hocine BOUSKIIA, *op. cit.*, p. 55.

¹⁵³ Art. 275., C. pén. Al.: « est puni d'un emprisonnement de deux mois à trois ans et d'une amende de cinq cents à deux mille dinars quiconque cause à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel en lui administrant, de quelque manière que ce soit, sciemment, mais sans intention de donner la mort, des substances nuisibles à la santé. ».

¹⁵⁴ Les circonstances aggravantes relatives à ce délit sont prises en compte selon les modalités suivantes :
Lorsqu'il en est résulté une maladie ou incapacité de travail d'une durée supérieure à quinze 15 jours, la peine est celle de l'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans ;
Lorsque les substances administrées ont causé soit une maladie incurable, soit la perte de l'usage d'un organe, soit une infirmité permanente, la peine est la réclusion à temps, de cinq (5) à dix (10) ans ;
Lorsqu'elles ont causé la mort de la victime sans l'intention de la donner, la peine est la réclusion à temps, de dix (10) à vingt (20) ans ;

traite des personnes avec l'application de la circonstance aggravante pour la relation de couple¹⁵⁵. Toutefois, cette considération du lien de couple dans l'incrimination ne concerne qu'un nombre limité d'infractions.¹⁵⁶ De plus, la volonté du législateur s'inscrit davantage dans une politique d'affichage et de conformisme avec le droit international, que de traitement spécifique du lien conjugal¹⁵⁷. Par exemple, la circonstance aggravante relative au lien conjugal dans le crime de la traite des humains¹⁵⁸ constitue une transposition dans le code pénal dans le cadre de l'adaptation du droit algérien aux engagements internationaux¹⁵⁹. Cela concerne plus précisément la Convention internationale pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui¹⁶⁰. Par cette occasion, le législateur algérien a inscrit, pour la première fois, une circonstance aggravante relative au conjoint victime dans le code pénal, après celle applicable pour le délit d'administration de substances nuisibles à la santé.

51. L'absence d'une réelle considération du statut de conjoint. — Il existe en réalité un autre cas de circonstances aggravantes applicable pour la qualité du conjoint. Cela concerne le délit de la cohabitation avec une prostituée aux termes de l'article 343 du

¹⁵⁵ A. SULEYMANE, *Droit pénal spécial*, D.M.G Alger, 1990., p. 182. En réalité, cette infraction concerne une sanction plus sévère du conjoint qui ose violer la confiance mutuelle qui s'installe dans le couple, en mettant la vie du conjoint en danger, celui-ci viole ainsi plus d'une valeur protégée par le code pénal.

¹⁵⁶ H. BOUSKIIA, *op. cit.*, p. 231.

¹⁵⁷ B. ABDELBAKI, *op. cit.* p. 174.

¹⁵⁸ Il s'agit de l'article 303 bis-5 du code pénal qui dispose que : « La traite des personnes est punie de la réclusion à temps de dix ans à vingt ans. Et d'une amende de 1.000.000 à 2.000.000 dinars (au lieu de trois ans à dix ans et d'une amende de 300.000 à 1.000.000 dinars.). ».

¹⁵⁹ Le décret présidentiel du 9 novembre 2003 a promulgué la Convention internationale pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui. Il a été approuvé le 2 décembre 1949 et entré en vigueur le 25 juillet 1951. De la même manière, le législateur a ratifié le protocole additionnel concernant la protection des enfants et des femmes victimes de la traite des personnes.

¹⁶⁰ Convention approuvée le 2 décembre 1949 et entrée en vigueur le 25 juillet 1951.

code pénal algérien. Visiblement, le législateur algérien s'inspire de l'article 334-3° de l'ancien code pénal français. Le texte français considérait comme proxénète¹⁶¹ celui « *qui, sciemment, vit avec une personne se livrant habituellement à la prostitution.* ». En effet, une partie de la doctrine algérienne a faussement inscrit cette incrimination dans la lutte contre les violences conjugales¹⁶². Or on peut clairement en déduire que la valeur protégée par l'article 343 du code pénal algérien est la lutte contre l'exploitation de la personne dans des activités de proxénétisme. La terminologie dudit article témoigne de ce choix de sanctionner une activité particulière qui est la prostitution. D'ailleurs, même dans le droit français, cette question a déjà suscité un certain débat doctrinal. Selon un auteur, « *lier cette infraction à la lutte contre un type particulier de violences conjugales serait illusoire* ». ¹⁶³ De surcroît, la jurisprudence exigeait un partage des profits entre le conjoint ou le concubin avec la personne se livrant à la prostitution.¹⁶⁴ De la même manière, cette interprétation était judicieuse afin d'éviter une « non-conventionalité » du texte pénal, au regard de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme selon le même avis¹⁶⁵. De plus, en ce qui concerne le cas du droit algérien, le texte pénal n'impose pas une obligation de mariage entre les personnes concernées. Dès lors, il peut s'agir d'une simple cohabitation habituelle comme le concubinage. Or ce statut familial n'est pas reconnu dans ce système juridique. Pour cela, il ressort de cette analyse que l'absence de l'existence d'un

¹⁶¹ V. Bruno PY, V° « Proxénétisme », *in Rép. pén.* Dalloz, sep. 2010, n° 89.

¹⁶² Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *op. cit.*, p. 172.

¹⁶³ Emmanuel PIERRAT, *Le sexe et la loi*, Arléa, 1996., p. 70. Selon un auteur : « Il s'agissait d'une disposition aberrante qui revenait à interdire aux filles publiques toute vie privée, les condamnant de fait à une solitude définitive. ».

¹⁶⁴ Cass. Crim. 4 juin 1980, n° 79-93.998, publiée au bulletin. ; CA Paris, 9 Oct. 1987, JurisData n° 028488 ; CA Bordeaux, 17 fév. 1988, JurisData n° 045154; CA Paris, 21 Dec. 1990, JurisData n° 025693; CA Paris, 24 fév. 1993, Juris-Data n° 022098; Cass. Crim. 18 Oct. 1995, Gaz. Pal, Chr. Crim. p. 37, n° 88, 28 mars 1996, p. 37

¹⁶⁵ Jean PRADEL et Danti-Juan MICHEL, *Droit pénal spécial: droit commun - droit des affaires*, Cujas, 2014., p. 505.

dispositif protecteur du membre du couple dans le droit algérien en la matière ne peut qu'être confirmée.

52. Par conséquent, une solution juridique nouvelle s'impose au législateur algérien. En effet, afin que le délit de cohabitation habituelle avec une personne se livrant à la prostitution puisse concerner l'exploitation de l'épouse dans le proxénétisme. Il serait préférable pour le législateur algérien d'exiger une obligation de mariage entre les personnes concernées. Dans ce cas, les poursuites seraient possibles à l'encontre de tout conjoint d'une personne se livrant à la prostitution en toute connaissance de cause. Une autre solution s'offre au législateur, c'est celle de supprimer l'alinéa 3 de l'article 343 en gardant une incrimination générale qui concerne le partage de profits de la prostitution avec ou sans cohabitation. Cette infraction est déjà incriminée par l'alinéa 4 dudit article qui punit toute personne étant en relation avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution ne peut justifier de ressources correspondant à son train de vie¹⁶⁶. D'ailleurs, cette solution est la création du nouveau code pénal français de 1994. Le législateur a donc supprimé l'élément de la cohabitation habituelle avec une prostituée et a préféré la création d'une qualification de proxénétisme par preuve de partage des produits avec ou sans cohabitation.¹⁶⁷ L'article 225-5-°2 exige désormais que l'intéressé doive tirer profit de l'exercice de la personne avec qui il vit, se livrant à la prostitution. L'intéressé ne peut donc invoquer le défaut d'élément intentionnel dès

¹⁶⁶ Art. 343, 4°, C. pén. A.

¹⁶⁷ Art. 225-5., C. pén. : « 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 ; 3° d'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire. Le proxénétisme est puni de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. »

lors qu'il existe une connaissance de cause des activités de l'épouse ou de la concubine¹⁶⁸...

53. Le code pénal algérien n'avait ainsi pas prévu de prise en compte particulière du lien conjugal. Mais il n'a pas exclu les atteintes à l'intégrité physique de l'épouse notamment d'une application ordinaire de ses textes. A l'instar du code de la famille qui n'a pas épargné l'épouse d'une protection civiliste, acceptant par conséquent une possible sanction civile renforcée de ses droits.

§2. Un caractère symbolique soutenu par la reconnaissance de la faute civile

54. **Une orientation nouvelle.** — Dans le préambule du projet d'un code unique de la famille présenté à la Ligue des pays arabes, il a été fait mention au divorce pour faute comme étant une solution nécessaire lorsque la vie conjugale dans la mansuétude devient impossible. Le même projet a ainsi tranché en faveur de la validité l'avis jurisprudentiel unique de l'école malékite qui seule reconnaît le divorce pour faute dans le droit musulman. Une règle qui a été partagée dans l'ensemble des pays dits arabes. En réalité, le divorce représente un remède « non-souhaitable » selon la majorité des jurisconsultes de droit musulman, c'est pourquoi le législateur algérien a rechigné à reconnaître l'action du divorce pour faute. Par l'ordonnance du 27 février 2005, l'article 53 du code de la famille accorde désormais à l'épouse la possibilité de demander le divorce « *pour tout préjudice légalement reconnu* ». ¹⁶⁹ Le législateur n'a pas donné une définition

¹⁶⁸ Crim. 5 Avr. 1995, n° 94-82.027, publiée au bulletin.

¹⁶⁹ Art. 53., C. Fam. Al. : « Il est permis à l'épouse de demander le divorce pour les causes ci-après :

légale du préjudice justifiant une demande de divorce pour faute. Il en ressort donc que le critère d'évaluation de ce préjudice reste soumis à la subjectivité de l'épouse et à la libre appréciation du juge. Ainsi, lorsque celui-ci prononce une ordonnance de non-conciliation doit statuer sur la demande de l'épouse et évaluer la nature du préjudice prétendument subi par cette dernière. Il convient aussi de signaler la souplesse du texte du code de la famille, qui permet à la femme membre de couple de bénéficier d'une protection plus élargie, car le préjudice prétendument subi peut, être physique ou moral simple ou aggravé. De là, le caractère attentatoire de l'époux et qui peut justifier une demande en action de divorce pour faute peut résulter des faits d'injures, de violences ou du harcèlement, ou aussi d'atteinte aux intérêts financiers de l'épouse¹⁷⁰.

55. Une ouverture jurisprudentielle. — A vrai dire, la jurisprudence n'a pas attendu la reconnaissance légale de l'action pour faute pour sanctionner les atteintes aux intérêts de l'épouse. Il a donc été prononcé le divorce pour faute en application des règles générales de la faute, issues du code civil pour plusieurs manquements. Pour l'absence d'un logement décent, pour le non-respect de la condition de régularité des versements de la pension alimentaire, pour la maltraitance de l'épouse par des agissements portant

1 - pour défaut de paiement de la pension alimentaire prononcé par jugement à moins que l'épouse n'ait connu l'indigence de son époux au moment du mariage sous réserve des articles 78,79 et 80 de la présente loi :

2 - pour infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage,

3 - pour refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre (4) mois,

4 - pour condamnation du mari pour une infraction de nature à déshonorer la famille et rendre impossible la vie en commun et la reprise de la vie conjugale,

5 - pour absence de plus d'un (1) an sans excuse valable ou sans pension d'entretien,

6 - pour violation des dispositions de l'article 8 ci-dessus,

7 - pour toute faute immorale gravement répréhensible établie,

8 - pour désaccord persistant entre les époux,

9 - pour violation des clauses stipulées dans le contrat de mariage,

10 - pour tout préjudice légalement reconnu. »

¹⁷⁰ BQUAIS Samia, les conditions du divorce dans le droit algérien, [En ligne, consulté le 19 septembre 2018] <https://platform.almanhal.com/Files/2/74387>.

atteinte à la dignité de celle-ci, pour l'abus de rudesse par l'époux ou pour l'abandon de famille¹⁷¹. Il est force de constater que la jurisprudence n'a jamais écarté la faute de l'époux au nom du droit de correction marital ou au nom du devoir d'obéissance de l'épouse¹⁷², d'ailleurs, le juge pénal ne s'interdisait pas le recours au droit musulman afin de limiter la correction de l'épouse aux seules agissements ne portant pas atteinte à l'intégrité physique et la dignité de la personne, ce qui constitue une infraction pénale parfaitement punissable.

Section 2. Un droit autorisé mais limité dans le droit musulman

56. L'ambigüité du droit musulman quant à place de la correction marital. — En acceptant seulement la correction symbolique non-violente de l'épouse, la jurisprudence du droit algérien s'est inspirée du droit musulman. Pourtant, les avis doctrinaux quant aux conditions de la correction de l'épouse dans ce dernier sont considérablement divergents. Il faut noter que ledit cadre jurisprudentiel concerne tant la correction parentale des enfants que la correction marital. **(§1)** Pour ce qui concerne spécialement cette dernière, les conditions la concernant s'attachent surtout à une règle de subsidiarité. A défaut, une sanction pénale de l'abus de correction demeure possible. **(§2)**

¹⁷¹ Cass. Civ., n° 1801648 du 23 décembre 1987. ; Cass. Civ. ; n°35891 du 25 février 1985 ; Cass ; civ n° 13413413 du 19 novembre 1984 ; Cass. Civ ° 3471 3471 19/11/84 Cass. Civ n° 73992 du 01 octobre 1991 Cass civ n° 191648 du 23 décembre 1997. ; Cass civ n° 127948 du 16/01/1996 ; Cass civ n° 135435 du 23/04/1996 ; Cass civ. 44457 du 26/01/1987 ; Cass Civ, n° 36414, du 20/05/1985, n°2 1992 Cass civ. 50519 du 26/09/1988.

¹⁷² Droit de la famille des femmes françaises et maghrébines, Le divorce en droit algérien. [En ligne-consulté le 03 mars 2019]. CICADE-2016.

§1. Une application validée dans le droit musulman

57. **Une justice familialiste privée.** — Le droit de correction marital constitue un sujet de consensus au sein de la doctrine du droit musulman. Il est justifié d'une part par la notion de *pater familias* consacrant la supériorité de l'époux considéré comme le chef de famille, qui correspond à la notion de *mundium* de l'ancien droit français. (A) Et d'autre part par la consolidation de la prérogative de maintien de l'ordre familial privé pour l'époux. (B)

A. Un privilège soutenu par une légalité non contestable

58. **Légitimité absolue.** — Le droit de correction marital trouve ses origines dans les sources principales et capitales du droit musulman, ce qui justifie sa force doctrinale et son acceptation sociétale. Il n'existe ainsi aucun doute sur l'applicabilité du droit de correction marital dans l'ensemble de la jurisprudence islamique, s'agissant d'un Consensus jurisprudentiel *Ijmaa*¹⁷³.

59. Plus concrètement, les sources du droit musulman concernent d'une part le texte Coranique, et d'autre part la Tradition *Sunna* qui regroupe les dires attribués au « prophète » et à ses « compagnons ». L'interprétation de ces sources par les jurisconsultes les plus reconnus du droit musulman constitue l'ensemble de la jurisprudence islamique. Celle-ci regroupe les avis jurisprudentiels des grands érudits, elle est répartie dans différentes écoles juridiques constituant ainsi un Droit musulman

¹⁷³ Abdelkader AOUDA, *op. cit.* Le consensus jurisprudentiel de droit musulman *Ijmaà* représente une source secondaire de la législation islamique. Il est qualifié comme l'unanimité jurisprudentielle de la totalité des érudits reconnus comme tels du droit musulman sur une question juridique donnée. V. Eg. François-Paul Blanc, *Le droit musulman*, Dalloz, 2007., p. 128.

comparé¹⁷⁴. En réalité, la majorité de ces écoles doctrinales s'accordent à la fois sur la légalité et la légitimité de la correction de l'épouse désobéissante¹⁷⁵.

60. Constituant la première source principale du droit musulman, le *Coran*¹⁷⁶ apporte des dispositions précises concernant le droit de correction marital. Il n'est pas sans intérêt de préciser que les textes en question sont difficiles à traduire vers la langue française. De nombreuses interprétations sont donc possibles : « ...*corrigez, frappez, battez...* ». De surcroît, l'interprétation du sens de la désobéissance pose un problème de définition

¹⁷⁴ Les différentes écoles doctrinales dans ce système ont été fondées par les grands jurisconsultes de droit musulman ainsi que par la jurisprudence de leurs disciples. Sur le plan chronologique, il s'agit de l'école Hanafite, de l'école Malékite, de l'école Chaféite, de l'école Hanbalite et enfin de l'école Djafarite. En effet, ces cinq grandes écoles de droit musulman constituent l'ensemble de la doctrine juridique islamique *Charia* notion plus large et *fiqh* signifiant le Droit, elles s'appuient sur des sources communes : (Coran, la tradition, l'analogie raisonnable, le consensus des érudits...) mais leurs jurisprudences se divergent selon l'interprétation donnée par chaque érudit ou jurisconsulte. En réalité les travaux des grands imams de l'islam portent sur tous les aspects de la vie, ce qui regroupe ainsi le droit musulman *Charia*. Toutefois, les notions juridiques impliquent au contraire un domaine de recherches et décisions jurisprudentielles plus restreint appelé le droit ou *el-fiqh*.

¹⁷⁵ Certaines écoles minoritaires rejettent cette source normative du droit musulman, il s'agit plus particulièrement de l'école Mutazilite apparue au début de l'islam et dont la place parmi les écoles officielles du droit musulman est rejetée par l'ensemble des érudits.

¹⁷⁶ Coran IV-38 : « Les hommes sont supérieurs aux femmes à cause des qualités par lesquelles Dieu a élevé ceux-là au-dessus de celles-ci, et parce que les hommes emploient leurs biens pour doter les femmes. Les femmes vertueuses sont obéissantes et soumises : elles conservent soigneusement pendant l'absence de leurs maris ce que Dieu a ordonné de conserver intact. Vous réprimandez celles dont vous aurez à craindre la désobéissance ; vous les reléguerez dans des lits à part, vous les battrez, mais aussitôt qu'elles vous obéissent, ne leur cherchez point querelle. Dieu est élevé et grand. » Kazimirski BIBERSTEIN, *Le Koran traduction nouvelle faite sur le texte arabe* [en ligne], édité par BNF, Charpentier Paris, 1852. [Consulté le 04 janvier 2016]. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6529874t/f115.image>. ; Coran 4.34 : « Les hommes ont autorité sur les femmes, en raison des faveurs que Dieu accorde à ceux-là sur celles-ci, et aussi à cause des dépenses qu'ils font de leurs biens. Les femmes vertueuses sont obéissantes (à leurs maris), et protègent ce qui doit être protégé, pendant l'absence de leurs époux, avec la protection de Dieu. Et quant à celles dont vous craignez la désobéissance, exhortez-les, éloignez-vous d'elles dans leurs lits et frappez-les. Si elles arrivent à vous obéir, alors ne cherchez plus de voie contre elles, car Dieu est certes, Haut et Grand ! » *Le Saint Coran. Traduction en langue française du sens de ses versets de Mohammed Hamidullah, revue et corrigée par le complexe du roi Fahd. [En ligne]* <http://www.lenoblecoran.fr> ; V. Ég. Coran 4.34 : « Les hommes ont autorité sur les femmes, du fait que Dieu fait grâce à certains plus qu'à d'autres, et du fait qu'ils dépensent leurs biens. Les vertueuses adorent, et gardent le mystère de ce que Dieu garde. Admonestez celles dont vous craignez la rébellion, reléguez-les dans des dortoirs, battez-les. Si elles vous obéissent, ne cherchez pas contre elles de querelle. Voici, Dieu, le Sublime, le Grand. »

LE CORAN - L'Appel Traduit et présenté par André CHOURAQUI. [En ligne] <http://www.lenoblecoran.fr>.

de la raison principale permettant la correction de l'épouse¹⁷⁷. Certains exégètes du Coran interprètent le sens du texte par la désobéissance ou l'insubordination,¹⁷⁸ certains par la récalcitrance et la résistance ou la rébellion.¹⁷⁹ S'agissant de la Tradition *Sunna*,¹⁸⁰ nombreux sont les textes attribués au *prophète* qui valident également la légalité et la légitimité du droit de correction marital.¹⁸¹ Ces textes définissent notamment les modalités et les circonstances de la correction de « l'épouse désobéissante » faisant partie d'un cadre spécifique.

B. La condition de la légitimité de la correction maritale

61. **Une légitimité conditionnée.** — Les types du droit de correction marital sont divisés selon la nature de l'obligation ou de la règle enfreinte le justifiant. Il peut donc s'agir des obligations religieuses (a), des obligations conjugales (b) et des obligations criminelles. (c)

¹⁷⁷ V. *Infra*, n° 126 et s.

¹⁷⁸ Ibn KATHIR, *L'authentique de l'exégèse*, traduit par À. HARAKAT, Maison d'Ennour, 2014, t. 1., p. 59.

¹⁷⁹ Ibn ARABI, *Ahkam Alcoran (les règles du Coran)*, Maison du livre, 2003., p. 352.

¹⁸⁰ La *Sunna* ou la Tradition qui signifie « cheminement », représente les enseignements du *prophète* tels que les dires, les actes et le délaissement de certains actes. Les principales sources reconnues de la tradition prophétique relative au droit musulman s'appuient plus particulièrement sur les travaux de recueil suivants : Le livre des *authentiques de l'imam AL-Boukhari*, ainsi que le livre des *authentiques de l'imam Mouslim*.

¹⁸¹ Le livre principal de la Tradition islamique correspondant à « la parole du prophète » rassemblée par El Bokhari (exégète et transcripateur des dires du prophète) rapporte le *hadith* suivant : « Lorsqu'un homme invite sa femme à son lit pour le coït, qu'elle refuse et qu'il passe la nuit irrité contre elle, les anges la maudissent jusqu'à ce qu'elle sera au matin » ; ou en ce qui concerne les droits de l'époux, le prophète a dit : « Ses droits, répondit-il, sont : lui assurer la nourriture, l'habillement, éviter de lui frapper le visage, ne pas l'insulter et de ne la fuir que dans le lit » ; ou encore, « Craignez Dieu en vos femmes car elles sont comme des captives chez vous. Entre autres droits que vous avez sur elles, elles ne doivent plus recevoir chez elles de personnes qui vous déplaisent. Si elles font cela, frappez-les sans les brutaliser. Par contre vous devez leur assurer la nourriture et l'habillement selon la coutume ». Ibn KATHIR, *op. cit.*, p. 60.

a. Le droit de correction pour la violation des droits divins religieux

62. **Une justice familiale morale.** — Il existe une divergence de jurisprudences concernant le droit de correction de l'épouse pour la violation des obligations religieuses. Deux jurisprudences sont donc à distinguer. Il existe d'une part une jurisprudence minoritaire qui regroupe les jurisconsultes malékites,¹⁸² certains jurisconsultes hanéfites¹⁸³ et la majorité des hanbalites¹⁸⁴. Selon cette jurisprudence, le mari a le droit ou le devoir, selon certains, de corriger son épouse en cas de violation de devoirs religieux, telles que les pratiques et obligations religieuses -la prière, le jeûne, ou l'obstination à se soumettre à certaines obligations ou rites religieux-. La qualité de chef de famille qui profite au mari lui impose une responsabilité morale pour les comportements des membres de sa famille.¹⁸⁵

63. Il existe d'autre part une jurisprudence dominante attribuée aux jurisconsultes chaféites,¹⁸⁶ et certains jurisconsultes hanbalites et hanéfites.¹⁸⁷ Cette jurisprudence considère que le mari n'a pas à corriger son épouse en cas de violation d'obligations religieuses à cause de leur caractère personnel. La seule cause légitime permettant la correction est uniquement la raison de la désobéissance permanente de l'épouse¹⁸⁸.

¹⁸² AVERROES Le Grand-Père, *Al-Bayane*, Maison d'el guareb, 1988, p. 256/5.

¹⁸³ Ibn ABÉDINE, *Commentaires sur le Droit musulman*, Dar elfikr, 1992., p. 189.

¹⁸⁴ Ibn QUODAMA, *Le nécessaire dans le Droit*, Le Caire, 1968., p. 261/10.

¹⁸⁵ I. SALAH, « Les types de la tutelle maritale », [en ligne :] *Alukah droit musulman*, [consulté le 15 mai 2015]. <http://www.alukah.net/sharia/0/46608/>.

¹⁸⁶ Ibn HAJAR, *La tohfa en droit*, IHYA, 1983., p. 606.

¹⁸⁷ Ibn ABÉDINE, *op. cit.*, p. 189/3.

¹⁸⁸ I. SALAH, *op. cit.*

b. Le droit de correction justifié par la violation des obligations conjugales

64. **La sanction de l'épouse continuellement désobéissante.** — La jurisprudence dominante dans le droit musulman considère que les droits individuels de l'époux, ainsi que la violation des obligations matrimoniales par l'épouse peuvent justifier le droit de correction de celle-ci par son mari. En revanche, la jurisprudence est partagée concernant la question du moment où la correction de l'épouse est autorisée. Les jurisconsultes de droit musulman se sont posé la question¹⁸⁹ du moment déclencheur du droit de correction marital. Cette question est de savoir si la première violation des devoirs conjugaux permet la correction physique, ou s'il existe une condition d'habitude des violations ou de la désobéissance. La jurisprudence de l'école malékite et hanafite est lucide sur cette question : elle exige une condition d'habitude de la désobéissance de l'épouse, ainsi qu'une condition de subsidiarité de la correction physique qui doit constituer un dernier recours après l'avertissement, l'éloignement et le blâme¹⁹⁰. À l'inverse, l'école chaféite¹⁹¹ considère que l'époux a un droit absolu de correction de son épouse dès la première désobéissance.

c. Le droit de la correction justifié par une condamnation pénale

65. **Le rôle de l'époux en tant que représentant familial du « prince ».** — La jurisprudence concernant ce type de correction maritale est partagée. Certains jurisconsultes considèrent que le mari bénéficie d'un droit d'application des peines pour

¹⁸⁹ I. SALAH, *op. cit.*

¹⁹⁰ La majorité des jurisconsultes de l'école hanbalite et un seul avis chaféite valident et se joignent à ce choix jurisprudentiel.

¹⁹¹ Ibn ARABI, *op. cit.*, p. 224.

les crimes et délits commis par son épouse après une décision du juge¹⁹². Par ailleurs, la jurisprudence dominante interdit relativement ce droit d'application des peines réservé exclusivement à la force publique.¹⁹³ En réalité, certains jurisconsultes considèrent néanmoins que le mari bénéficie d'un droit d'application des peines sur son épouse pour les infractions les moins graves. C'est-à-dire, pour les contraventions qui concernent la violation des incriminations définies par le pouvoir législatif, et qui ne sont pas passibles des peines de crimes et de délits¹⁹⁴. Les peines applicables pour les contraventions sont très diverses, il peut s'agir par exemple de l'amende, de l'emprisonnement ou d'un simple blâme...¹⁹⁵

§2. Les conditions de la correction physique

66. La correction de l'épouse comme de l'enfant doit être orientée vers l'éducation et ne doit pas être alimentée par une posture de vengeance. Une condition de bonne foi s'impose donc, qui doit avoir pour finalité la réparation et la conciliation **(A)** et, non pas la punition sous peine d'illégitimité. **(B)**

A. Les formes autorisées de la correction

67. En tant que droit réservé à l'époux, il ne constitue en aucun cas une sanction disciplinaire conjugale, mais un règlement spécifique des conflits par le chef de famille

¹⁹² Les peines applicables pour les crimes et délits dans le droit musulman sont : la peine de mort, la lapidation en cas d'adultère, l'amputation de la main pour le vol, et le fouet pour l'état d'ivresse ainsi que pour les relations sexuelles hors le cadre du mariage.

¹⁹³ Etant un droit construit essentiellement pendant l'antiquité tardive et au début du moyen âge, les jurisconsultes musulmans utilisent l'expression du « prince » ou gouverneur pour désigner le titulaire de la force publique d'application des peines. A l'instar ainsi de Machiavel.

¹⁹⁴ V. en ce sens. Abdelkader AOUDA, *op. cit.*, p. 625.

¹⁹⁵ Mohamed SALIME, *Les origines du droit pénal musulman*, La Renaissance, 2006., p. 302.

qui remplace le juge. Pour cela, une condition de subsidiarité plaçant comme le dernier recours possible la correction physique s'impose. Cette dernière doit être précédée par la réprimande, ensuite par la privation charnelle de l'épouse, avant de recourir à la force physique par l'époux. Par ailleurs, la correction physique de l'épouse ne doit pas mettre la vie ni la santé de celle-ci en danger.

68. La correction physique doit être justifiée par une cause légitime et légale. — C'est-à-dire par une violation des devoirs conjugaux ou une désobéissance permanente ou habituelle. L'utilisation de la force physique doit constituer le dernier recours possible pour le mari. Enfin, elle ne doit pas porter atteinte grave à la vie ou à l'intégrité physique de l'épouse. Les limites du recours à la correction physique ont été fixées par la jurisprudence. Elles sont communes à la correction familiale en général, c'est-à-dire qu'elles concernent à la fois la correction de l'épouse ainsi que la correction des enfants. Les situations dans lesquelles la correction physique est injustifiée peuvent faire l'objet d'une liste non exhaustive : la correction physique ne doit pas laisser des traces graves ni d'hématomes sur le corps de la personne, elle ne doit pas causer une mutilation ou une infirmité permanente, elle ne doit pas se porter sur le visage ni les parties sensibles du corps humain, ne pas se servir de la force physique dans une situation de vulnérabilité de l'épouse telle qu'une maladie ou une grossesse, ne pas compromettre la dignité de la personne comme la présence d'un tiers par exemple.

69. De manière générale, la correction physique doit être précédée par les moyens de correction suivants : la réprimande ou l'avertissement préalable qui vise à rappeler à l'épouse « le châtiment de Dieu » et le droit¹⁹⁶ du mari en vertu de sa dépense pour elle

¹⁹⁶ Ibn Arabi, *op. cit.*, p. 59.

et ses bienfaits, il s'agit d'une leçon de morale.¹⁹⁷ L'éloignement sexuel ou la privation charnelle qui consiste à défendre de partager sa couche : c'est-à-dire, « s'abstenir d'avoir de rapports charnels avec l'épouse en la reléguant dans la chambre ou de lui tourner le dos étant dans un même lit¹⁹⁸, et sans lui adresser la parole tant qu'il se trouve avec elle dans le foyer conjugal ». Ces deux moyens peuvent être suivis de la correction physique sous les conditions énumérées ci-dessus, notamment en respectant les limites de ce privilège réservé au mari sous peine de sanction pénale.

B. Le dépassement du cadre autorisé sanctionné

70. Une doctrine dominante sur la nature d'ordre public des atteintes à la personne. —

Lorsque l'époux ne respecte pas les conditions légales de la correction de l'épouse notamment par le recours abusif à la force physique, deux avis jurisprudentiels sont applicables dans le cas de cette hypothèse.¹⁹⁹ En effet, le droit de correction marital dans le droit musulman est autorisé selon des conditions de nature convenable, le recours à la force physique en particulier ne doit pas mettre la vie ou la santé de l'épouse en danger sous peine de sanctions pénales à l'encontre de l'époux selon la jurisprudence dominante en la matière.²⁰⁰

¹⁹⁷ Soumia DAIA, Provisions of abuses arising from disciplinary project in Islamic jurisprudence -Les effets de l'abus d'utilisation de droit de correction dans la jurisprudence islamique, mémoire de magistère, droit musulman, université de Gaza, 2015., p. 55.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ H. Sayed KHATAB, *L'effet du lien familial sur l'infraction et la peine dans le droit pénal musulman*, mémoire de magistère, droit et charia, université Al-Azhar, Le Caire, 2010., p. 477.

²⁰⁰ La correction physique des subordonnés à cause du lien familial est limitée par la condition de ne pas causer de dommages graves sur la personne de l'épouse ou de l'enfant, notamment des dommages physiques. Le préjudice moral quant à lui ne figure pas dans la doctrine islamique et semble inconnu aux anciens jurisconsultes musulmans.

71. Il existe d'une part une jurisprudence minoritaire qui considère que si la correction était légitime, aucune poursuite pénale à l'encontre de l'époux n'est possible, même en cas de décès, ou de blessures graves, d'une mutilation ou d'une infirmité temporaire ou totale de l'épouse. Selon cet avis jurisprudentiel, le lien de famille existant entre les membres du couple justifie la correction et donc les faits.
72. D'autre part, il existe une jurisprudence dominante qui refuse tout impact du lien de couple sur les crimes et délits commis à l'occasion de la correction physique de l'épouse par son mari. La légalité du droit marital de correction ne justifie en aucun cas la commission des infractions de droit commun, tels que le meurtre ou la mutilation d'un membre de la victime. De surcroît, toute atténuation de la peine ou de la sanction est en conséquence refusée.
73. La condition de l'utilisation correcte, raisonnable et appropriée de la force physique prime sur la prise en compte du lien familial par le code pénal. A défaut, il n'existe aucun empêchement pour une reconnaissance législative de la sanction de la correction physique de l'épouse au nom de certains principes discriminatoires à son égard. Cette solution a par ailleurs été adoptée par le droit algérien au sein de la loi du 30 décembre 2015 relative aux violences faites aux femmes.

Chapitre 2. La sanction spécifique des violences domestiques au nom de l'égalité proprement conjugale

74. **Une sanction confirmée des atteintes à l'égalité conjugale.** — Le droit de correction marital ne représente plus un alibi pour justifier les atteintes à l'intégrité physique de l'épouse notamment. **(Section 1)** Par ailleurs, un rallongement des composantes de l'égalité conjugale était nécessaire pour inclure les atteintes non physiques dans cette protection pénale. **(Section 2)**

Section 1. La sanction expresse des corrections physiques de l'épouse

75. La protection de l'intégrité physique du conjoint est désormais inscrite sous la nomination généraliste des violences volontaires contre les particuliers .²⁰¹ Il s'agit de manière globale de qualifications standards (§1) avec la particularité de ne pas épargner l'ancienne relation conjugale dans leur application. (§2)

§1. La réintégration d'une infraction classique

76. **Epouser le réalisme du droit pénal**²⁰². — La nouvelle loi relative aux violences conjugales de 2015 s'appuie surtout sur le rôle « moralisateur du droit répressif au sein du couple »²⁰³. Et plus particulièrement dans l'évolution des mentalités au sein de la

²⁰¹ Allaoui ABDELLATIF, La protection pénale de la femme, *La revue de la jurisprudence algérienne*, 30 septembre 2018, n° 17, p. 300.

²⁰² Toufik Kediri et Miloud HOUHOU, La promotion du statut de la femme dans le droit algérien (droit familial et droit de la nationalité), *La revue de la jurisprudence algérienne*, 25 septembre 2017, n° 15, p. 268.

²⁰³ Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *op. cit.*, p. 368.

société²⁰⁴, malgré son approche prudente en ce qui concerne les infractions sexuelles susceptibles d'être commises dans la sphère conjugale. La notion des violences volontaires bénéficie d'une représentation complexe²⁰⁵, aussi bien dans le droit positif que dans le droit musulman²⁰⁶. Afin d'éviter toute ambiguïté dans la définition des violences conjugales de nature physique, le législateur algérien a donc eu recours à une définition exhaustive issue d'une infraction classique, en l'occurrence de l'infraction de coup et blessures volontaires.

77. La maîtrise de la diversité des faits. — Les caractéristiques de l'infraction de coups et blessures volontaires commise au sein du couple concernent la diversité des faits et la variété des éléments matériels pris en compte. A l'instar du législateur français, le législateur algérien ne consacre pas de définition légale pour l'infraction de coups et blessures qui peuvent être commis à l'encontre du conjoint aux termes de l'article 266-bis du code pénal. Il faudrait donc recourir à la jurisprudence afin de définir l'élément matériel de cette incrimination²⁰⁷. Quant à la doctrine criminelle, celle-ci définit les

²⁰⁴ Khaoula KELVANI, Le rôle du médecin légiste dans la preuve des coups et blessures volontaires à l'encontre de l'épouse dans le droit algérien, *La revue de la jurisprudence algérienne*, 20 Avril 2017, n° 15., p. 182.

²⁰⁵ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.*, p. 402

²⁰⁶ La notion des violences volontaires en droit musulman concerne les atteintes physiques commises contre les personnes. Elles sont appelées *les jinayât* et correspondent plus concrètement à l'homicide ainsi qu'aux blessures et mutilations. Il s'agit en effet d'une conception juridique d'esprit civiliste, mais cette partie du droit, forme également un droit pénal spécial des personnes. Cela concerne le chapitre relatif au « droit de talion » englobant les infractions des (*qisâs*) chez les hanéfites et les hanbalites. Néanmoins, les malékites les incluent dans le chapitre relatif aux *hudûd* (c'est-à-dire les peines déjà fixées par les sources principales de la Charia, -Coran, tradition, consensus, analogie...- au contraire des *taâzir* pour lesquelles les sanctions pénales sont fixées par le législateur positiviste- autorité législative-) Et ce sous le sous-titre appelé : (*al-jinâyât 'alâ n-nafs*, les crimes contre la vie et l'intégrité physique). Concernant l'école des chaféites, ces derniers font de même en rétablissant le terme *qisâs* pour les violences volontaires contre les particuliers. V. Hervé BLEUCHOT, *Droit musulman* [En ligne], Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, vol. 418p. <https://books.openedition.org/puam/979>>

²⁰⁷ Art. 266. Bis., C. pén. Al., : « Quiconque volontairement, cause des blessures ou porte des coups à son conjoint est puni ainsi qu'il suit : 1- d'un emprisonnement d'un (1) à trois (3) ans si les blessures ou les coups n'ont occasionné aucune maladie ou incapacité totale de travail de plus de quinze (15) jours.

coups par un choc sans effusion de sang et les blessures par la rupture des téguments avec plaie et effusions de sang²⁰⁸. Il est intéressant de signaler que ces deux qualifications constituent, numériquement, les formes de comportements les plus détectés dans les différentes statistiques relatives aux infractions commises au sein du couple²⁰⁹.

78. Quant à l'absence d'une définition légale de la théorie générale des violences volontaires, il est nécessaire de rappeler que le nouveau code pénal français a intégré toutes les formes de violences dans une qualification commune.²¹⁰ Alors que le droit pénal algérien maintient les qualifications de blessures, coups, violences et voies de fait dans la définition des violences volontaires.²¹¹ Ces dernières constituent une notion large qui regroupe les différents comportements ayant pour commun la condition de la consommation matérielle des faits.²¹² C'est pourquoi il faut se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation afin de définir les éléments constitutifs des violences volontaires. La Haute juridiction française a par exemple jugé que l'élément matériel de cette infraction n'implique pas nécessairement un contact physique²¹³. La jurisprudence abondante en la matière explique notamment le caractère polymorphe des violences.²¹⁴ Pour ce qui concerne la diversité des faits constituant les violences volontaires, cinq critères peuvent donc influencer le quantum de la peine encourue : le résultat dommageable, la qualité des victimes, la qualité de l'auteur, les moyens employés et enfin la vulnérabilité spéciale de la victime. A ce stade, il existe en effet des éléments

²⁰⁸ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.*, p. 401.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Art. 227-7 et s. C. pén.

²¹¹ Art. 264., C. pén. Al. : « Quiconque, volontairement, fait des blessures ou porte des coups à autrui ou commet toute autre violence ou voies de fait, et s'il résulte de ces sortes de violences une maladie ou une incapacité totale de travail pendant plus de quinze jours, est puni d'un emprisonnement de deux mois à cinq ans de 500 à 10 000 DA. ».

²¹² Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.*, p. 404.

²¹³ Crim. 7 sept. 1993. Bull. crim. N°80; Crim. 3 Mars. 1992 Bull. crim. N°95

²¹⁴ Christophe ANDRÉ, *op. cit.*, p. 125.

constitutifs communs et une diversité de répression.²¹⁵ Par conséquent, les violences physiques peuvent concerner une catégorie très large de comportements incriminés. Cela peut par exemple concerner des coups de poing²¹⁶, des coups de pied²¹⁷, des gifles²¹⁸, une manipulation de la victime²¹⁹, des blessures avec une arme, etc.²²⁰

79. En raison de cette définition matérielle diversifiée des violences volontaires, certains auteurs considèrent que la qualification commune de violences est très vague,²²¹ parce qu'elle remplace une ancienne qualification plus exacte de l'ancien code pénal. Cet inconvénient a peut-être poussé le législateur algérien à définir les violences volontaires de manière assez exhaustive des faits incriminés, à savoir les blessures, les coups, les violences ou les voies de fait. Par ailleurs, les violences volontaires constituent une infraction autonome attachée par des circonstances aggravantes dans le code pénal français. En revanche, dans le code pénal algérien le législateur préfère reconnaître la spécificité de chaque catégorie de victimes. En effet, cela justifie l'existence de différentes incriminations de violences. On trouve par exemple un délit commun de violences volontaires contre les majeurs ou contre les mineurs, des violences contre un ascendant légitime ou contre le conjoint ou finalement, des violences volontaires avec préméditation ou guet-apens.

80. La vie conjugale étant complexe, le législateur algérien a prévu d'élargir sa protection des membres de couple en reconnaissant également l'ancienne relation conjugale.

²¹⁵ Véron MICHEL, *Droit pénal spécial*, SIREY, 2019., p. 49.

²¹⁶ Crim. 24 janv. 1863. Bull.36.

²¹⁷ Crim. 25 juil. 1884, Bull. 250

²¹⁸ Crim. 11 mai. 1929, Bull. 147.

²¹⁹ Crim. 10 fév. 1933. Bull. 37

²²⁰ Crim. 12 août. 1853, Bull. 398

²²¹ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.*, p. 404.

§2. L'adoption partielle du pluralisme familial

81. **L'élargissement de la protection pénale du conjoint.** — De nouveaux rapports de force se sont installés au sein de la famille contemporaine, et ce, notamment, à cause de la mise à l'écart juridique comme sociale des considérations traditionnelles du mariage²²². Pour cela, le droit pénal familial²²³ repose désormais sur un individualisme validé d'une part,²²⁴ et se compose d'une conception égalitaire de la famille d'autre part²²⁵. Cette orientation pénaliste semble devenir la norme. Désormais, l'accent est mis sur la protection du membre de la famille.²²⁶ De la même manière, l'impact des violences commises au sein du foyer sur la sécurité et l'éducation de l'enfant se trouve au centre des préoccupations du législateur²²⁷.

²²² Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *op. cit.* Selon cet auteur : les considérations anciennes de la famille donnant à l'époux un statut supérieur au sein du couple ont radicalement évolué. La notion de *pater familias* ou du père chef de famille est aujourd'hui considérée comme archaïque et, donc incompatible avec les nouveaux principes de l'État de droit et de la démocratie familiale. Au demeurant, la suppression de l'expression du chef de famille dans les droits français et algérien témoigne de cette mutation juridique. V. par exemple. Loi française n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

²²³ Amélie Dionisi-Peyrusse et Marc PICHARD, La prise en compte des violences conjugales en matière d'autorité parentale, *AJ Fam*, 24 1 2018, n° 1, p. 34. : « [...] L'abandon des considérations familiales traditionnelles constitue la caractéristique principale de la nouvelle protection pénale de la famille. Cette dernière remplace une protection pénale jadis fondée sur la consécration de la sainteté du mariage, ainsi que sur la sauvegarde de l'institution familiale, dans le but de préserver la paix et la cohésion familiales [...] ».

²²⁴ Christophe ANDRÉ, *Droit pénal spécial*, DALLOZ, 2019., p. 2.

²²⁵ En effet, l'autonomie des règles pénales applicables en la matière a participé dans l'émergence d'un droit pénal spécial de la famille. Ce dernier privilégie la protection pénale individuelle au sein de la famille et adopte une vision singulière de celle-ci. Cette dernière ne repose plus sur le caractère sacré de l'institution familiale, mais elle se focalise sur la promotion des droits individuels et le renforcement de leur protection pénale. Dès lors, l'intérêt pénal réservé à l'institution familiale a ainsi basculé au profit du membre de la famille.

²²⁶ Parfois même au détriment des autres catégories sociales, comme les personnes âgées, les personnes handicapées, ainsi que les majeurs protégés qui ne bénéficient pas d'une protection pénale autonome et prioritaire par la politique criminelle. En réalité, dans ces cas-là, la vulnérabilité individuelle est prise en compte en tant que circonstance aggravante des infractions de droit commun. Il s'agit de la circonstance relative à la particulière vulnérabilité de la personne, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, etc. V. Art. 222-7 du code pénal, concernant les violences volontaires ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner ; l'article. 222-9, relatif aux violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. V. Également, l'article 222-11 ; et l'article 222-13.

²²⁷ En France, le dispositif pénal relatif violences domestiques concerne de nombreuses lois pénales : Loi du 01 mars 1994 relative à la reconnaissance d'une spécificité pour les violences commises au sein du couple ;

82. **Quant aux personnes concernées.** — L'infraction de coups et blessures à l'encontre du conjoint est également caractérisée si les violences sont commises par l'ex-conjoint et qu'il s'avère qu'elles sont en rapport avec la précédente relation du mariage²²⁸. Le renforcement de la protection pénale du conjoint qui s'étend à l'ex-conjoint de la victime constitue une première avancée du droit algérien. La relation légale du mariage commence ainsi à perdre son exclusivité concernant la protection pénale de la personne au sein du milieu familial et conjugal. Le législateur algérien s'inspire ici ouvertement de la jurisprudence française de la Cour de cassation qui a fixé les conditions applicables aux violences conjugales commises par l'ex-conjoint²²⁹. Cependant, cette infraction ne prend pas en compte la relation du couple dans son intégralité, parce qu'il subsiste une condition de légitimité de la relation conjugale²³⁰. En effet, la qualification de violences physiques commises à l'encontre du conjoint ne s'applique que pour le couple marié. Cette relation doit donc se baser sur une union légale. A défaut, les infractions de droit commun sont applicables, notamment si cette relation est issue d'un mariage coutumier ou religieux. Ce dernier statut n'est pas pris en compte sur le plan pénal sauf en cas de décision judiciaire de reconnaissance légale d'un mariage non-civil.

Loi du 12 décembre 2005 sur l'éloignement de l'auteur des violences ;

Loi du 4 avril 2006 sur la prévention et la répression des violences au sein du couple ;

Loi du 9 juillet 2010 relative à l'ordonnance de protection des victimes ;

Loi du 6 août 2012 pour prévenir le harcèlement sexuel, encourager les victimes à dénoncer les faits et sanctionner le délit plus lourdement ;

Loi du 5 août 2013 sur la définition juridique de la traite des êtres humains ;

Loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ;

Loi du 29 juillet 2015 pour la protection des femmes demandeuses d'asile victimes de violences ;

Loi du 17 août 2015 sur la protection des victimes de violences au cours de la procédure pénale ;

Loi du 7 mars 2016 relative à la protection des personnes étrangères victimes de violences ;

Loi du 13 avril 2016 pour la lutte contre le système prostitutionnel et accompagnement des personnes prostituées ;

Et enfin, la Loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

²²⁸ Zoulikha ROUHANA, La protection pénale de l'épouse contre les violences verbales et psychologiques sous la lumière de la Loi 15-19, *La revue de jurisprudence algérienne*, n° 13, p. 278.

²²⁹ Crim. 17 Octobre 2012, n° 12-80.576 ; CA. Toulouse, 8 sep. 2008.

²³⁰ Keffaf FATMA, Le harcèlement sexuel dans la Loi 15-19, *La revue de jurisprudence algérienne*, décembre 2016, n° 13, p. 262.

83. Quant aux circonstances de l'infraction. — Concernant l'indifférence de la résidence du coupable dans le cadre des violences physiques commises à l'encontre du conjoint, encore une fois le législateur algérien s'inspire du droit français qui a validé une jurisprudence constante de la Cour de cassation. En effet, l'infraction est également caractérisée que l'auteur réside ou non dans le même domicile que la victime²³¹.

84. Une infraction d'intention et de moralisation. — Les coups et blessures commis à l'encontre du conjoint constituent une infraction intentionnelle. Cette dernière exige donc une volonté de commettre les faits incriminés sans qu'un préjudice précis ne soit recherché par l'auteur. C'est-à-dire qu'il suffit qu'un dommage ou préjudice réel soit constaté pour que l'infraction soit caractérisée²³². La nature des résultats définit le degré de la qualification ou de l'aggravation applicable²³³. Il importe peu que l'auteur veuille

²³¹ Crim. 7 avril 1998, n° 97-84.068.

²³² Art. 266. Bis. C. pén. Al., : « Quiconque volontairement, cause des blessures ou porte des coups à son conjoint est puni ainsi qu'il suit : 1- d'un emprisonnement d'un (1) à trois (3) ans si les blessures ou les coups n'ont occasionné aucune maladie ou incapacité totale de travail de plus de quinze (15) jours. 2- d'un emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans s'il y a eu incapacité totale de travail de plus de quinze (15) jours.

3- de la réclusion à temps de dix (10) à vingt (20) ans, si les blessures ou les coups ont été suivis de mutilation, amputation ou privation de l'usage d'un membre, cécité, perte d'un .il ou autres infirmités permanentes.

4- de la réclusion à perpétuité, si les coups portés ou les blessures faites volontairement, mais sans intention de donner la mort, l'ont pourtant occasionnée.

L'infraction est établie, que l'auteur réside ou pas dans le même domicile que la victime.

L'infraction est également établie si les violences sont commises par l'ex-conjoint et qu'il s'avère qu'elles sont en rapport avec la précédente relation de mariage.

L'auteur ne peut bénéficier des circonstances atténuantes si la victime est enceinte ou handicapée ou si l'infraction a été commise en présence des enfants mineurs ou sous la menace d'une arme.

Dans les cas prévus aux (1) et (2), susvisés, le pardon de la victime met fin aux poursuites pénales. Dans le cas prévu au (3), et lorsqu'il y a pardon de la victime, la peine est de cinq (5) à dix (10) ans de réclusion

».

²³³ La répression des violences physiques commises dans le couple marié dépend de leur résultat. On différencie donc les coups et blessures légers des violences volontaires aggravées. Sanction à visée éducative. Aux termes de l'article 266-bis du code pénal, « quiconque volontairement, cause des blessures ou porte des coups à son conjoint est puni d'un emprisonnement d'un à trois ans si les blessures ou les coups n'ont occasionné aucune maladie ou incapacité totale de travail de plus de quinze (15) jours ». Cette infraction créée par la loi du 30 décembre 2015 a tout d'abord aggravé la sanction des violences volontaires légères faites au sein du couple et notamment à l'encontre de l'épouse. Il s'agit d'une contravention de 1^{ère} catégorie²³³ déjà applicable pour les coups et blessures volontaires commis dans le couple. Cela constitue un renforcement remarquable de la protection pénale du conjoint dans le

ou non causer un préjudice lors du passage à l'acte, car cette infraction exige le simple accomplissement des faits²³⁴. Contrairement aux violences morales à l'encontre du conjoint, le législateur algérien n'exige pas une condition de répétition des faits de violences physiques au sein du couple marié. Partant, les violences volontaires physiques commises à l'encontre du conjoint²³⁵ ne sont pas habituelles mais occasionnelles. Le résultat du préjudice subi définit la sanction pénale prévue pour les coups et blessures, ces derniers peuvent donc être légers ou aggravés.²³⁶

85. Si les atteintes à l'intégrité physique de l'épouse sont souvent commises au nom de la supériorité du statut de l'époux dans le droit algérien, les atteintes à la dignité et la considération du conjoint n'avaient pas de lien direct avec le droit de correction marital. D'un point de vue criminologique, cela ne représentait pas un danger social réel. Il aura

droit algérien, et ce par la création d'une qualification autonome des coups et blessures commis à l'encontre du conjoint. De surcroît, cette infraction représente une clarification de la position du législateur concernant le droit de correction physique à l'encontre de l'épouse. Désormais, toute atteinte physique commise à l'encontre de l'épouse est passible des sanctions prévues à l'article 266-bis même en l'absence d'une maladie ou d'une ITT de plus de quinze jours. Il faut noter que le pardon de la victime met fin aux poursuites pénales.

Les coups et blessures aggravés sont sanctionnés selon la gravité des faits ou selon le résultat des violences. Elles sont prises en compte selon les modalités suivantes, si les coups et blessures sont attachés d'une ITT de plus de 15 jours, la peine est l'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans, si les coups et blessures sont suivis de mutilation, amputation ou privation de l'usage d'un membre, cécité, perte d'un œil ou autres infirmité permanente, la peine applicable pour ce crime est la réclusion à temps de dix (10) à vingt (20) ans. Le pardon de la victime atténue la peine qui devient un emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans de réclusion, si les coups et blessures ont causé la mort de la victime sans intention de la donner, la sanction prévue est la réclusion à perpétuité. L'auteur ne peut pas bénéficier des circonstances atténuantes si la victime est enceinte ou handicapée ou si l'infraction a été commise en présence des enfants mineurs ou sous la menace d'une arme

²³⁴ CA. Reims, 9 nov. 1978 ; Cass. Crim. 15 mars 1977 : Bull. crim. 1977, n° 94 ; CA. Toulouse 21 février 2002, n°83, RSC 2002. 587, obs. Mayaud.

²³⁵ A. ZEHAME, La protection de l'épouse contre son conjoint. Etude à la lumière de la loi 19-15 portant réforme du code pénal algérien, *Revue Jil des Droits de l'homme*, 28 Mars 2018, n° Spécial : dossier sur les violences domestiques, p. 179. ; K. DJETTI, La protection pénale de l'épouse dans la loi 19-15 [En ligne], *Revue des recherches en droit et sciences politiques*, 2016, n° 4, p. 62-76. [Consulté le 08 mars 2016]. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/35035>.

²³⁶ Ouzani AMINA, « La protection pénale de l'épouse contre les violences physiques », *La revue de jurisprudence algérienne*, décembre 2016, n° 13, p. 250.

donc fallu attendre la loi du 30 décembre 2015 afin d'élargir la protection pénale de l'égalité conjugale au sein du couple.

Section 2. Le renforcement de la protection pénale de l'égalité conjugale

86. La couverture du caractère protéiforme des atteintes à l'égalité conjugale. — La femme membre du couple arrive souvent dans une relation déséquilibrée lorsque le climat familial devient conflictuel. C'est pourquoi le délit de harcèlement conjugal vise surtout à la protéger contre la tyrannie domestique, mais cela ne la concerne pas de façon exclusive. (§1) En revanche, le délit de violences conjugales financières est nécessairement commis sur celle-ci. (§2)

§1. Les atteintes à l'intégrité psychique, symbole fort de sanction de la correction de l'épouse

87. Des incriminations autonomes. — Le texte de l'article 266-1-bis du code pénal algérien dispose qu'il : « est puni d'un emprisonnement d'une année à trois ans, quiconque commet contre son conjoint toute forme de voies de fait, ou de violence verbale ou psychologique répétée mettant la victime dans une situation qui porte atteinte à sa dignité ou à son intégrité physique ou psychique ». ²³⁷ Cette infraction nécessite donc

²³⁷ Art. 266. Bis 1., C. pén. Al. : « Est puni d'un emprisonnement d'une année (1) à trois (3) ans, quiconque commet contre son conjoint toute forme de voies de fait, ou de violence verbale ou psychologique répétée mettant la victime dans une situation qui porte atteinte à sa dignité ou à son intégrité physique ou psychique. L'état de violence conjugale peut être prouvé par tous moyens. L'infraction est établie, que l'auteur réside ou pas dans le même domicile que la victime. L'infraction est également établie, si les violences sont commises par l'ex-conjoint et qu'il s'avère qu'elles sont en rapport avec la précédente relation de mariage. L'auteur ne peut bénéficier des circonstances atténuantes

l'accomplissement d'un certain nombre d'actes (A) et une intention de domination ou de manipulation. (B)

A. Une définition composite des agissements à caractère psychologiques

88. L'infraction des violences psychologiques commises au sein du couple nécessite une consommation réelle d'une violence verbale ou psychologique répétée, ainsi qu'une réalisation d'un résultat dommageable à la victime. Elle peut être définie comme une atteinte à la dignité du conjoint, (a) qui doit être réitérée (b) et qui porte préjudice à l'intégrité psychique du membre du couple. (c)

a. Une atteinte à la dignité de la personne

89. **Définition française.** — De la même manière que la reconnaissance des violences conjugales de nature physique, l'inscription des violences psychologiques dans le code pénal algérien par la loi du 30 décembre 2015 constitue une véritable avancée. D'une part, elle reconnaît enfin les violences psychologiques, qui n'étaient auparavant sanctionnées que par le biais du délit du harcèlement commis dans le milieu du travail. D'autre part, elle constitue un élargissement de la protection pénale du conjoint, en reconnaissant également des violences non-physiques, c'est-à-dire les violences morales et psychologiques qui pourraient être commises au sein du couple.

90. La notion des violences psychologiques au sein du couple constitue une élaboration de la loi française du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux

si la victime est enceinte ou handicapée ou si l'infraction a été commise en présence des enfants mineurs ou sous la menace d'une arme. Le pardon de la victime met fin aux poursuites pénales. ».

femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.²³⁸ Les comportements cités par le texte de l'article 266-bis 1 du code pénal algérien sont difficiles à définir de façon précise. Il existe néanmoins certains critères pour définir le comportement incriminé dans le cadre des violences verbales et psychologiques. Ces critères sont fixés par les différentes sources juridiques, telles que le code pénal, la jurisprudence et la doctrine.

91. **Définition classique.** — Les comportements définissant l'élément matériel des violences psychologiques relèvent selon un auteur²³⁹ « d'une manière générale d'une mise en place d'un processus de domination sur autrui, processus qui se développe en s'attaquant aux capacités de la victime, et à ses faiblesses ». La violence verbale ou psychologique porte essentiellement atteinte à la dignité de la personne et à son intégrité psychique. Partant, il peut s'agir des comportements diversifiés, harcèlement²⁴⁰, menaces, insultes, agressions verbales, humiliation, intimidation, critiques et reproches répétés, accusations injustes, isolement,²⁴¹ etc.

92. **Définition imprécise.** — Le texte de l'article 266-bis 1 du code pénal algérien incrimine également les voies de fait qui peuvent porter atteinte à la dignité ou l'intégrité psychologique du conjoint. L'interprétation logique de ce texte suppose l'existence de

²³⁸ Art. 222-33-2-1., C. pén. : « Le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin par des agissements 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 est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende lorsque ces faits ont causé une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ont entraîné aucune incapacité de travail et de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende lorsqu'ils ont causé une incapacité totale de travail supérieure à huit jours ».

²³⁹ Mireille LASBATS, « Les violences conjugales : aspects psychologiques », *AJ Pénal*, 2011, n° 4, 182, p. 182.

²⁴⁰ Allaoui ABDELLATIF, *op. cit.*, p. 303.

²⁴¹ Ouzani AMINA, *op. cit.*, p. 260.

deux hypothèses : la première consiste en la création d'une infraction autonome de violences conjugales habituelles. La seconde concerne l'hypothèse selon laquelle, le législateur aspirait à élargir l'élément matériel de l'infraction de violences psychologiques, en intégrant toute forme de voies de fait portant atteinte à l'intégrité psychique de la victime²⁴².

93. En réalité, on ne peut qu'écarter la première interprétation hypothétique du texte de l'article 266-bis 1, car en acceptant cette hypothèse les faits répétés devraient constituer une circonstance aggravante pour les violences volontaires commises au sein du couple. Or dans les règles générales du droit pénal, l'habitude exige souvent une aggravation de la sanction au regard notamment de la gravité des faits que constitue la continuité de la situation périlleuse dans laquelle se trouve la victime. Toutefois, on constate que les incriminations de l'article 266-bis-1° sont sanctionnées par des peines moins graves que celles relatives à la qualification des coups et blessures. Autrement dit, de la qualification des violences conjugales de nature physique sans le caractère habituel. De surcroît, il n'est guère judicieux pour le législateur la création d'une incrimination autonome de violences conjugales habituelles avec l'existence suffisante et satisfaisante des circonstances aggravantes relatives aux violences conjugales de nature physique. En revanche, en acceptant la seconde hypothèse relative à la volonté d'élargissement de l'élément matériel des violences conjugales psychiques, un problème d'interprétation s'annonce. En effet, le législateur algérien a intégré la notion de voies de fait dans la définition des violences psychologiques qui représente un ensemble de comportements

²⁴² Abdelhamid BEN-MECHRI, Le renforcement de la protection pénale de la femme : étude de la politique criminelle de la loi du 30 décembre 2015, *Revue de la jurisprudence algérienne*, Décembre 2016, n° 13, p. 174.

plus larges que celles-ci. Les voies de fait peuvent en effet comprendre des coups et des blessures, ou toutes autres formes d'atteintes physiques à l'intégrité de la victime²⁴³.

94. **Interprétation imprécise.** — Afin d'éviter toutes ambiguïtés dans l'interprétation du texte de la loi, il aurait été préférable pour le législateur d'utiliser l'expression d'agression ou d'atteinte, qui constituent des notions larges et, qui peuvent comprendre des violences morales ou psychologiques. En réalité, il est forcé de constater que le problème d'interprétation du texte de l'article 266-bis-1° est relatif à la traduction du texte dans sa version française. Dans la version originale de ce dernier, l'expression utilisée par le législateur est l'atteinte ou l'agression et donc pas les voies de fait. Il n'est pas sans intérêt de signaler que cette dernière notion n'a pas de synonyme équivalent en langue originale du texte. Cette dernière devrait être traduite par atteinte ou agression en général. Il serait donc plus judicieux de supprimer l'expression de voies de fait de la définition des violences psychologiques, ou de la remplacer par une expression plus adéquate comme les atteintes ou le harcèlement moral à l'encontre du conjoint²⁴⁴. Il reste finalement l'option d'attendre une interprétation jurisprudentielle, afin de mieux comprendre le sens exact de cette qualification.

b. Une condition de répétition quant à l'élément matériel

95. **La sanction du caractère continu des violences.** — Il est constant dans la jurisprudence ainsi que dans la doctrine que les violences psychologiques supposent l'existence de faits répétés, qui aboutissent à une altération de la santé physique ou mentale de la

²⁴³ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.*, p. 402 ; 403.

²⁴⁴ A. ZEHAME, *op. cit.*, p. 182.

victime.²⁴⁵ Une condition de répétition est donc exigée pour la caractérisation de l'infraction de violences verbales et psychologiques commises au sein du couple. En effet, il est peu probable d'imaginer qu'un seul fait occasionnel puisse constituer une atteinte à la santé mentale du conjoint. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé que le délit du harcèlement moral, qu'il soit conjugal ou non, suppose la réitération des propos ou de comportements touchant directement ou indirectement la partie plaignante, ainsi que la mise en évidence d'un résultat dommageable.²⁴⁶ La clarté du texte de l'article 266-bis-1° du code pénal algérien n'est donc pas à contester, dans la mesure où il exige clairement la répétition des violences verbales ou psychologiques. La condition légale de répétition ne concerne donc pas les voies de fait. En effet, il importe peu que ces dernières soient répétées ou non, dès lors que le comportement du conjoint ait causé une situation portant atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychologique ou physique de la victime.

c. Une condition de résultat quant au préjudice subi

96. L'exigence d'une condition classique. — La réalisation d'un résultat dommageable est nécessaire pour l'établissement de l'infraction des violences psychologiques à l'encontre du conjoint. Cette réalisation s'accorde naturellement avec la répétition des faits incriminés, mettant la santé mentale ou physique de la victime en danger. En réalité, c'est la situation dommageable de la victime qui est prise en compte dans la définition de l'élément matériel des violences verbales et psychologiques. Aux termes

²⁴⁵ Delphine CHAUVET, « Mérites ou démérites du délit général de harcèlement moral créé par la loi du 4 août 2014 ? », *Recueil Dalloz*, 2015, n° 3., p. 174.

²⁴⁶ Crim. 9 mai 2018, *AJ Pénal* n°7-8 2018., p. 176, obs. Claire Saas. ; Crim. 24 mai 2011, n° 10-87.100 ; Crim. 19 févr. 2013, n° 11-88.515 ; Crim. 14 janv. 2014, n° 11-81.362, *Bull. crim.*, n° 5

de l'article 266-bis-1 du code pénal, il ne suffit pas d'avoir des agissements répétés²⁴⁷, mais il incombe à la victime de prouver qu'elle se trouve dans une situation dommageable. Le simple fait de harceler son conjoint ne constitue pas en lui-même une incrimination, s'il ne résulte pas de ces faits une situation portant atteinte à la dignité ou à l'intégrité physique et psychique de la victime. C'est pour cela que l'état de violence conjugale peut être prouvé par tous moyens. Cette notion de situation dommageable de la victime est différente à celle du choc émotif, qui concerne plus précisément les violences physiques qui n'exigent pas de répétition des faits. De manière générale, les règles communes relatives aux violences psychologiques exigent la réalisation d'un résultat dommageable subi par la victime, ainsi qu'un lien de causalité entre celui-ci et les agissements de l'auteur des faits. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé que les violences peuvent certainement porter sur la personne de la victime, ou bien sur la personne d'un tiers. Le conjoint peut donc être une victime de violences psychiques indirectes causées par un choc émotif, dans l'occasion des violences commises sur un enfant.²⁴⁸

B. La sanction d'une intention discriminatrice

97. L'infraction des violences verbales et psychologiques à l'encontre du conjoint est une infraction intentionnelle et habituelle. Son élément matériel exige uniquement l'existence d'un dol général. Ce dernier consiste à commettre volontairement des faits répétés, constituant des violences verbales ou psychologiques, mettant la victime dans

²⁴⁷ Markous FATMA, La protection pénale de la dignité de la personne dans la Loi 15-19, *Revue scientifique de l'université de Tlemcen*, 2017, n° 16, p. 169.

²⁴⁸ Crim. 7 nov. 2017, n° 16-84-32, Dr. pénal n° 1, Janvier 2018, obs. Philippe Conte. ; V. également, Crim. 4 janv. 2017, n° 16-81.995– V. aussi, Crim, 23 mars 2010, n° 09-85.132.

une situation portant atteinte à sa dignité, ou à son intégrité physique ou psychique. Cela étant, l'existence d'un dol spécial n'est pas exigée, car cette infraction est soumise aux règles communes du code pénal relatives aux violences volontaires. Comme dans les violences physiques, le législateur adopte une indifférence quant à l'intention de chercher un résultat dommageable chez la victime. La Chambre criminelle de la Haute juridiction française considère que la violence morale est appréhendée par le code pénal, même si le dommage qui en est résulté n'a pas été voulu par l'auteur. « Ainsi, celui qui menace son ancienne compagne avec un poignard au point que, prise de panique, elle se jette par la fenêtre, est l'auteur des violences et est responsable du dommage, même si ce n'est pas ce dommage qu'il a voulu causer ». ²⁴⁹

98. Afin d'asseoir définitivement le caractère conjugal des incriminations visées par la loi du 30 décembre 2015, le législateur algérien a instauré une protection franche des intérêts financiers de l'épouse membre du couple pour compléter sa protection de l'égalité conjugale.

§2. L'incrimination des violences financières contre l'épouse

99. La loi du 30 décembre 2015 a créé un délit de violences financières à l'encontre de l'épouse. Il s'agit d'une atteinte au salaire ou des biens de celle-ci. Les comportements visés par le texte de la loi concernent la contrainte, le harcèlement, ou l'intimidation à caractère financier.²⁵⁰ La volonté du législateur est de vouloir assurer la protection pénale du droit de propriété de l'épouse contre toutes atteintes ou abus par son époux.

²⁴⁹ Crim. 21 nov. 1988: bull. crim. 1988, n°392.

²⁵⁰ Art. 330. bis., C. pén. Al.: « Est puni d'un emprisonnement de six (6) mois à deux (2) ans quiconque exerce sur son épouse toute forme de contrainte ou d'intimidation afin de disposer de ses biens ou de ses ressources financières. Le pardon de la victime met fin aux poursuites pénales ».

Des comportements, qui, sont souvent justifiés par une culture de domination patriarcale au sein de la société en général et au sein du couple en particulier. Les violences financières sont commises à l'encontre des biens ou du salaire de l'épouse, comme des sujets de l'infraction. **(A)** Son objet se porte par ailleurs sur la volonté criminelle de s'approprier illégalement des biens de l'épouse par son époux. **(B)**

A. L'atteinte au droit de propriété de l'épouse

100. **La reconnaissance d'un caractère discriminatoire.** — Cette infraction nécessite un acte volontaire de l'époux voulant porter atteinte aux biens ou au salaire de l'épouse. Les agissements pouvant conduire à une atteinte à la propriété de l'épouse constituent soit des violences physiques, soit des violences psychologiques ou morales. En effet, la violence physique, la contrainte, l'intimidation, le harcèlement, sont des comportements qui peuvent entrer dans la catégorie de la violence financière commise par l'époux à l'encontre de son épouse, dans le but de disposer des biens ou des ressources financières de celle-ci. Cette infraction est souvent commise à cause de certaines motivations criminelles aussi bien personnelles que sociales, il s'agit de plusieurs facteurs comme le manque de moyens financiers pour l'auteur des faits, de l'alcoolisme ou de la drogue..., ou par des croyances religieuses et traditionnelles considérant le salaire de l'épouse ainsi que ses biens, comme une propriété indirecte de l'époux.

B. Une volonté nuisible au droits financiers de l'épouse

101. L'infraction de violences financières à l'encontre de l'épouse constitue un délit intentionnel²⁵¹. Le dol général²⁵² représente la volonté d'exercer par l'époux, sur la personne de l'épouse une contrainte ou une intimidation afin de disposer de ses biens ou de son salaire en toute connaissance de cause. À l'instar des infractions contre les biens, un dol spécial ainsi qu'un résultat dommageable sont exigés. Il s'agit tout d'abord de l'intention de disposer des biens ou des ressources financières de l'épouse par des moyens différents, constituant soit une contrainte qui peut être physique ou morale, ou une intimidation qui consiste à harceler l'épouse, et qui ont pour finalité de disposer des ressources financières de celle-ci. Un résultat dommageable relatif à une atteinte effective aux ressources ou aux biens de la victime doit être constaté. Par conséquent, la tentative dans cette infraction n'est pas punissable. Par ailleurs, le pardon de la victime met fin aux poursuites à l'encontre de l'époux²⁵³. La peine applicable pour le délit de violence conjugale financière est l'emprisonnement allant de six 6 mois à deux 2 ans. Il est constaté que cette infraction ne comprend pas de sanctions pécuniaires. Il aurait été préférable pour le législateur de créer une peine d'amende, qui soit applicable pour ledit délit au regard de sa nature particulièrement financière.

102. Dans une démarche d'adaptation avec le droit international et son propre code constitutionnel, le législateur algérien a tout d'abord fait recours à la norme pénale afin de défendre l'égalité conjugale. Il fallait donc s'attaquer aux règles discriminatoires au sein même du code pénal, avant de sanctionner les atteintes dites discriminatoires.

²⁵¹ Ahmed BENNINI, La protection internationale et nationale de la femme, *La Revue des sciences humaines*, novembre 2013, n° 32, p. 347.

²⁵² Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 2021.

²⁵³ Keffaf FATMA, *op. cit.*, p. 245.

Comparé toutefois au droit français, un droit qui demeure en avance au droit algérien, ce dernier s'avère limité quant à une prise en charge globale et complète de l'ensemble des atteintes dont peut être victime un membre du couple.

Titre 2. La consolidation de la protection pénale de l'égalité conjugale dans le droit français

103. Au contraire d'un modèle algérien périmétré, la protection pénale du membre du couple dans le droit français s'affiche plus universelle. Le législateur pénal prend en compte le lien conjugal selon une vision indifférenciée quant à sa nature, juridique (**Chapitre 1**) comme factuelle. (**Chapitre 2**)

Chapitre 1. Une égalité individuelle reconnue quant à la protection du membre de couple

104. **Une mutation radicale du droit pénal familial.** — L'individualisation de la vie conjugale issue initialement du droit civil impacte vertement le droit pénal. Ainsi, le législateur considère que seules les sanctions de droit civil sont efficaces pour condamner les manquements aux obligations matrimoniales, sans que cela ne nécessite une intervention de nature pénaliste forte. **(Section 1)** En outre, la protection pénale égalitaire du membre de couple repose sur un pluralisme familial adopté aussi par le droit civil. **(Section 2)**

Section 1. Une protection pénale issue de la contractualisation de la vie conjugale

105. En réalité, après avoir subi un fort affaiblissement institutionnel dans le droit civil, le mariage traditionnel a également connu une fin des infractions classiques qui le protégeaient. **(§1)** Par ailleurs, le législateur contemporain s'efforce d'améliorer la protection des valeurs individuelles, allant jusqu'à protéger les caractères les plus intimes de la personnalité du membre de couple. **(§ 2)**

§1. Le rétrécissement de la protection traditionnelle du mariage

106. La mutation de la protection pénale vigoureuse du mariage se manifeste notamment par des changements majeurs dans la matière pénale applicable à la notion

de famille. Il s'agit plus particulièrement de la dépénalisation de l'adultère, **(A)** ainsi que de l'affaiblissement des valeurs protégées par l'infraction de bigamie. **(B)**

A. Le déclin de l'obligation de la fidélité conjugale

107. L'ancienne infraction d'adultère sanctionnait l'atteinte à la sainteté du mariage. Elle porte plus précisément sur la préservation de l'honneur sexuel et moral de la famille, notamment celui de l'époux. **(a)** En réalité, le crime d'adultère commis par le mari représentait un faible intérêt dans le droit pénal traditionnel, cette inégalité de traitement a fortement participé dans la disparition de cette infraction classique. **(b)**

a. Une infraction classique de nature morale

108. **Une valeur morale partagée.** — L'adultère représente une infraction présente depuis longtemps dans l'histoire de l'humanité²⁵⁴. De nombreux systèmes juridiques de plusieurs civilisations l'ont considéré comme un acte social révoltant. Cela concerne par exemple le droit romain²⁵⁵, le droit musulman, ainsi que certaines cultures et religions, comme la tradition hébraïque notamment²⁵⁶. La philosophie de cette incrimination est diversifiée. L'adultère était tantôt considéré comme une violation des obligations familiales, tantôt vu comme une atteinte à l'honneur des familles.²⁵⁷ En ce qui concerne

²⁵⁴ D. FENOUILLET V. MALABAT, *op. cit.*, p. 11.

²⁵⁵ Anne-Sophie CHAVENT-LECLERE, *Le renouveau des infractions sexuelles à l'ère d'internet*, in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, 2017, p. 342.

²⁵⁶ Matthieu 5 :27 : « Vous avez appris qu'il a été dit : Tu ne commettras point d'adultère. »

²⁵⁷ Jean-Paul DOUCET, *op. cit.*, p. 84.

le droit français, cette infraction a été inscrite par le code pénal de 1810, qui aspirait à protéger aussi bien la filiation légitime que l'honneur de la famille²⁵⁸.

109. **Une atteinte à double sanction.** — Dans le droit musulman, l'adultère vise la protection de la filiation légitime au sein de la famille. La protection de l'appartenance légale et légitime au sang familial étant considérée comme une valeur sociale suprême, elle figure parmi les principes généraux de la Charia. Partant, cette valeur s'efforce de garantir un ordre social légalement défini en protégeant les origines familiales et sanguines des individus. Le devoir de fidélité ou le devoir de respecter la foi conjugale ne constituent donc pas une valeur protégée dans le cadre de l'infraction d'adultère. Le mariage polygame étant autorisé, le principe monogamique du mariage n'existe pas. Ce n'est donc pas un devoir de fidélité d'amour qui est retenu par les jurisconsultes musulmans, mais c'est la protection pénale de la filiation et de la chasteté sexuelle qui fondent le crime d'adultère. De surcroît, cette infraction n'a pas une nature privée, car elle constitue une atteinte à une valeur sociale d'ordre public. Cela veut dire que même en cas de pardon du conjoint victime et lésé, qui décide de retirer sa plainte, la sanction de l'adultère demeure encourue, car elle représente une atteinte à un droit « divin ». En revanche, les notions de foi ou de fidélité conjugales demeurent des créations de droit canonique reprises par le droit positif²⁵⁹.

110. **La fidélité comme « clé de voûte du mariage » dans le droit positif²⁶⁰.** — Par ailleurs, il existe une panoplie d'obligations matrimoniales dans l'ordre juridique

²⁵⁸ Marc AZAVANT, regards civilistes sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, *Droit de la famille*, n°10 du 01 octobre 2006, p. 6 à 11.

²⁵⁹ V. Jean Garrigue, *Droit de la famille*, Dalloz, 2018., p. 30

²⁶⁰ Selon l'expression du Doyen Jean CARBONNIER.

français, légal comme coutumier.²⁶¹ Certaines sont définies par le code civil. Tandis que d'autres représentent des devoirs inspirés de la morale chrétienne, mais qui n'ont pas été reprises par le droit positif. Il s'agit par exemple du devoir de conception, de l'obligation d'obéissance de l'épouse, de l'entraide, du respect, de la solidarité, de la fidélité et de la foi, conjugales, etc.²⁶² Ainsi, l'ancien crime d'adultère représente la protection pénale de la valeur la plus absolue desdites obligations issues du mariage. À savoir le devoir de fidélité au sein du couple marié. Seule cette valeur était importante aux yeux du droit pénal, contrairement aux autres obligations pour lesquelles il n'existait pas de protection pénale ancienne propre.²⁶³

111. **Une obligation algérienne égalitaire de fidélité.** — Contrairement au droit algérien, l'ancien code pénal français a adopté une division bipartite de l'adultère. Cette infraction concernait deux hypothèses différentes dans le code pénal de 1810.²⁶⁴ À côté

²⁶¹ Comme le souligne tant d'auteurs. V. Philippe SAUVAGE, Le consentement en droit pénal, *RSC*, 1991, p. 699. ; Sur l'aspect du consensualisme de la sanction pénale en droit pénal ; Françoise ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? » , *RSC*, 2002, p. 501. ; Yannick JOSEPH-RATINEAU, La privatisation de la répression pénale, *RSC*, 2014., p. 883.

²⁶² Jean-Paul DOUCET, *op.cit.*, p. 85.

²⁶³ *Idem.*

²⁶⁴ Art. 324. Ancien code pénal de 1810 : « Le meurtre commis par l'époux sur l'épouse, ou par celle-ci sur son époux, n'est pas excusable, si la vie de l'époux ou de l'épouse qui a commis le meurtre n'a pas été mise en péril dans le moment même où le meurtre a eu lieu » ; Art.336. « L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari : cette faculté même cessera, s'il est dans le cas prévu par l'article 339. » ; Art. 337. « La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme. » ; Art. 338. « Le complice de la femme adultère sera puni de l'emprisonnement pendant le même espace de temps, et, en outre, d'une amende de cent francs à deux mille francs. » ; [...] Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité, seront, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu. » ; Art. 339. « Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs. » ; Art. 340. « Quiconque étant engagé dans les liens du mariage en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera puni de la peine des travaux forcés à temps. L'officier public qui aura prêté son ministère à ce mariage, connaissant l'existence du précédent, sera condamné à la même peine. Néanmoins, dans le cas d'adultère, prévu par l'article 336, le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable. » ; Art. 357. Dans le cas où le ravisseur aurait épousé la fille qu'il a enlevée, il ne pourra être poursuivi que sur la plainte des

de l'adultère de l'épouse qui était sanctionné plus sévèrement, il existait l'adultère de l'époux dit « l'entretenu d'une concubine dans le domicile conjugal ». De surcroît, le régime de l'infraction d'adultère était marqué par l'existence d'une excuse légale pour le mari, qui en surprenant son épouse dans une relation sexuelle adultérine, commet le meurtre de celle-ci ou du complice²⁶⁵.

b. La dépenalisation d'une infraction inégalitaire

112. La relation conjugale ne représente plus un milieu fermé à l'intervention pénaliste. Certains agissements considérés auparavant comme « normales » sont aujourd'hui constitutifs de faits punissables par la loi²⁶⁶. Ainsi, de nouvelles valeurs sont apparues dans ce domaine, et, s'inscrivent plus particulièrement dans un cadre égalitariste. Il en est par exemple ainsi de celles relatives au respect mutuel, à l'entraide ou à la coopération qui gouvernent désormais la relation matrimoniale contemporaine.

113. Par ailleurs, la loi du 11 juillet 1975 a de prime abord instauré une réponse législative adaptée au phénomène de « la dédramatisation » des divorces au sein de la société en général et dans les couples en particulier. En effet, elle avait pour finalité principale l'encadrement juridique et l'organisation de la dissolution du mariage. La famille est donc prise en considération non comme une institution, mais comme un

personnes qui, d'après le Code Napoléon, ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée.

²⁶⁵ Art. 324 du code pénal de 1810.

²⁶⁶ Bruno ANCEL, Devoir de fidélité et adultère en droit comparé: l'insoutenable légèreté de l'être consacrée? Regards croisés France /États-Unis [En ligne] *Lexbase Hebdo* n°713, 28 septembre 2018. [Consulté le 10 mai 2021].

groupe de personnes autonomes et libres de décider de leurs sorts individuels respectifs. Ainsi, même la famille éclatée est désormais protégée par la loi, tant civile que pénale.

114. **Défaillances d'application.** — Selon un auteur, « *l'application inégalitaire et les poursuites très rares de l'infraction d'adultère ont poussé à sa disparition du code pénal français* »²⁶⁷. En ce qui concerne l'égalité inexistante entre les hommes et les femmes dans l'incrimination ancienne de l'adultère, le principe universel et constitutionnel de l'égalité a imposé au législateur français l'engagement, soit de garder cette infraction mais en la rendant plus égalitaire entre l'époux et l'épouse, soit de la supprimer complètement des textes du code pénal. Ce dernier a donc opté pour la seconde voie en mettant fin au crime d'adultère par la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce.

115. **L'évolution des mœurs et le désintérêt pénal en conséquence.** — La dépénalisation de l'adultère constitue, à côté de la correctionnalisation de la bigamie, l'une des caractéristiques majeures de l'impact de la mutation des mœurs au sein de la société sur le droit pénal familial. L'émergence de la valeur des libertés individuelles ont fondamentalement participé au changement des mentalités au sein de la société. Par conséquent, le réalisme du droit pénal contemporain le soumet à des exigences de sécurité juridique et d'adaptation sociale²⁶⁸. Pour cela, le législateur exclut la morale comme la religion des sources principales et légales d'incrimination. Ces valeurs sont désormais considérées comme métaphysiques et idéalistes, qui sortent donc du champ de l'intervention de l'État et de son arsenal pénal. L'équilibre à rechercher entre l'intérêt

²⁶⁷Le nombre de condamnation pour adultère était de 196 en 1974. V. Danièle MAYER, De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France, en matière de mœurs, *RSC*, 1989, p. 444.

²⁶⁸ V. en ce sens. Bourcier, B., Brunon-Ernst, A. & de Champs, E. (2016). Bentham et l'utilitarisme. *Bulletin critique. Archives de Philosophie*, 2(2), 405-416.

individuel et l'intérêt général est devenu le critère principal d'incrimination dans le droit criminel. De surcroît, la société tolère aujourd'hui la liberté sexuelle individuelle. Certaines obligations civiles existent certes, mais leur violation est régie par des moyens civilistes qui constituent la priorité de la réponse étatique et juridique. Ainsi, la loi du 11 juillet 1975 a ajouté une pierre à cet édifice évolutif du droit pénal français, et ce en protégeant également la famille éclatée par le divorce ou la séparation. Ce faisant, cette loi a notamment créé un délit d'abandon pécuniaire de famille, ainsi qu'un délit de changement de domicile sans notification dans l'optique de la protection pénale de la famille après la rupture du lien de couple²⁶⁹. La loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs a continué dans cette trajectoire protectrice du conjoint, quand bien même le lien conjugal serait rompu. Ainsi, la loi prend également en compte la relation ancienne de couple en ce qui concerne les infractions relatives aux violences conjugales.

116. Par ailleurs, il faut considérer la dépenalisation de l'adultère comme la représentation essentielle de l'effondrement de l'institution matrimoniale dans sa version traditionnelle. Le droit pénal contemporain considère le mariage comme un contrat ordinaire, pour lequel il existe des droits et des obligations dont les conflits sont régis prioritairement par le droit civil. En étant de substance individualiste, les codes civil et pénal s'appuient sur le principe de la liberté sexuelle, et considèrent que la commission de l'adultère est un événement « normal » dans la vie d'un couple. En effet, la jurisprudence civile a par exemple considéré que « *imputer une infidélité n'est pas diffamer* »²⁷⁰. Il en est de même pour le législateur familialiste, qui considère que

²⁶⁹ Les articles 19, 20, 21 et 22 issus de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

²⁷⁰ Civ. 17 déc. 2015, FS-P+B, n° 14-29.549, Dalloz actualité, 04 janvier 2016. Obs. Sabrina LAVRIC.

l'adultère n'est plus un déclencheur systématique ou une cause absolue du divorce, mais un élément ordinaire soumis à l'appréciation du juge du fond. Il existe donc une consécration ambivalente du divorce dans la jurisprudence civile.²⁷¹ De surcroît, l'époux peut même léguer des biens à sa concubine adultérine²⁷². Le conflit familial relatif à la fidélité conjugale est donc passé de la compétence du droit pénal sanctionnant l'adultère, à l'application du droit civil régissant dorénavant les affaires relatives au divorce pour faute. On peut donc considérer que la société accepte désormais l'adultère, et ne le reconnaît plus comme un danger pour l'ordre public²⁷³.

B.L'affaiblissement de la préservation de la foi conjugale

117. Le code pénal de 1810 sanctionnait la polygamie par les travaux forcés à temps²⁷⁴. Cette infraction trouve essentiellement son fondement dans le droit canonique²⁷⁵ « qui prônait l'indissolubilité du mariage et de son unité ».²⁷⁶ Pour cela,

²⁷¹ Eric BAZIN, La fidélité dans les couples, *Gaz. Pal.*, 23 février 2012, n° 54, p. 9.

²⁷²V. Cass. Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, pourvoi n° 96-19.878, note de Michel GRIMALDI., *RTD civ.* n°2, 2005, p. 439.

²⁷³ Selon un auteur « [...] la définition du crime d'adultère s'attachait à la matérialité de l'infraction, mais aujourd'hui sa vision s'oriente vers son aspect subjectif ; notamment dans le plan civil du devoir moral de fidélité. Connaître l'origine de l'enfant est aujourd'hui plus facile grâce à l'évolution du savoir scientifique de l'ADN-. Jean-Paul Doucet, *op. cit.*, p. 84. [...] Cela dit, la bigamie a changé parce que les techniques scientifiques ont évolué, par conséquent, la société n'a plus besoin d'interdire les relations sexuelles extraconjugales parce que le but essentiel de cette interdiction est de protéger le sang familial et la descendance [...] ».

²⁷⁴ V. Philippe BONFILS, Eudoxie GALLARDO, V° « La bigamie », *in Rép. Pén.* Dalloz, 2010, n°13. « La prohibition de la bigamie représente une tradition dans le droit positif occidental depuis l'Antiquité. Pour le droit gréco-romain, ce principe constitue le fondement même du mariage ».

²⁷⁵ Selon le Doyen Carbonnier : « le principe monogamique du mariage est la clé de voûte du droit français ». Par le fait, l'obtention de la nationalité française est par exemple soumise à l'engagement de ne pas pratiquer la bigamie ou la polygamie. Au demeurant, à l'occasion de la publication du Sénatus-consulte du 14 juillet 1864, le sénateur Ismaël Urbain a conditionné l'obtention de la nationalité française aux Indigènes habitant le Département d'Algérie : « à l'abandon du statut de droit local musulman ». En étant un statut autorisant la bigamie, le sénateur a qualifié cette dernière comme contraire aux principes de la République française.

²⁷⁶Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *op. cit.*, p. 211.

cette considération à caractère spirituel a produit un système de protection renforcée de la foi conjugale.²⁷⁷ Ce dernier constitue un devoir sacré né principalement du contrat matrimonial²⁷⁸. Simultanément, la législation civile considérait la bigamie comme une atteinte à la fidélité que se doivent les époux.²⁷⁹

118. **Une infraction en voie d’extinction.** — Les valeurs protégées par l’infraction de bigamie se balancent entre le principe traditionnel monogamique du mariage et le respect de la fidélité conjugale. Mais la dépénalisation de l’adultère a confirmé l’abandon de cette valeur relative à la fidélité entre les membres du couple. Bien que la conception traditionnelle de la bigamie ait perduré pendant longtemps ; et, demeure applicable à cause d’un fondement chrétien et spirituel du mariage. Cette infraction subit aujourd’hui le changement des mentalités et des mœurs, issu notamment de la mutation de la vision sociale du mariage. Elle s’inscrit comme l’adultère dans la vague d’affaiblissement, voire de la dépénalisation touchant le droit pénal familial.

119. En effet, l’article 433-20 du code pénal s’applique pour « *Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d’en contracter un autre avant la dissolution du précédent...* » et sanctionne ce délit d’une peine « *d’un an d’emprisonnement et de 45 000 euros d’amende* ». De la même manière, il « *Est puni des mêmes peines l’officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l’existence*

²⁷⁷ Pierre GIOANNI, *op. cit.*, p. 251.

²⁷⁸ Cette valeur se porte notamment sur l’institution familiale, qui doit être protégée en tant que telle, sans les considérations des droits individuels. Pour cela, l’ancien code pénal préférait la protection pénale du groupe familial aux intérêts individuels. L’intrusion du droit pénal au sein des relations étroites du couple était justifiée par les atteintes aux obligations matrimoniales. Ces dernières sont fondamentales pour l’existence d’une union matrimoniale de plus vitale pour la vie même de la société. La liberté sexuelle ne pouvait donc primer l’intérêt général de la protection d’un principe moral de l’unité de l’époux et de l’épouse. Ainsi, la foi conjugale figurait naturellement au sein des obligations matrimoniales les plus importantes pour l’ancien législateur.

²⁷⁹ Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *op. cit.*, p. 211.

du précédent ». On constate donc facilement l'absence d'une incrimination de la bigamie dite factuelle, mais aussi, une considération affaiblie de la bigamie de droit. Car celle-ci connaît désormais un adoucissement des sanctions qui lui sont applicables. Le législateur pénal a en effet procédé à une correctionnalisation qualificative de l'infraction de bigamie. Il a également allégé le niveau de gravité des sanctions pénales encourues. De plus, l'incrimination actuelle de bigamie est « frappée d'une inutilité eu égard aux problèmes de définition qui la rendent inapplicable sur le terrain »²⁸⁰. Les applications et poursuites sont donc très difficiles à prouver, et très rares également. Ce qui pousse vers son abandon dans la pratique²⁸¹.

120. En réalité, le code pénal ne sanctionne que la célébration du second mariage, et non la situation personnelle et familiale du bigame²⁸². La prévention de la bigamie concerne aujourd'hui le droit civil en premier plan²⁸³, qui s'affiche efficace en la matière. Selon un auteur, « *la loi civile s'efforce de rendre la bigamie irréalisable et empêche ainsi une intervention systématique du droit répressif* ».²⁸⁴

121. **Une protection pénale accessoire.** — La prohibition de la bigamie dans le code pénal est donc fondée sur la protection de l'état civil de la personne. Sous cet aspect, « *l'interdiction de la bigamie est assez formaliste et contribue à renforcer l'idée selon laquelle, c'est surtout l'atteinte à l'administration publique qui se trouve désormais*

²⁸⁰ Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *op. cit.*, p. 211.

²⁸¹ Philippe BONFILS, Eudoxie GALLARDO, *op. cit.*

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Philippe BONFILS, Eudoxie GALALRDO, *op. cit.* Selon les auteurs : « *En réalité, les règles régissant l'état civil s'efforcent de prévenir tout acte ou tentative de mariage bigamique. Pour cela, il assure à certaines personnes, et notamment au futur conjoint, le droit de faire opposition au second mariage. La célébration d'un mariage doit être mentionnée dans un court délai en marge de l'acte de naissance des époux, et l'officier d'état civil doit se faire remettre avant de procéder à un mariage une copie récente de l'acte de naissance des futurs époux. Dans l'hypothèse d'un remariage, l'acte de naissance comporte la mention du divorce, et, en cas de veuvage, l'époux concerné doit produire l'acte ou le jugement établissant le décès du précédent conjoint.* ».

²⁸⁴ TERRÉ et FENOUILLET, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, 2015., p. 346.

sanctionnée ». ²⁸⁵ En effet, la bigamie n'est plus sanctionnée parce qu'elle constitue une atteinte à la foi conjugale, mais parce qu'elle porte atteinte à la célébration du mariage, ainsi qu'à l'acte public plus précisément. ²⁸⁶ Ainsi, la bigamie de fait ne serait pas concerné par les dispositions de l'article 433-20 du code pénal.

122. Partant, le délit de bigamie puise aujourd'hui ses fondements dans les considérations nouvelles de la protection pénale de la famille. Ces dernières ne suivent naturellement plus de référence traditionnelle ²⁸⁷. En effet, selon un auteur, « *dans la mesure où le droit pénal est caractérisé par son essence coercitive, en tant que moyen efficace de contrainte, le législateur s'appuie sur l'arsenal répressif afin d'assurer une protection juridique d'un ordre public du contrat matrimonial* » ²⁸⁸. Par ailleurs, la bigamie de fait est désormais tolérée au sein de la société ²⁸⁹. La situation de bigamie, comme de la polygamie supposent l'existence de plusieurs liens de couples de façon simultanée. Le caractère successif des liens de couples ne signifie pas dans tous les cas qu'une personne se trouve dans une situation de bigamie interdite par le droit. En effet, une polygamie successive peut être autorisée par le divorce, ou par l'union libre à

²⁸⁵ Mahmoud LENKAR, *op. cit.*, p. 82.

²⁸⁶ Roger MERLE, André VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 1982., p. 1688, n° 2053

²⁸⁷ Par conséquent, la célébration d'un mariage bigamique représente dans le droit actuel plus une atteinte à l'état civil des personnes qu'une atteinte au mariage. La pénalisation actuelle de la bigamie repose sur le respect du fondement occidental et monogamique du mariage, qui ne peut par ailleurs être toléré de façon officielle. Cette position est également de nature libérale, cela justifie plus particulièrement l'indifférence de l'État quant à l'exercice des libertés individuelles concernant la bigamie de fait. La décadence de la protection pénale institutionnelle du mariage, causée par la contractualisation de la vie de couple a donc poussé le droit pénal à jouer un rôle protecteur de ses membres. Par conséquent, la bigamie de fait relève désormais de la vie privée des individus.

²⁸⁸ V, *Infra* n°362.

²⁸⁹ En 1992, une étude de l'Institut national d'études démographiques (INED) estimait à 8 000 le nombre de ces familles, pour 90 000 personnes concernées, soit 11 à 12 personnes par famille environ. / En mars 2006, un rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme les évaluait entre 16 et 20 000 familles, soit près de 200 000 personnes.

caractère adultérin²⁹⁰, tant que ce dernier statut n'est pas sanctionné par le droit pénal²⁹¹.

Ces phénomènes libertaires attestent ainsi la minime valeur qu'accorde la société au contrat matrimonial, à l'image du droit positif, civil comme pénaliste.

Section 2. La banalisation de la relation conjugale par le droit répressif

123. Si le lien de couple est devenu un élément banal dans la protection pénale au sein des couples, c'est plus particulièrement parce qu'il ne constitue plus un « laissez-passer » juridique. En effet, certaines valeurs comme le consentement personnel à l'acte sexuel (§1), la vie privée de la personne, (§2) représentent le moteur de la prise en compte individuelle de la politique criminelle contemporaine applicable à la famille.

§1. La prise en compte du viol au sein du couple au nom de l'annulation du devoir conjugal

124. La reconnaissance législative du viol conjugal constitue un tournant historique dans la protection pénale du couple dans le droit contemporain, puisque sa pénalisation s'appuie sur l'effondrement du consentement sexuel obligatoire au sein du couple marié.²⁹² Désormais, cette reconnaissance représente la pierre angulaire de la nouvelle

²⁹⁰ Edwige Rude-Antoine, « La validité et la réception de l'union polygamique par l'ordre juridique français : une question théorique controversée », *Journal des anthropologues*, 71 | 1997, 39-56.

²⁹¹ En effet, malgré l'intérêt que réservent les autorités politiques et administratives à ce phénomène, le législateur ne sanctionne pas le mariage bigamique factuel. Certaines études sociologiques ainsi qu'institutionnelles ont signalé la progression depuis quelques décennies du nombre de la polygamie de fait qui se développe en France. Selon ces études, il y aurait un nombre important de familles bigamiques et polygamiques sur le territoire français, ce qui alerte sur l'ampleur du phénomène. En mars 200, un rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme les évaluait entre 16 et 20 000 familles, soit près de 200 000 personnes. V. <https://www.senat.fr/questions/base/2010/qSEQ100513547.html>, [consulté le 01 juin 2016].

²⁹² Yamina HOUHOU, La lutte contre les violences conjugales en droit algérien, *Dr. famille*, 2013, 10.

protection pénale intervenant dans les relations familiales horizontales. Dans le droit français, le viol conjugal a tout d'abord fait l'objet d'une reconnaissance jurisprudentielle partielle. **(A)**. La sanction du viol conjugal est désormais soumise à l'ensemble du pluralisme familial. **(B)**.

A. La reconnaissance jurisprudentielle partielle du viol conjugal

125. **Une valeur individuelle fondamentale.** — Contrairement au rejet radical du droit algérien de la reconnaissance législative du viol conjugal, sa perception française, philosophique comme juridique s'inscrit dans une vision protectrice de la liberté individuelle. Cette conception est notamment fondée sur la banalisation du mariage qui selon la jurisprudence « n'autorise pas tout ». De prime abord, cette dernière a fixé des limites au droit du devoir conjugal de soumission à l'acte sexuel qui incombait à l'épouse. Ce qui a permis la sanction progressive du viol commis au sein du couple marié. En effet, pour que le lien conjugal ne soit pas dans toutes les situations une immunité contre le fait d'imposer des actes de nature sexuelle à son épouse, les juges ont tout abord exigé des relations sexuelles qualifiées de « normales²⁹³ », à défaut, les « pratiques anormales » pouvaient être indirectement qualifiées de viol conjugal. Les premières décisions exigeaient donc une condition de normalité des actes sexuels pour écarter la charge de viol. La jurisprudence entend par anormalité : la présence de tiers²⁹⁴ ou l'emploi d'une violence quelconque²⁹⁵.

²⁹³ CA. Paris, 27 octobre 1959

²⁹⁴ Grenoble, 4 juin 1980, D. 1981. IR 154, obs. Puech. : « Les agissements sont entièrement détachables de toute notion de mariage et de toute idée de ce que peuvent être des rapports intimes entre époux ». V.

²⁹⁵ Crim. 5 sept. 1990., n°90-83.786, Bull. crim., n° 313.

126. Initialement, la conception du viol conjugal était considérée comme une atteinte à l'honneur des familles,²⁹⁶ notamment en cas d'existence de violences physiques accompagnant le fait incriminé. Par conséquent, la relation sexuelle imposée par la violence pouvait être qualifiée soit d'atteinte à la pudeur, soit de violences volontaires à l'encontre de la personne de l'épouse. Il en est par exemple ainsi de l'arrêt du 19 mars 1910 de la Cour de cassation, qui a qualifié les circonstances où l'acte avait été accompli de « *nature à porter atteinte à la pudeur de la victime, et que ces circonstances lui imprimaient le caractère d'attentat à la pudeur avec violence* ».²⁹⁷ La brutalité conjugale et le manquement au respect mutuel lors de la relation sexuelle au sein du couple peuvent désormais être indirectement qualifiés de viol. Cette évolution de la jurisprudence a influencé le législateur, qui a validé le traitement judiciaire des affaires de viol conjugal par la réforme du 23 décembre 1980 qui selon un auteur « modifia profondément la perception du viol ».²⁹⁸

127. L'article 332 du code pénal définit désormais le viol comme « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise* ». Cette réforme pénale visait également la protection de l'enfance par la modification de la définition légale du viol, qui repose notamment sur la consécration de la liberté sexuelle. Le consentement demeure ainsi comme une pierre angulaire de la répression pénale des infractions sexuelles contre le mineur comme contre l'adulte. A la suite des nouveautés de la loi du 23 décembre 1980

²⁹⁶ Mathias COUTURIER, *op. cit.*

²⁹⁷ Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *op. cit.*, p. 339.

²⁹⁸ *Ibid.*

définissant le viol²⁹⁹, la jurisprudence a commencé d'accepter le viol conjugal en tant qu'un délit spécifique. Cependant, selon certains auteurs « *la jurisprudence n'a pas tout de suite remis en question le consentement aux relations sexuelles découlant du mariage, mais elle a trouvé un autre moyen détourné de retenir la qualification de viol en dégageant l'idée d'agissements entièrement détachables de la notion de mariage* »

300.

128. En dépit donc des avancements législatifs et jurisprudentiels concernant l'acceptation partielle du viol conjugal, cette reconnaissance n'était pas orientée vers la protection de l'intégrité sexuelle indifféremment au contexte dans lequel est touchée. Comme dans le cas du viol conjugal. Mais, elle visait simplement le renforcement de la protection de l'intégrité physique de l'épouse. Alors même que le lien de couple ne constituait plus une immunité familiale vis-à-vis des relations sexuelles non consenties entre conjoints, la lutte contre la discrimination envers l'épouse n'était pas suffisante. D'où la nécessité d'une reconnaissance spécifique des violences conjugales de nature sexuelle qui a révolutionné le droit pénal familial.

129. **Le nouveau fondement du viol.** — Contrairement à l'ancienne jurisprudence relative au viol conjugal qui se fondait sur la normalité de l'acte sexuel au sein du couple, les juges ont peu à peu accepté la qualification de viol conjugal pour le couple marié, et ceci sous le fondement de l'atteinte au consentement sexuel³⁰¹. Plus concrètement, les juges de fond ont changé leur vision en ce qui concerne les mêmes

²⁹⁹ Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

³⁰⁰ Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *op. cit.*, p. 259.

³⁰¹ Il en est ainsi de la CEDH qui a également reconnu la sanction possible du viol commis entre membres du couple, en dépit de l'existence d'un devoir conjugal « civil ». V ; *Welch c/ Royaume-Uni* du 9 février 1995 (série A n° 307-A) et *Jamil c/ France* du 8 juin 1995 (série A n° 320). ; CEDH 22 nov. 1995, req. n° 20190/92 et 20166/92, RSC 1996. 473, obs. R. Koering-Joulin.

circonstances de faits relatifs aux cas de viols commis au sein du couple, mais ils ont procédé de façon différente en ce qui concerne la qualification dégagée de ces faits dans leurs décisions. Ce revirement de jurisprudence concerne les arrêts suivants :

130. **L'arrêt du 5 septembre 1990 comme initiation à la reconnaissance du viol conjugal.**³⁰² — Dans cette affaire, la Chambre criminelle a retenue pour la première fois, mais de façon non autonome, la qualification de viol lorsqu'il est commis au sein du couple marié. En l'espèce, « un mari a imposé des actes sexuels qualifiés d'anormaux -par la jurisprudence antérieure- contre son épouse avec des violences de nature physique en l'exemple de torture et actes de barbarie »³⁰³. La Haute juridiction a précisé que la rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980 « *n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun et pour cela le texte de la loi n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage* » lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par ce texte, en l'occurrence de l'article 332 du code pénal précisant que « tout acte sexuel, de quelque nature qu'il soit, imposé à autrui par violence, contrainte ou surprise, constitue un viol ».

131. **La création d'un espace familial de protection.** — Selon les termes de ladite décision, l'article 332 du Code pénal, en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, « n'a d'autre fin que de protéger la liberté sexuelle de chacun, y compris du membre du couple marié, en dépit de l'existence d'un devoir civiliste de cohabitation matrimoniale ». Malgré l'importance de cet arrêt dans l'évolution de la conception judiciaire du viol commis au sein du couple, l'existence des violences très graves accompagnant l'acte sexuel imposé serait le fondement principal de la retenue de la

³⁰² Crim. 5 sept. 1990., n°90-83.786, Bull. crim., n ° 313.

³⁰³ Conformément aux termes de l'arrêt.

qualification de viol conjugal en l'espèce. Selon un auteur, « le viol sans autre violence caractérisée paraissait encore légitimé par le mariage aux termes de cet arrêt.³⁰⁴ ». Ainsi, c'est l'arrêt du 11 juin 1992 qui constitue la véritable reconnaissance jurisprudentielle du viol conjugal dans le droit pénal français.

132. **L'arrêt du 11 juin 1992 dans l'intérêt interprétatif de la loi.** — Dans cette affaire, la Cour de cassation a rendu son avis sur la qualification de viol conjugal concernant un couple vivant au domicile commun, pour des rapports sexuels qui avaient été imposés par la contrainte³⁰⁵. En effet, dans cet arrêt la chambre criminelle casse et annule « seulement dans l'intérêt de la loi » la décision de la chambre d'accusation en forme d'ordonnance de refus d'informer par le juge d'instruction, au motif que « *la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie privée conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire* ». Ainsi, dans cette décision la Cour de cassation a tout d'abord validé la jurisprudence issue de son arrêt rendu le 5 septembre 1990, qui précise que la qualification de viol conjugal pouvait, véritablement, être retenue en cas de circonstances prévues par l'article 333- 1 du code pénal : en l'occurrence la violence, la contrainte ou la surprise. L'arrêt du 11 juin 1990 constitue donc un arrêt de principe validant la nouvelle conception judiciaire de la présomption au consentement à l'acte sexuel au sein du couple.

133. **Un nouveau régime.** — Cette jurisprudence a apporté un nouveau principe de preuve applicable au viol conjugal. Désormais, la charge de la preuve est inversée en ce qui concerne le viol conjugal et, il convient donc à la défense d'attester ou de prouver

³⁰⁴ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.*, p. 695.

³⁰⁵ Crim. 11 juin. 1992. n°91-86.346

le consentement au coït conjugal, qui n'est plus considéré comme une présomption « classique » pour ne pas la qualifier de naturelle, en outre issue de la relation matrimoniale légitime.³⁰⁶ Dans cette affaire, les juges ont appuyé leur décision par la preuve relative aux témoignages du voisinage du couple. Par ailleurs, ce nouveau régime de preuve continue d'être applicable dans le droit actuel en ce qui concerne le viol conjugal et ce, malgré les difficultés qu'il puisse engendrer quant à l'acceptation de la preuve du viol dans le cercle conjugal, à cause plus particulièrement de l'intimité de la vie familiale.³⁰⁷ Comme en témoigne par exemple³⁰⁸ une décision de la Cour de cassation qui a refusé de retenir les témoignages des enfants dans le cadre de violences sexuelles à l'encontre de l'épouse³⁰⁹.

134. **Un apport idéologique de l'arrêt du 11 juin 1992.** — Au-delà des motifs purement juridiques de cette jurisprudence, notamment celles relatifs à la preuve, l'appréciation des juges s'est appuyée sur une conviction « conformiste » et soumise à la nouvelle conception sociétale du viol conjugal suite à l'évolution des mœurs au sein dans la société. Cette dernière s'attache à de nouvelles valeurs, notamment de la liberté individuelle et de la considération égalitaire des membres de la famille, ce qui n'exclut donc plus la femme mariée de la protection pénale du consentement à l'acte sexuel.³¹⁰ Ainsi, la jurisprudence a tranché en faveur de la protection pénale renforcée du consentement sexuel du conjoint. Le mariage ne saurait plus servir d'alibi à une

³⁰⁶ Georges LEVASSEUR, Viol de l'épouse par son mari, *RSC*, 1993, n° 1, p. 107.

³⁰⁷ V. Michèle-Laure RASSAT, La présomption de consentement aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire, *D.*, 11 mars 1993, n° 10, p. 17.

³⁰⁸ Malgré la réforme de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

³⁰⁹ Crim. 21 février 2006, n° 05-84.015, obs. Carole Girault, Difficile preuve de la violence conjugale, *AJ pénal*, 16 juin 2006, n° 6, p. 264.

³¹⁰ Gilbert AZIBERT, La présomption de consentement aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire, *Recueil Dalloz*, 14 janvier 1993, n° 2, p. 13.

atteinte à la liberté ou à la dignité de l'individu. Cette évolution participe également au mouvement égalitaire au sein du couple contemporain, et confirme la vision pénale nouvelle de la famille. Par ailleurs, cela a également permis l'intrusion du droit pénal dans la vie du couple.

135. De surcroît, la reconnaissance jurisprudentielle du viol conjugal a instauré un principe pénal de respect mutuel au sein du couple. En effet, elle a adopté une nouvelle vision pénale s'appuyant sur la protection de la liberté individuelle et de la dignité de la personne. Cette orientation s'inscrit dans la même lignée de la protection pénale de la vie privée en général, qui peut par ailleurs impliquer la sanction de l'atteinte au secret des correspondances du conjoint au sein du couple. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme³¹¹ dans son arrêt du 22 novembre 1995 a validé la notion de viol entre époux en se référant, selon un auteur, « au caractère, par essence avilissant du viol par rapport à une conception civilisée du mariage »³¹². Cette évolution de la jurisprudence a poussé le législateur pénal à reconnaître le viol conjugal de façon explicite dans le nouveau code pénal.

B. La consécration légale textuelle du viol entre époux

136. **Une optique législative de persuasion.** — L'individualisation de l'infraction générale de viol a été initiée par la loi du 23 décembre 1980, qui le définit désormais comme étant « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis*

³¹¹ CEDH, 22 novembre 1995. CR.et SW, Royaume-Uni.

³¹² HADDAD Sabine, « Le viol entre époux : l'évolution législative et jurisprudentielle. [en ligne] », [publié le 15 novembre 2010], [consulté le 10 janvier 2019]. <https://www.village-justice.com/articles/entre-epoux-preuve-relation,9146.html>.

sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise.³¹³». Cette définition a révolutionné la conception pénale du viol, en définissant notamment les circonstances dans lesquelles il peut être caractérisé. En l'occurrence lorsqu'il est commis avec violence, contrainte, menace ou surprise et réduit ainsi l'épouse victime à « autrui »,³¹⁴ ce qui a permis un large champ d'application de l'article 332 du code pénal par la jurisprudence³¹⁵. Cette dernière avait d'ailleurs décidé que l'infraction prévue par cet article n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, et elle a donc instauré une obligation conjugale de respect au consentement sexuel des conjoints.³¹⁶ Par la suite, le viol est devenu une considération majeure pour les sanctions relatives aux violences conjugales. Ainsi, la consécration légale du viol conjugal s'inscrit dans la politique criminelle de lutte contre le phénomène des violences commises au sein du couple, grâce plus particulièrement à la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

137. **Une intervention pénaliste de force au sein du milieu conjugal.** — Grâce à la reconnaissance de la qualification de viol conjugal par la voie législative, ladite loi représente pour la première fois l'initiation explicite de la répression des violences sexuelles entre époux. C'est pourquoi par son article 11³¹⁷ elle a donc introduit l'alinéa

³¹³ Article 222-23 du nouveau code pénal.

³¹⁴ Pierre GIOANNI, *op. cit.*, p. 251.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ Cass. Crim 5 sept. 1990, J.C.P 1990-11-21629, note M-L Rassat.

³¹⁷ I. - Après le premier alinéa de l'article 222-22 du code pénal, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire. »
 II. - L'article 222-24 du même code est complété par un 11° ainsi rédigé : « 11° Lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. »
 III. - L'article 222-28 du même code est complété par un 7° ainsi rédigé :

2 de l'article 222-22 du code pénal qui sera rédigé comme « Le viol et les autres agressions sexuelles sont constituées lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage[...] »³¹⁸. Par conséquent, le législateur a adopté une solution jurisprudentielle qui a inversé la charge de la preuve concernant la présomption de consentement à l'acte sexuel entre époux, qui incombe désormais à l'accusation. Ce dernier a également adopté, de façon explicite, le pluralisme familial initié par le droit civil, en acceptant le viol quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, c'est-à-dire aussi bien pour le mariage que pour le pacs et le concubinage³¹⁹.

138. Dans la même lignée d'idées, l'évolution de la reconnaissance législative du viol entre époux par la loi 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 « opérée pour la suppression de la présomption du consentement des époux à l'acte sexuel »³²⁰. La loi supprime donc la présomption de consentement des dispositifs de l'article 222-22 pour une suppression symbolique.³²¹ D'une part, car le législateur a estimé que cette précision est devenue inopportune voire inutile à cause de l'objectif

« 7° Lorsqu'elle est commise par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. »

³¹⁸ Dominique VIRIOT-BARRIA, Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *Recueil Dalloz*, 2006, n° 34, p. 2350.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ L'article 222-22 du code pénal est désormais rédigé ainsi : « Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise. Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage ».

³²¹ Anne GAËLLE-ROBERT, Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *RSC*, 2011, n° 4, p. 911.

recherché par le code pénal contemporain de réprimer toutes relations sexuelles non consenties, même dans le cadre du mariage³²². D'autre part, à cause de la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel qui résulte de l'obligation de communauté de vie prévue par l'article 215 du code civil³²³. Selon un auteur, « la caractérisation du viol ou de l'agression sexuelle nécessitant la démonstration de l'absence de consentement de la victime, ce qui implique inéluctablement le renversement de cette présomption ».³²⁴ Par conséquent, il incombe aux juges du fond d'apprécier de façon parfaitement souveraine les éléments du dossier porté à leur connaissance le but étant de vérifier l'absence ou non de consentement³²⁵.

139. **Une politique familiale d'affichage.** — Ainsi, la place de l'incrimination du viol conjugal dans le droit pénal familial est importante, car elle reflète la prise en compte

³²² *Ibid.*

³²³ Après la suppression de la présomption de consentement dans les relations sexuelles imposées à l'épouse, le viol conjugal prend un nouveau régime d'incrimination plus autonome. Néanmoins, ceci ne reste pas sans difficulté à cause notamment de la problématique de preuve dans cette catégorie d'infraction. Cela dit, c'est plus précisément l'élément de la cohabitation de la victime avec son agresseur qui peut constituer un problème majeur au niveau de la preuve du viol conjugal. Malgré les éléments constitutifs du viol restant fixés et définis légalement, le législateur n'a pas prévu un changement de ces éléments : la communauté de vie et la cohabitation entre les époux constituent donc un problème majeur dans la preuve du viol conjugal, la spécificité de ce dernier est plus particulièrement relative à l'absence du consentement à l'acte sexuel. Partant, il convient de préciser que contrairement à l'agression sexuelle qui suppose des attouchements de nature sexuelle, le viol est constitué par un acte de pénétration sexuelle commise sur la personne d'autrui. La jurisprudence a accepté la solution selon laquelle la pénétration pourrait prendre plusieurs formes : vaginale, anale, orale ou à l'aide d'objets « étranges » ... Cette pénétration de nature sexuelle doit être accompagnée par violence, menace, contrainte ou surprise. En vertu donc de l'article 222-23 du code pénal, l'absence de consentement de la victime peut résulter de l'usage par l'auteur de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise. Un seul élément consacrant le défaut de consentement doit être prouvé, il n'est pas utile de les cumuler. V. Crim., 30, sept., 1998., n° 97-86.532. Bull. Crim. n° 244; JCP 1999. IV. 1361.

³²⁴ *Ibid.* « [...] le rôle des expertises médicales peut alors se révéler décisif pour convaincre le juge du défaut de consentement, (constat de blessures, témoignages, etc.) [...] »

³²⁵ Les moyens de preuve du viol au sein du couple relèvent du droit commun des agressions sexuelles. En effet, grâce à la suppression de la présomption de consentement au sein des couples, toute preuve valide pouvait combattre cette présomption désormais inexistante dans le texte de l'article 222-23 du code pénal. Dorénavant, l'établissement de la preuve du viol au sein du couple est libre par plusieurs moyens. Les pièces à conviction concernant le viol conjugal peuvent prendre différentes formes : c'est le cas notamment des éléments de la police scientifique en rapport avec l'ADN relevé de la scène du crime, en général c'est la preuve majeure dans le cas des agressions sexuelles, c'est pour cela qu'il existe un *fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes*. Il peut dans ces cas-là s'agir des témoignages et des confrontations, etc.

individuelle la plus poussée de la personne du membre du couple. Cela concerne en l'occurrence le consentement à l'acte sexuel. Par ailleurs, certains auteurs évoquent un faible intérêt pénal pour le couple marié, ou un oubli pénal à la protection de celui-ci³²⁶. En invoquant notamment l'absence d'une protection pénale spécifique du couple marié, ou une indifférence du droit pénal quant à la nature du lien de couple. Mais ceci ne signifie aucunement que le membre du couple marié soit mal protégé par le droit pénal. En réalité, c'est plutôt le statut juridique du mariage qui est moins protégé que les membres qui le composent. Certes le droit pénal ne protège plus sévèrement certaines valeurs conjugales comme la fidélité ou la foi conjugale au sein du couple, mais cela est surtout dû à la contractualisation de la relation matrimoniale. D'autre part, le réalisme du législateur lui impose une subsidiarité de l'intervention pénale au sein du couple, en effet, il préserve une primauté de l'intervention civiliste au sein de celui-ci par le biais des sanctions propres au droit civil. Ce dernier est donc capable d'être garant des prérogatives individuelles au sein du couple marié dans certaines situations, sans le recours systématique à la sanction pénale. Il représente aujourd'hui à cause de l'individualisme social un droit contractualisé qui ne nécessite plus une intervention pénale directe. Il en est ainsi pour la protection pénale affaiblie du statut institutionnel du contrat de mariage, qui devient davantage une question civile et personnelle.

§2. La protection pénale de la vie privée au sein du couple

140. **Une personnification statutaire confirmée du membre de la famille.** — Le droit au respect de la vie privée est reconnu comme une prérogative essentielle de la

³²⁶ Laurent ROTGE, *Le conjoint en droit pénal*, thèse de doctorat, droit, université de Nice, 1999.

personne.³²⁷ Sa prise en considération par le droit pénal a été consacrée par la loi du 17 juillet 1970. Cette dernière constitue la matrice de la protection pénale de l'intimité de la vie privée contre les atteintes commises par des dispositifs techniques d'écoutes ou de photographies clandestines. Pour ce qui concerne les membres du couple, celle-ci est assurée au nom du respect de la vie privée et du secret des correspondances. Partant, en dépit de son caractère intime, le lien familial conjugal n'autorise pas la violation de ces valeurs eu égard à l'individualisme qui s'impose dans le droit pénal familial contemporain. Pour cela, rien ne peut justifier une atteinte à la vie privée de son conjoint, partenaire ou concubin par l'intimité de leur relation au nom de l'intérêt du groupe familial. Ces incriminations sont regroupées aux articles 226-1 et suivants du code pénal dans la section relative aux « atteintes à la vie privée ». Il s'agit plus particulièrement des actes d'écoute, d'intrusion, de divulgation et de photographies.

141. **Une considération indifférente quant au lien conjugal.** — La jurisprudence s'est montrée plutôt favorable à cette protection pénale renforcée de l'intimité du membre du couple. Les juges ont par exemple considéré qu'il « *est coupable du délit de suppression de correspondance prévu par l'article 187, alinéa 2 du code pénal la femme qui, autorisée à résider séparément au domicile conjugal pendant l'instance en séparation de corps, trouve dans la boîte aux lettres une correspondance sous enveloppe à l'adresse du mari, prend connaissance du contenu, et remet cette correspondance à son avoué pour être produite dans la procédure de séparation, aucun des deux époux ne possédant un droit de contrôle sur la correspondance de l'autre* »³²⁸. De la même manière, la jurisprudence a supprimé l'immunité existante

³²⁷ Nathalie CAZÉ-GAILLARDE, V° « Atteintes à la vie privée », *Rep. Pén*, Dalloz, novembre 2019, n° 32.

³²⁸ Crim. 5 févr. 1958 : *Bull. crim.*, n° 125 ; Crim. 15 mai 1990 ; T. corr. Seine, 16 mars 1961 : *Gaz. Pal.* 1961. 2. 168

entre époux pour ce délit : « Le délit d'ouverture et de suppression de correspondance n'est pas assimilable au vol, il s'agit d'un délit distinct, pour lequel l'immunité prévue entre époux par l'article 380 du code pénal.³²⁹ n'est pas applicable ». ³³⁰ En ce qui concerne la vie privée, est une atteinte à l'intimité de la vie privée : « l'écoute téléphonique réalisée par un mari dans l'appartement et les bureaux de son épouse, après qu'une ordonnance de non-conciliation eût été rendue, et alors que le prévenu a reconnu être toujours intéressé par la vie privée de son épouse »³³¹. Toujours selon la jurisprudence constante, « l'enregistrement par une épouse de conversations téléphoniques confidentielles qui se déroulaient dans un lieu privé entre des tiers et son époux »³³². *A contrario*, « ne peut être considéré comme portant atteinte à l'intimité de la vie privée l'enregistrement de propos ayant trait exclusivement à des problèmes d'argent entre époux séparés de fait ». ³³³

142. Par conséquent, la jurisprudence a joué un rôle décisif dans la délimitation des contours de l'intimité de la vie privée et de son caractère parfaitement individualiste. Selon les différentes décisions rendues en la matière, le critère d'une atteinte à l'intimité de la vie privée résulte de l'objet des conversations enregistrées clandestinement. Lorsque cet objet concerne les aspects sentimentaux et sexuels de la vie conjugale, autrement dit, l'aspect et le caractère le plus « intime de la vie d'un individu qui effectivement être atteint ». Ainsi, l'intimité de la vie privée, s'entend selon un auteur « *par ce qui touche le plus intérieur, le plus profond dans la vie du couple, se*

³²⁹ Nouvel art. 311-12. C. pén.

³³⁰ T. corr. Seine, 16 mars 1961 : *Gaz. Pal.* 1961. 2. 168. Dans le même sens ; Douai, 14 févr. 1995 : *Gaz. Pal.* 1996. 2, *chron. Crim.* 112.

³³¹ Crim. 11 févr. 1987 : *D.* 1987.

³³² Crim. 3 mars 1998 : *Gaz. Pal.* 1998.

³³³ Besançon, 5 janv. 1978 : *D.* 1978. 357, note Lindon ; JCP 1980. II. 19449 (1^{re} esp.), note Bécourt. Sur appel de : T. corr. Besançon, et ; Crim. 20 mai 1977 : JCP 1979. II. 19014, note Bécourt ; *Gaz. Pal.* 1977.

*concrétisant par l'expression des sentiments ou de la pensée, cette interprétation exclut donc l'aspect financier de la vie privée ».*³³⁴

143. Cette protection demeure donc stricte et limitée à l'aspect sentimental parce que la définition et la délimitation de l'atteinte à la vie privée est assez complexe. Elle s'arrête selon un auteur « *uniquement dans la limite des relations amoureuses, amicales ou familiales, qui font toutes partie intégrante de la vie privée. La protection pénale se limitera à ce qui touche le plus « profond », le plus « intérieur » de ces relations se concrétisant par « l'expression des sentiments et de la pensée » des individus concernés.* »³³⁵ A cet égard, la doctrine considère que « *Les questions matérielles et patrimoniales en seront donc exclues à condition qu'elles ne soient pas liées avec ce qui relève de l'intime* ». Certains auteurs ont pourtant critiqué cette appréciation jurisprudentielle³³⁶ ignorant l'aspect global des conflits conjugaux dans la délimitation de l'intimité ou de la vie privée. Par ailleurs, ce qui intéresse le plus cette recherche, c'est que le lien de couple ne fait pas un obstacle absolu aux poursuites en ce qui concerne l'atteinte à la vie privée au sein des couples, eu égard à l'individualisation du droit pénal familial en général. En effet, il en est autrement du droit algérien qui s'affiche incapable à distinguer les droits de la personne des droits du groupe familial.

144. Le lien matrimonial en particulier, et du couple en général est devenu un élément crucial dans la protection pénale des personnes. Le renforcement de la protection pénale des individus au sein des couples s'appuie désormais sur les circonstances aggravantes applicables aux violences conjugales. La pénalisation particulière du viol conjugal constitue selon certains auteurs l'aspect le plus spectaculaire de la protection renforcée

³³⁴ Nathalie CAZÉ-GAILLARDE, *op. cit.* ; CA. Besançon, 5 janv. 1978, D. 1978.357

³³⁵ Nathalie CAZÉ-GAILLARDE, *op. cit.*, n°25.

³³⁶ T. corr. Paris, 7 nov. 1975, D. 1976. 270, note Lindon ; RSC 1976. 729, obs. Levasseur.

du membre du couple. De surcroît, la reconnaissance ou non de celui-ci dans le code pénal, serait selon certains auteurs un critère essentiel de la mesure de l'avancée de tout système juridique national dans le domaine de la protection pénale au sein du couple. Et ce au même titre que l'égalité statutaire proposée à l'ensemble du pluralisme familial moderne.

Chapitre 2. Une protection statutaire égalitaire quant à la protection du cadre de couple

145. Le droit de la famille est fidèle à l'évolution de la société et des mœurs. Par conséquent, le législateur pénal ne prive pas les couples non mariés de protection. De ce fait, le droit répressif ne dépasse pas uniquement les frontières juridiques qui existent entre les différents statuts conjugaux, mais il est également capable de prendre en compte l'ensemble des autres statuts « irréguliers » de couple. (**Section 1**) Même si le mariage demeure mieux protégé par le droit pénal par rapport aux autres statuts conjugaux. (**Section 2**)

Section 1. La considération du pluralisme familial dans le droit pénal

146. **Une égalité statutaire à nuancer.** — La structuration à caractère universaliste du droit pénal familial ne concerne pas tous les statuts de couple sur le même degré. Parce que si elle est parfaitement confirmée en ce qui concerne les statuts officiels, (§1) elle ne l'est pas nécessairement pour tous les autres statuts, même si un universalisme parfait en la matière est partiellement accepté par la jurisprudence. (§2)

§1. Une confirmation pénale des statuts officiels : pacs et concubinage

147. **Le dépassement de la nature du lien conjugal au profit de la protection renforcée de l'individu.** — La reconnaissance du pluralisme des couples constitue une

certitude dans le droit civil.³³⁷ En effet, il n'est plus contesté aujourd'hui que le mariage éprouve une banalisation sociétale qui ne cesse de croître. Qui plus est fait désormais face à l'émergence confirmée de statuts concurrents au contrat matrimonial, en l'occurrence par le pacs et par le concubinage. Au niveau du droit pénal, l'acceptation du pluralisme conjugal est surtout due au jeu de l'égalité « de tous devant la loi », et à la lutte contre les violences domestiques soumise à l'individualisme de la protection pénale des couples.

148. **Le lien conjugal en tant que moyen de protection.** — Que ce soit pour le couple marié ou non marié, la circonstance aggravante relative à la relation conjugale est applicable pour tous les statuts de couples. Comme ce qui a été évoqué précédemment, cela est justifié par une sérieuse lutte contre les violences commises au sein des couples. En effet, cette dernière est portée par une forte volonté politique³³⁸ qui plus est, bénéficie d'une fidèle considération jurisprudentielle. C'est pourquoi la protection pénale du couple dépasse même les frontières et les principes validés de longue date par le droit civil. Il en est par exemple ainsi de la Cour de cassation considérant que le principe pénal de la liberté de la preuve prime la restriction issue du code de la procédure civile concernant le témoignage en matière de divorce.³³⁹ La prise en considération pénale du pluralisme familial édicte donc que tous les modes de foyer doivent être concernés par cette circonstance conjugale. De plus, cette application concerne aussi bien les couples

³³⁷ Dominique GRILLET-PONTON, Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité : Libres propos sur quelques situations atypiques, *JCI G*, 2002, n°5, p. 229-234.

³³⁸ Cela peut également s'expliquer par le nombre important des circulaires de la Chancellerie en matière de la politique pénale de lutte contre les violences commises au sein de la famille.

³³⁹ Cass. Crim. 2 juin 2015, n° 14-85.130, FS P+B+I : JurisData n° 2015-013014, obs. de François ROUSSEAU, in La paix des familles éclipsée par la lutte contre les violences conjugales, *JCP G* n° 39, 21 sept. 2015. : « La prohibition du témoignage des descendants en matière de divorce, prévue par l'article 205 du Code de procédure civile, n'est pas applicable devant la juridiction pénale en raison du principe de la liberté de la preuve. ».

officiels que les « relations unionales »³⁴⁰. A cet égard, en ce qui concerne le mariage, la circonstance aggravante est constituée dès lors que l'auteur de l'infraction est uni à la victime par les liens du mariage nonobstant l'absence de communauté de vie entre les époux. La jurisprudence a déjà été ouverte quant à cette protection pénale du couple marié,³⁴¹ cette appréciation concerne la vie commune et la résidence conjugale.³⁴² Sur le plan législatif, le concubinage a été pris en compte assez tôt par le code pénal qui l'a considéré dès la loi du 1 mars 1994³⁴³ comme étant une circonstance aggravante pour les violences commises entre concubins. Par la suite, la création du pacte civile de solidarité par le législateur civil a poussé le législateur pénal à apporter, par le biais de la loi du 4 avril 2006, une nouvelle circonstance aggravante applicable également aux « pacsés ». Les différentes lois relatives à la lutte pénale contre les violences conjugales notamment celles du 4 avril 2006, du 9 juillet 2010 et du 4 août 2014 ont donc instauré un principe d'indifférence absolue du statut familial quant à l'incrimination et à la sanction des violences domestiques. Le lien généraliste de couple ne constitue donc en aucun cas un fait justificatif des infractions commises entre conjoints, partenaires ou

³⁴⁰ Sabine KADEM-TOMC, L'appréciation du critère conjugal dans les violences commises au sein des couples « non officiels », *Gaz. Pal.*, 27 mars 2018, n° 12, p. 16. Sur la notion des couples non officiles. V. *infra* n°213.

³⁴¹ « La Cour de cassation a dans cette perspective jugée, avant la date d'entrée en vigueur de l'article 132-80 du Code pénal en un temps où l'article 222-13-6° dudit code faisait déjà une circonstance aggravante du fait que l'auteur des violences était le conjoint de la victime, que l'aggravation était encourue dans le cas d'un mari qui avait exercé des violences sur la personne de son épouse alors que celle-ci, en instance de divorce, avait une résidence séparée. ». *Juris pénal*, LexisNexis 2019.

³⁴²Cass. crim., 7 avr. 1998, n° 97-84.068 : JurisData n° 1998-002613 ; Dr. pén. 1998, comm. 114, obs. M. Véron.

³⁴³Loi du 1 mars 1994 portant le nouveau code pénal se caractérisant par une introduction dans le droit français la reconnaissance de circonstances aggravantes des violences lorsqu'elles sont commises sur une personne par son conjoint ou son concubin, que ces violences soient physiques ou sexuelles. V. Code pénal : articles 222-7 à 222-16-3 les violences physiques...

concubins. Cette considération est due à l'individualisme accru de la protection pénale de la famille comme ce qui a été évoqué au début de cette recherche.³⁴⁴

149. **Dépendance civiliste.** — En réalité, que ce soit pour les concubins ou les pacsés, il faut se référer aux règles du code civil dans l'appréciation objective de la vérité du concubinage, ainsi que dans la définition du pacs³⁴⁵. Une cour d'appel a ainsi pu décider, pour retenir la circonstance aggravante, que l'auteur de l'infraction et la victime étaient encore concubins à la date des faits, « *parce qu'ils disposaient alors chacun d'un double des clefs de leur appartement respectif dans le même immeuble* »³⁴⁶. Pour la circonstance aggravante applicable aux concubins, il existe une grande abondance jurisprudentielle sur la condition de l'existence ou non d'une communauté de vie entre l'auteur et la victime. En effet, la mission première des juges du fond est de vérifier l'existence ou non d'une vie commune afin d'appliquer ou d'écarter la circonstance aggravante applicable aux violences conjugales. Dans la même lignée d'idées, il est mentionné aux termes de l'article 515-1 inséré dans le code civil par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, le pacte civil de solidarité « *est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». La circonstance aggravante est constituée dès lors que le pacte civil de solidarité qui unit l'auteur de l'infraction à la victime n'a pas été rompu.

³⁴⁴ Un constat que certains auteurs dépassent, car on pourrait peut-être s'attendre à l'émergence d'un nouveau système juridique, qui soit porteur de la promotion individuelle au sein du couple au lieu de la protection pénale renforcée de l'individu membre de sa famille. V. Marc Azavant, *op. cit.*, p. 6.

³⁴⁵ Sabine KADEM-TOMC, *op. cit.*

³⁴⁶ CA. Paris, 11e ch. corr., 21 sept. 1999, n° 98/05405 : JurisData n° 1999-024924 ; Dr. pén. 2000, comm. 57, note M. Véron.

150. **Une nouvelle circonstance aggravante applicable aux violences conjugales.**

— La loi du 23 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes a instauré une nouvelle application indépendante des circonstances aggravantes des violences conjugales, il s'agit de la présence d'enfants ou d'un mineur sur la scène de l'infraction qui aggrave la sanction des infractions suivantes : le viol, l'agression sexuelle, le harcèlement sexuel, le harcèlement moral du conjoint ou ex-conjoint et le harcèlement moral général, les violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, les violences ayant entraîné une mutilation ou infirmité permanente, les violences ayant entraîné une ITT supérieure à 8 jours que les violences ayant entraîné une ITT inférieure ou égale à 8 jours ou aucune ITT³⁴⁷. En effet, cette modification constitue une mesure protectrice de l'enfant victime indirecte des violences conjugales. Et ce notamment par le biais de l'inscription d'une circonstance aggravante indépendante ou supplémentaire au dispositif pénal déjà applicable en la matière. En effet, porter secours aux mineurs dans les milieux familiaux faisant l'objet d'un conflit conjugal est l'objectif premier de cette nouvelle disposition pénale.

151. **La limitation des immunités familiales dans le couple, une inégalité de traitement.** — Les immunités familiales constituent un mécanisme empêchant les poursuites pénales pour certaines infractions, dans le but de préserver la paix et la cohésion familiales³⁴⁸. En revanche, les poursuites de nature civile demeurent possibles

³⁴⁷ Charlotte CLAVERIE-ROUSSET, Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes, *D, pén*, Octobre 2018, n°10, p. 23.

³⁴⁸ Les immunités familiales sont d'application personnelle *in personam* ou *in rem*. En revanche, celles relatives aux atteintes aux biens ne s'appliquent que pour les personnes concernées directement par le lien familial comme les membres du couple marié. Les exceptions légales relatives aux immunités familiales ne s'appliquent donc pas au complice ni au co-auteur. En ce qui concerne les personnes bénéficiant des immunités familiales, la liste est limitée en fonction de la nature des infractions. En effet, les personnes couvertes par l'immunité familiale ne sont pas les mêmes pour les infractions relatives à l'autorité publique que pour les infractions contre les biens. En matière d'atteintes aux biens la limitation

dans l'optique de réparer le préjudice financier causé, ou afin de rembourser la valeur en nature des biens volés par exemple. La justification de ce système serait issue d'une philosophie pragmatique et flexible de la politique criminelle familiale³⁴⁹. Cette dernière considère qu'une sanction pénale de certaines infractions serait plus dramatique sur la famille que les résultats de l'infraction eux-mêmes. Cette justification concerne à la fois les immunités familiales relatives aux atteintes à la propriété notamment le vol, et les immunités familiales pour les atteintes à l'autorité publique comme la non-dénonciation de crime³⁵⁰ le recel de malfaiteurs³⁵¹ l'omission de témoigner en faveur d'un innocent³⁵² ou le recel d'insoumis³⁵³...

152. Toutefois, le législateur a procédé à une personnalisation des immunités familiales conjugales. Cela s'inscrit de façon générale dans l'adaptation des prérogatives familiales traditionnelles, qui deviennent moins présentes. Il a par exemple, par le biais de la loi du 4 avril 2006³⁵⁴ (renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs) limité le bénéfice des

est plus stricte. En effet, le code pénal exclut plusieurs membres de la famille au sens large des immunités familiales relatives aux biens notamment dans l'article 311-12 relatif au vol précise que « *Ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne : 1° Au préjudice de son ascendant ou de son descendant, 2° Au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément.* »... En ce qui concerne les atteintes à l'autorité publique qui sont couvertes par les immunités familiales, le code pénal a adopté le pluralisme de la famille : concubins, famille non légitime, famille factuelle etc. Cette adoption prend notamment en compte l'élément affectif ou le sentiment et les liens personnels pragmatisme et réalisme du droit pénal

³⁴⁹ Il existe deux branches d'immunités familiales dans le droit français : celles relatives aux atteintes à la propriété et celles qui s'attachent aux atteintes à l'autorité publique. Cette division implique également les immunités familiales applicables pour les membres du couple. Les infractions concernées pour les atteintes aux biens concernent les infractions classiques d'atteintes à la propriété dans le code pénal comme le vol, l'extorsion, le recel de biens, etc. En effet cette liste d'infraction a été inspirée par la pratique jurisprudentielle de la Cour de cassation.

³⁵⁰ C. pén., art. 434.

³⁵¹ C. pén., art. 434-6.

³⁵² C. pén., art. 434-11.

³⁵³ Art. L 128 du Code du service national, l'aide au séjour irrégulier d'un étranger

³⁵⁴ « Le présent article n'est pas applicable : a) Lorsque le vol porte sur des objets ou des 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,

immunités familiales aux membres de couple. Et plus particulièrement pour celles relatives aux atteintes contre les biens, 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 paiement³⁵⁵.

153. Dans la même lignée d'idées, la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration a également restreint l'application de l'immunité familiale aux conjoints pour l'infraction inscrite à l'article L6224-4 du CESEDA. Ce dernier punit en effet l'aide à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger. Désormais, lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint, la prise en compte de ladite immunité familiale est écartée³⁵⁶.

154. En réalité, cette orientation individualiste concerne également la protection des majeures protégées. En effet, loi du 28 décembre 2015³⁵⁷ a modifié l'article 311-12 du code pénal. Qui dispose désormais que les immunités familiales relatives aux biens ne sont plus prises en considération « 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. ».

³⁵⁵ Agnès Cerf-Hollender, L'évolution du champ de l'immunité familiale en matière pénale, *LPA* 8 sept. 2017, n° 129k3, p. 56.

³⁵⁶ V. en ce sens. Agnès Cerf-Hollender. : « [...] De plus, depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, l'immunité familiale attachée à la non-dénonciation de crime ne joue plus si le crime concerné est une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou un acte de terrorisme [...]. ».

³⁵⁷ Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

§2. La confirmation jurisprudentielle des statuts non officiels : entre élargissement et limite relative aux principes généraux du droit pénal

155. **Un traitement juridique privilégié.** — La lutte contre les violences intrafamiliales en tant que mission législative semble éclipser toutes les valeurs voisines de la notion de couple. De la même manière que la politique criminelle ne cesse de pousser le droit pénal à élargir de plus en plus sa protection pénale déjà assez renforcée du membre du couple. Mais aussi, elle aspire à considérer le milieu familial comme un lieu où les infractions ne devraient pas être commises. À défaut, le droit répressif les sanctionne plus sévèrement. Par ailleurs, nonobstant certaines revendications doctrinales, la jurisprudence s'aligne sur les volontés législatives parfois même politiques³⁵⁸, et valide une application plus protectrice du droit. Primo, cela concerne plus spécifiquement la position confirmée de la jurisprudence, malgré les critiques soulevées dès les premières pratiques judiciaires de la circonstance conjugale relative à « l'ex » apportée par la loi de 2006. Selon cette position doctrinale de contestation, les dispositifs de ladite loi ne respectent pas certains principes généraux du droit pénal. En réalité,³⁵⁹ compte tenu de l'absence de la circonstance aggravante relative à l'ex conjoint, ex-concubin ou ex-partenaire de pacs au sein des textes d'incrimination- puisque celle-ci se trouve dans la définition des règles générales du code pénal- on a estimé qu'elle serait inapplicable eu égard au principe de l'interprétation stricte de la

³⁵⁸ Ce constat se confirme comme c'était déjà mentionné, par le nombre important des Circulaires et préconisations ministérielles en la matière.

³⁵⁹ Cass. crim., 12 oct. 2011, n° 11-85.474 : JurisData n° 2011-023258. « Malgré les revendications de certains auteurs, la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 132-80 du Code pénal en ce qu'il aggrave la répression d'infractions commises sur un ancien conjoint, un ancien concubin ou un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité. »

loi³⁶⁰, ainsi qu'en application du principe de l'interprétation favorable à l'accusé.³⁶¹

Secundo, face au vide juridique excluant les couples dits non-officiels, comme la relation adultérine ou les relations de quelques jours, etc., d'une prise en compte particulière par le droit pénal des couples ; les juges sont de plus en plus bienveillants envers une sanction plus sérieuse des violences conjugales, y compris lorsqu'elles sont commises dans ces couples fondées sur des relations unionales.

156. **La notion d'ex : une notion légale.** — ³⁶² En effet, la circonstance aggravante spécifique aux infractions intraconjugales est l'apport de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006³⁶³. Il est force de constater qu'elle s'inscrit dans la partie générale du code pénal. L'article 132-80 de ce dernier précise que « dans les cas prévus respectivement par la loi ou le règlement, les peines encourues pour un crime, un délit ou une contravention sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité (...) ». Le même article prévoit

³⁶⁰ Michel VÉRON, Violences volontaires entre « ex ». Exclusion de la circonstance aggravante pour les contraventions, *Dr pénal*, 2010, n°3, p. 34.

³⁶¹ Sébastien Revel, Poursuites pénales sous la qualification aggravée « d'ex » : quelle défense ? *AJ pénal*, 2010., p. 70.

³⁶² Sébastien Revel, Le mirage de l'oasis des « ex » ou virage de la Cour de cassation ? *D.* 2010., p. 1006.

³⁶³ Michèle-laure RASSAT, V° « agressions sexuelles », *JCI. P Lexis-nexis*, février 2020., n°15. Cette loi a également reconnu le caractère indépendant et spécifique des infractions commises au sein du couple tels que le meurtre et l'empoisonnement, le viol et les autres agressions sexuelles. En ce qui concerne les infractions sexuelles conjugales, elle a validé la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière. Ces dernières peuvent donc être constituées alors même que l'auteur et la victime sont unis par les liens du mariage. « Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ». Elle a également prévu que la circonstance que l'auteur des tortures ou actes de barbarie est le conjoint ou le concubin de la victime a pour effet d'aggraver le crime. La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 a, en modifiant l'article 222-3 du Code pénal, ajouté « le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. « [...] Ainsi, une Cour d'appel statuant en matière délictuelle s'est déclarée incompétente, les faits poursuivis sous la qualification d'attentats à la pudeur avec usage d'une arme étant selon elle de nature criminelle, pour connaître des agissements d'un homme qui aurait imposé par la violence à son épouse un début d'accouplement avec un chien, ce qui, selon les juges d'appel, constituerait un « traitement inhumain ou dégradant » assimilable à un acte de barbarie. ». CA Douai, 10 oct. 1991, *JurisData* n° 1991-046228, *RSC.* 1993, p. 69. V. Cass. Crim., 5 sept. 1990, n° 90-83.786 : *JurisData* n° 1990-702597 ; *Bull. crim.*, n° 313 ; *JCP G* 1991, II, 21269, note M.-L. Rassat ; *D.* 1991, p. 13, note H. Angevin ; *RSC.* 1991, p. 348, obs. G. Levasseur, ³⁶³C. pén., art. 222-22, al. 2.

également que cette circonstance aggravante s'appliquait aussi pour un ancien conjoint, un ancien concubin ou un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité, dès lors que l'infraction a été commise en raison des anciennes relations.³⁶⁴ La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 a au surplus élargit le champ d'application de cette circonstance aux contraventions afin de répondre à un vide juridique relevé par la jurisprudence³⁶⁵. Au demeurant, la loi du 3 août 2018 a annulé la condition de la cohabitation entre l'auteur des faits et la victime. La notion « d'ex » concerne donc la personne ayant cette qualité comme l'ex-conjoint, l'ex-partenaire ou l'ex-concubin de la victime des violences conjugales³⁶⁶. Ce lien se trouvant entre l'auteur des faits incriminés et la victime constitue par conséquent une circonstance aggravante autonome³⁶⁷.

157. **Renforcement jurisprudentiel.** — Confronté à la question de l'application de la circonstance conjugale élargie à l'ex conjoint, l'ex concubin et l'ex partenaire de pacs, la jurisprudence n'a pas hésité à valider cette conception et ce à plusieurs reprises³⁶⁸. En effet, dans les espèces traitées en la matière, la Haute juridiction s'est surtout focalisée sur les éléments factuels pour vérifier l'existence d'une relation ancienne de couple, mais aussi afin de la définir. Selon un auteur, « cela devrait se traduire comme une reconnaissance indirecte de l'application normale et sans difficultés de l'article 132-80 du code pénal ». ³⁶⁹ En réalité, l'ensemble des pourvois formés dans les espèces citées

³⁶⁴Vieville-Miravette M. Fr., La circonstance aggravante d'« ex » en matière de violences au sein du couple, *Dr. Pén*, n°2, 2009, étude 4., p.

³⁶⁵ *Crim.* 16 déc. 2009, no 09-83.174. ; Yves Mayaud, *Violences volontaires par un ancien concubin : une stricte interprétation aux conséquences contradictoires*, *RSC*, 2010, p. 136.

³⁶⁶ PH. BONFILS et E. VERGES, *RSC* 2007. *Chron. législ.*, p. 337.

³⁶⁷ Dominique Viriot-Barrial, *Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*, *D.* 2006. 2350.

³⁶⁸ *Cass. Crim.* 28 juin 2017. N°16-85.904 publié au bulletin. ; *Cass. Crim* 16 décembre 2020, n°19-87.772. ; *Cass. Crim.* 17 octobre 2012 n° 12-80.576.

³⁶⁹*Cass. crim.*, 7 avr. 2009, n° 08-87.480 : *JurisData* n° 2009-048145 ; *D.* 2009, p. 2830, obs. S. Mirabail ; *RSC.* 2009. p. 593, obs. Y. Mayaud ; *Dr. pén.* 2009, comm. 93, obs. M. Véron. : « L'ancien

ci-avant ne concernaient pourtant pas le principe de la légalité criminelle, du moment que la circonstance aggravante en question ne figure pas dans le texte d'incrimination et, ne définit pas le concubinage par exemple³⁷⁰. A titre d'illustration, cette dernière ne figure pas dans le texte sanctionnant le crime de torture et actes de barbarie,³⁷¹ alors qu'elle est assez clairement définie par l'article 222-33-2-1 punissant le harcèlement conjugal³⁷². Toutefois, la Cour de cassation a implicitement validé l'acceptation de la circonstance aggravante relative à l'ex en évitant même, dans une espèce,³⁷³ de chercher si le texte de la loi pénale satisfait aux exigences du principe de la légalité criminelle, à savoir la mission de définir la circonstance aggravante de façon claire et précise. D'ailleurs, faisant face à une QPC,³⁷⁴ la Cour de cassation a jugé conforme les dispositifs de l'article 132-80 du code pénal aux règles constitutionnelles relatives à la clarté et à la légalité criminelles.³⁷⁵ Somme toute, la jurisprudence estime

conjoint, ancien concubin ou ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité aux termes de l'article 132-80 du Code pénal un second alinéa aux termes duquel : « [...] La circonstance aggravante prévue au premier alinéa est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité [...] » « [...] Les dispositions du présent alinéa sont applicables dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime ». Il appartient donc, le cas échéant, à la partie poursuivante de démontrer que l'infraction commise par l'ancien conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité l'a été en raison de l'union, de droit ou de fait, qui avait existé entre lui et la victime. ».

³⁷⁰ En effet, l'article 123-80 du code pénal procède à un simple renvoi vers la loi ou le règlement disposant à inscrire la relation ancienne de couple comme étant une circonstance aggravante.

³⁷¹ Art. 223-3. C. pén.,

³⁷² Art. 222-33-2-1. C. pén., : « Le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin 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 est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende [...] Les mêmes peines sont encourues lorsque cette infraction est commise par un ancien conjoint ou un ancien concubin de la victime, ou un ancien partenaire lié à cette dernière par un pacte civil de solidarité.

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 € d'amende lorsque le harcèlement a conduit la victime à se suicider ou à tenter de se suicider. ».

³⁷³ Cass. Crim. 9 avril 2009 n°08-87.480.

³⁷⁴ Cass. Crim. 12 octobre 2011 n°5800. ; AJ Famille 2011, p. 547. ; Audrey Bonnet, Les infractions familiales et leur constitutionnalité, *AJ Fam*, 2012., p. 603.

³⁷⁵ Il existe en réalité une Circulaire du Ministère de la justice voulant l'appliquer. Circ. min. Just n° 2006-10 E8, 19 avr. 2006 : BO min. Just. 13 juill. 2006, n° 102.

définitivement que cette circonstance ne peut qu'être validée pour protéger fortement les « ex » dans le cadre des violences conjugales.

158. **Un élargissement convenable.** — De la même manière, il est force de souligner l'ambiguïté de la loi pénale qui ignore totalement les couples non-officiels ou non conventionnels dans le cadre de la lutte contre les violences commises au sein du couple. C'est pourquoi le juge était souvent amené à apprécier souverainement la nature de la relation concubine, afin de vérifier l'applicabilité de la circonstance aggravante relative à la vie commune. De ce fait, il est force de constater que cette pratique peut être assez « subjectivée »³⁷⁶. En réalité, le juge doit procéder à un traitement « de cas par cas » pour trouver application acceptable de la loi pénale et, cela pose notamment un problème au niveau de l'existence d'une jurisprudence constante en la matière. Ainsi, la protection pénale du membre du couple non-officiel demeure fragile mais non complètement écartée. Cela pourra surtout être possible via l'élargissement de la définition du concubinage par une interprétation ouverte, après le recours inévitable à l'article 515-8 du code civil. Cette affirmation trouve aussi bien écho chez la doctrine, que dans une certaine évaluation positive de la jurisprudence. D'ailleurs, même lorsque le juge écarte l'application de la circonstance aggravante relative à la situation de concubinage, pour absence de critères légitimes caractérisant suffisamment cette situation concubine, il n'a cessé de valider les critères retenus par la jurisprudence, à savoir la continuité de la vie commune au sein de la relation de couple. Cela étant dit, le juge est toujours amené à se soumettre à l'interprétation du code civil et, en l'occurrence à celle de l'article 515-8 dudit code, mais aussi du dispositif pénal applicable aux violences conjugales afin de fonder son acceptation d'une protection pénale réelle des couples non-officiels.

³⁷⁶ Sabine KADEM-TOMC, *op. cit.*, p. 16.

159. Quoi qu'il en soit, cette orientation française du droit répressif intéresse la présente étude dans la mesure où cela atteste l'avancée du droit français au regard du droit algérien. Surtout eu égard à l'absence de toute référence à la morale dans l'incrimination, compte tenu de la priorité dont bénéficie le membre du couple dans le cadre de la protection pénale familiale. Et ce avec notamment une parfaite indifférence quant au cadre juridique du couple, contractuel comme factuel. Selon un auteur³⁷⁷, la « justice ne devrait pas fermer les yeux pour protéger le membre du couple par-dessus tout », et ce afin que la relation amoureuse ne soit un moyen facilitant la commission de certaines atteintes à la personne. Dans la même lignée d'idées, eu égard à la volonté politique forte de lutte contre les violences intrafamiliales, la prise en considération judiciaire du dispositif pénal existant doit se conformer à une protection extensive de tous les couples ou unions selon donc une notion civiliste large du couple. En prenant en considération notamment le degré de la communauté de vie, les émotions ou plusieurs autres critères selon l'interprétation libre des juges en s'inspirant des dispositions de l'article 515-8 du code civil régissant le cadre du concubinage³⁷⁸. Les relations unionales comme l'adultère, les petits amis... doivent donc se voir appliquer les circonstances aggravantes relatives aux violences conjugales, non sur le critère de la vie commune notamment après la réforme de la loi qui a supprimé cette condition de cohabitation, mais sur un critère de la relation stable, durable et continue selon l'appréciation subjective et libre des juges. Somme toute, tout membre d'une union issue d'une relation amoureuse continue a donc le droit à protection.³⁷⁹ Toutefois, malgré cette ouverture honorable du droit pénal des couples dans la protection de la personne,

³⁷⁷ Sabine KADEM-TOMC, *op. cit.*, p. 16.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ *Ibid.*

cela ne s'inscrit pas sur le même degré concernant la protection pénale du cadre juridique de la conjugalité. Ainsi, le mariage demeure le modèle le plus privilégié chez le législateur pénaliste français.

Section 2. Une indifférence relative quant au cadre juridique du couple

160. La prise en considération spécifique du mariage ne traduit-elle pas l'existence d'une institutionnalisation par le droit pénal de ce mode de constitution de couples ? Il convient de s'interroger sur la place du contrat matrimonial dans le code pénal. (§1) Dans lequel le principe de l'interprétation stricte de la loi empêche naturellement les autres statuts de bénéficier d'une protection similaire au mariage. (§2)

§1. L'institutionnalisation pénale du mariage, un phénomène marginal

161. L'ensemble de la doctrine semble s'accorder sur le fait que le contrat matrimoniale bénéficie d'une place à part dans le droit répressif. Mais cela s'avère particulièrement contradictoire. En effet, sur le plan pénal, le mariage est tantôt protégé indirectement par des infractions satellites ou détournées, tantôt protégé sous le prisme de la valeur relative à la volonté individuelle selon un avis, comme la sanction de l'escroquerie sentimentale, de l'extorsion, du mariage forcé³⁸⁰, etc. En réalité, cette dernière mission du droit pénal apparaît faible, car ces dernières infractions se basent surtout sur une intervention réaliste du droit répressif, qui est utilisé par le législateur pour protéger des valeurs voisines. D'autant que cela coïncide avec une considération

³⁸⁰ Dominique FENOUILLET et Valérie MALABAT, *op. cit.*, p. 53.

exclusive du contrat matrimonial, ignorant ainsi les autres couples. Quoi qu'il en soit, le droit pénal s'intéresse au mariage en tant qu'institution civile et sociale particulière et différente aux autres modes de constitution du ménage. Toutefois, il ne lui assure pas une institutionnalisation de nature pénaliste, car il ne le protège pas en tant que tel. De plus, la protection pénale du contrat matrimonial concerne certains aspects d'incrimination et pas tous les contours dudit contrat. C'est pourquoi l'acceptation du caractère institutionnel dans le droit pénal n'est que marginale.

162. **Des mesures d'exception.** — Certes, le droit pénal n'accepte plus l'absolutisme juridique du mariage. La contractualisation de la vie de couple a bouleversé la relation entre le droit pénal et la famille. Parmi les résultats de ce bouleversement, on trouve par exemple la limitation des immunités familiales relatives aux membres du couple, même si toutes les formes des immunités familiales ne sont pas toujours applicables aux personnes unies par le pacs et le concubinage. Cela peut être considéré comme une institutionnalisation du mariage, car seuls les couples mariés sont parfois protégés, de la même manière que seul le contrat matrimonial est impliquée dans certaines infractions. Par exemple, les concubins ne sont pas couverts par l'immunité familiale relative aux infractions contre les biens, la définition légitime de la famille constitue donc le principe. C'est pourquoi le droit pénal n'intègre pas le pluralisme familial en ce qui concerne les immunités familiales conjugales, car elles ne sont applicables que pour le couple marié. Néanmoins, cette position est à nuancer dans la mesure où seules les immunités relatives aux atteintes à la propriété sont concernées par ce rejet pénal du pluralisme familial. En réalité, toutes les immunités relatives aux atteintes à l'autorité publique prennent en compte la famille au sens large, même lorsqu'il s'agit de concubinage. Mais ceci n'empêche donc pas que le mariage ne soit également affaibli

au regard du droit pénal, dans la mesure où ce dernier ne protège pas absolument le contrat matrimonial par la limitation des immunités familiales applicables au couple marié. Un autre exemple assez typique de l'indifférence totale, quant à la nature du lien de couple, concerne la notion du domicile conjugal dans le droit pénal. Pour ce dernier, il n'existe plus de différence entre les couples mariés, pacsé ou concubins s'agissant de la possibilité de l'éviction du conjoint violent par le procureur de la République³⁸¹. Dans la même lignée d'idées, il n'est pas sans intérêt de confirmer l'indifférence de la protection pénale générale du membre du couple, sans conséquence spécifique du cadre matrimonial comme ce qui a été évoqué dans le premier chapitre de ce titre.

163. Cette impossible reconnaissance pénale égalitaire des statuts de couple ne suffit donc pas à porter la preuve d'une institutionnalisation pénale, y compris indirecte pour le mariage, même si celui-ci demeure effectivement une institution sociale assez importante. En dépit de certaines limites fortes de la protection pénale contemporaine de l'institution matrimoniale, comme l'affaiblissement généralisé de la famille traditionnelle ainsi que le renforcement de l'individualisation notamment de la protection pénale par la parentalité, cette institution continue d'être indirectement protégée par le code pénal demeurant impacté par les évolutions sociales. Le cadre juridique dont bénéficie le mariage, certes n'est plus pris en compte de la même façon par le droit pénal contemporain, contrairement au droit traditionnel, mais le dispositif juridique le concernant demeure renforcé et intéressant à la différence du pacs ou du concubinage.

³⁸¹ Art. 41-1. 6°. C. P. P.

164. Somme toute, l'institutionnalisation pénaliste du mariage reste marginale, car la relation entre le droit répressif et le mariage ne concerne que certaines incriminations statutaires. Ce qui exclut la protection de la personne. Mais au vu de la nature civiliste du contrat matrimonial, cette approche pénale qui semble institutionnaliser le mariage est inévitable. Le législateur s'est par exemple retrouvé obligé de sanctionner la bigamie, mais sans une extension généralisée aux autres modes de couples. Cela est d'autant plus considérable eu égard à l'orientation contraire du droit pénal algérien. Dans ce dernier, le couple marié est le seul modèle protégé, il en est de même pour la filiation issue du mariage.

§2. L'institutionnalisation pénale du mariage, un phénomène inévitable

165. Comme ce qui a été évoqué précédemment, le droit pénal demeure parfois prisonnier de ce que lui impose les autres domaines du droit, même s'il est parfois autonome et, même s'il est également porteur de règles normatives dans certains cas³⁸². Dans ce cadre-là, il est parfois soumis au droit civil de la famille, mais aussi soumis aux valeurs sociales que lui impose la société. De ce fait, le caractère réaliste du droit répressif se confirme une fois de plus dans cette relation ambiguë entre le droit pénal et le contrat matrimonial. En réalité, et d'un point de vue juridique, la soumission pénale à l'institutionnalisation civiliste du mariage est inévitable. Et ce notamment pour des exigences techniques, tant civiles **(A)** -qui déterminent le cadre juridique du mariage-, que pénales -par certains textes qui cadent le législateur et qui l'empêchent d'avoir un regard autonome envers le mariage. **(B)**

³⁸² J.-C. SAINT-PAU (dir.), *op. cit.*, p. 10.

A. L'institutionnalisation civile du mariage

166. Certes, le droit civil a adopté le principe du pluralisme juridique familial³⁸³. Toutefois, il convient de préciser qu'il n'a pas opté pour une séparation stricte ni pour une égalité absolue entre les différents statuts de couples. D'ailleurs, la jurisprudence civile³⁸⁴ est assez lucide en la matière.³⁸⁵ Par exemple, selon un auteur « La jurisprudence constante de la Cour de cassation refuse l'extension des textes qui organisent le régime primaire impératif des époux aux concubins. Cette règle de non extension a également été rappelée à propos de l'obligation de contribuer aux charges du mariage posée par l'article 214 du Code civil ; ou encore pour la solidarité des dettes ménagères de l'article 220 du code civil [...] ». Le mariage, outre sa nature première en tant que relation contractuelle, représente également une institution juridique validée de longue date³⁸⁶. Le rôle du droit pénal se traduit donc comme subsidiaire. En réalité, tant que des valeurs individuelles comme la vie, l'intégrité physique et sexuelle, la propriété, l'intimité, etc. ne sont pas menacées, le droit pénal ne reconnaît pas d'égalité absolue à l'ensemble de statuts de couples dans le cadre de la protection pénale familiale. Il reste pour cela soumis aux précisions civilistes relatives à leurs définitions, mais aussi à leur cadre juridique. Cette subsidiarité de l'intervention pénale est par ailleurs justifiée par l'interdiction de l'interprétation par analogie en ce qui concerne les incriminations exclusives au mariage.

³⁸³ Marie LAMARCHE et Jean-Jacques LEMOULAND, V° « Le mariage », Rép. Civ. Dalloz, décembre 2019., n°33.

³⁸⁴ Cass. 1^{ère} Civ., 11 janvier 1984

³⁸⁵ Egéa VINCENT et Hélaine CÉDRIC, Cours de droit notarial, *Université Numérique Juridique Francophone*, [en ligne, consulté le 17 avril 2019]. <https://cours.unjf.fr/course/view.php?id=131>.

³⁸⁶ Marie LAMARCHE et Jean-Jacques LEMOULAND, *op. cit.*, n°36.

B. La relative institution matrimoniale dans le droit pénal

167. En effet, aux termes de l'article 111-4 du code pénal : « *la loi pénale est d'interprétation stricte* ». Ce principe général du droit pénal se joint au principe de la légalité criminelle afin de faire face à une application large de certaines infractions relatives au mariage. De la même manière, cela empêche par voie de conséquence une extension sanctionnatrice aux autres statuts distincts, tels que le pacs ou le concubinage. De prime abord, certaines infractions classiques sont par essence exclusives au mariage au regard des valeurs protégées par ces dernières. Il s'agit par exemple de la fidélité au sein du couple, jadis protégée par le crime d'adultère ou, de la foi conjugale qui fait naturellement l'objet de la protection du délit de bigamie. Mais aussi de l'ancien devoir d'obéissance de l'épouse envers son époux qui interdisait donc toute incrimination du viol conjugal. En revanche, il en va différemment en ce qui concerne le concubinage ou le pacs, pour lesquels certaines de ces obligations ne sont pas imposées par le droit civil. A cet égard, et pour des raisons de sécurité juridique, le législateur s'est doté d'un système de protection pénale accessoire du mariage et, plus particulièrement de l'acte civil matrimonial. Cela a par exemple engendré l'existence d'une panoplie d'infractions pénales applicables au contrat de mariage. Notamment celles relatives au mariage frauduleux de l'article L632-1 du CESEDA, au mariage forcé 222-14-4 du code pénal, ou finalement aux faits de célébrations religieuses habituelles irrégulières du mariage par les ministres de culte de l'article 433-21 du code pénal, etc.³⁸⁷

³⁸⁷ En réalité, il est de bon sens que le législateur pénal n'intervienne plus dans des comportements n'entraînant pas de dommage social, comme en témoigne notamment son désintérêt aux conditions du contrat matrimonial. Cela se traduit par la fragile représentation que fait l'institution matrimoniale au sein du code répressif. Les exemples de cette absence d'une considération réelle du mariage sont multiples. De ce fait, il a été constaté que certaines atteintes au consentement objectif à l'union matrimoniale, bien qu'elles soient punies par le droit pénal, ne concernent le mariage que de façon accessoire. Premièrement, parce que la protection pénale de ce consentement fait son apparence dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et non dans le code pénal. Deuxièmement, parce les valeurs protégées par les infractions relatives à l'absence du consentement au mariage³⁸⁷ visent la protection

168. Au demeurant, en ce qui concerne la prise en compte particulière du mariage par le droit pénal des immunités familiales, l'exclusion du concubinage relève à ce stade notamment de l'indépendance matrimoniale au sein du couple. Ce qui est assez différent en ce qui concerne le couple marié ou bien le couple lié par le PACS. Car ces statuts relèvent de la règle juridique, contrairement au concubinage qui constitue principalement une situation factuelle. Dans ce même ordre d'idées, la séparation de corps ou de résidence entre les membres de couple fait obstacle à l'application des immunités familiales. Les atteintes aux biens font préjudice de l'un des membres du couple lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément³⁸⁸. Ainsi, Le législateur pénal contemporain a adopté des exceptions au principe des immunités familiales applicables au couple marié. La venue de nouvelles conditions dans ce domaine a changé le regard que porte le droit pénal sur le mariage. Ce dernier n'est donc plus aussi fort que sa vision juridique d'auparavant. Quoi qu'il en soit, le législateur ne semble pas vouloir adopter une institutionnalisation pénaliste expresse du mariage. Cependant, si ce dernier voudra inclure les autres modes conjugaux dans les incriminations qui sont aujourd'hui exclusives au mariage, il serait préférable que cela

pénale primordiale de l'individu et, non du contrat de mariage en tant qu'institution juridique et sociale. Il en est également ainsi pour les autres atteintes traditionnelles au mariage comme c'est le cas pour la bigamie ou de l'inceste. Somme toute, la protection pénale actuelle du mariage se révèle éloignée de sa finalité essentielle qui repose sur la communauté de vie réelle. De surcroît, elle s'appuie sur un droit hybride, composé de l'intersection de plusieurs règles juridiques créant un cadre de protection pénale d'ordre administratif pour le contrat matrimonial.

³⁸⁸ La richesse normative du droit pénal familial s'est construite au travers de plusieurs étapes. Le caractère principal de cette évolution est la mutation de la protection pénale conjugale d'une protection traditionnelle et institutionnelle de la famille en général, à une individualisation accrue due au nouveau regard pénaliste réservé au membre du foyer. En effet, la période marquante de l'évolution du droit pénal des couples réside principalement dans la reconnaissance spécifique des violences commises entre les individus dans l'espace conjugal, qu'ils soient mariés ou non mariés. Ainsi, le code pénal de 1992 était précurseur dans cette mutation. Par le biais de celui-ci, le législateur a créé une circonstance aggravante pour les conjoints et concubins. Comme ce qui a été précisé précédemment, cette dernière a été généralisée pour le Pacs après sa création par la loi du 13 octobre 1999. Par la suite, la protection pénale du membre de foyer a été parfaitement élargie, dans la mesure où elle implique désormais, et également les liens de couple relatifs à l'ancienne relation tant du mariage, que du concubinage ou du pacs. Et aussi, à un moindre degré, à tout le reste des autres relations dites « unionales ».

ne soit pas poussé par des raisons de politique criminelle « utilitariste », mais pour une prise en charge réaliste de la protection familiale en général.

Conclusion de la première partie

169. **Mutation diligente quoique raisonnable.** — L'évolution des idéologies au sein de la société a fortement impacté la matière juridique pénaliste dans la mesure où les frontières entre l'espace public et l'espace privé sont en train de se redéfinir -pour le moins dans le monde occidental-.³⁸⁹Par conséquent, la doctrine signale l'émergence d'un nouvel ordre public familial qui serait d'avantage protecteur des prérogatives individuelles que de l'institution familiale traditionnelle. Cette vision « progressiste » a engendré cette nouvelle protection pénale individuelle – dont fait l'objet cette thèse- qui réserve une certaine indifférence quant à la nature du lien familial. Ce dernier est pris en compte notamment dans l'optique de protéger les valeurs et prérogatives individuelles du membre du groupe familial. La protection pénale du membre du couple est renforcée quel que soit le lien de couple existant entre ses membres. C'est-à-dire que le lien de couple peut être publié et enregistré comme le mariage et le pacs, ou non enregistré et par conséquent factuel comme le concubinage. De surcroît, une évolution a touché le droit pénal familial relatif aux couples dans l'émergence de la notion « d'ex » dans le régime juridique des violences conjugales. Cette dernière vient renforcer la très-individuelle protection pénale de la personne dans le couple.

170. **Le repère législatif quant au viol conjugal.** — Si l'on considère l'incrimination du viol conjugal comme la caractéristique phare de la nouvelle protection pénale individuelle au sein du couple. Il est important de souligner que le lien conjugal a été

³⁸⁹ Christopher Shu-Bin Woo, *Familial Violence and the American Criminal Justice System*, *U. HAW. L. REV.*, 1998, n°20, p. 375. « [...] The movement "challenged the ideology of [the] public and private sphere[s]" while questioning the traditional family values which had perpetuated violence against women [...] ».

considéré, pendant très longtemps, comme un alibi face à la reconnaissance juridique - jurisprudentielle et législative- du viol commis à l'encontre de l'épouse. Autrement dit, les obligations familiales matrimoniales constituaient en somme un empêchement à cette reconnaissance pénale. Il s'agissait plus particulièrement du devoir conjugal né du mariage impliquant que l'épouse doit obéissance à son mari. Par ailleurs, cela s'inscrivait également dans la protection pénale de l'honneur des familles, afin de lutter contre les naissances illégitimes. Cela se manifestait également dans la considération antérieure de la présomption de consentement à l'acte sexuel entre conjoints, difficile à prouver son contraire.³⁹⁰Désormais, le lien matrimonial ou conjugal constitue une circonstance aggravante du viol entre époux, mais aussi un élément constitutif de la qualification autonome du viol conjugal. Cela est également le cas pour toutes les formes des violences conjugales commises entre mariés, pacsés ou concubins.

171. **Un nouveau code pénal des libertés individuelles.** — Le mariage bénéficie d'une protection pénale indirecte par le droit pénal contemporain, qui, certes ne reconnaît pas une égalité absolue entre les différentes formes de couples, mais il réserve une considération particulière à l'institution matrimoniale. C'est le cas notamment des incriminations accessoires relatives aux atteintes au consentement au mariage comme le mariage frauduleux, le mariage forcé, le mariage polygamique ou enfin aux formalités de célébrations du contrat de mariage.

172. L'affaiblissement du mariage dans les sociétés occidentales en général et dans le droit français en particulier constitue la cause principale de la protection individualiste

³⁹⁰ Pierre GIOANNI, *op. cit.*, p. 42.

et renforcée de l'individu membre du couple. En dépit des rapprochements qui sont constatés entre le droit français et le droit algérien, le législateur algérien s'efforce, progressivement, de suivre son homologue français malgré les difficultés auxquelles il est confronté : à cause plus particulièrement des résistances sociétales à ses réformes. Certains auteurs considèrent que cette dépendance du législateur algérien au droit français serait dangereuse, mais le dilemme du respect des droits de l'homme auxquels l'Algérie adhère officiellement et constitutionnellement pose plus particulièrement un problème, et oblige au législateur algérien de choisir clairement s'il adopte ou non les valeurs universelles des droits de l'homme, qui, en même temps représentent une obligation constitutionnelle selon la hiérarchie des normes juridiques dans le droit algérien.

173. **Un droit de politique criminelle.** — La lutte politique contre les violences conjugales s'appuyant sur certaines statistiques sociologiques et victimaires a joué un rôle important dans l'évolution du cadre légal du viol conjugal.³⁹¹ Certes, l'incrimination générale du viol figure dans le code pénal français depuis le code de 1810 en tant que délit autonome, mais le viol conjugal quant à lui n'était pas reconnu par les juges. En effet, il n'y avait aucune reconnaissance juridique à son égard, cela était dû à l'existence d'un devoir conjugal consacré par le code civil napoléonien. Ce devoir consiste en l'obéissance de l'épouse à son mari considéré comme le *pater familias* et chef de famille. Il en allait de même pour l'existence d'un objet légitime du

³⁹¹ Selon l'ONDRP, en 2011, sur les 4 983 plaintes pour viols, 3 742 viols ont été commis à l'encontre de femmes et 432 contre des hommes. Parmi ces viols, 906 sont des viols conjugaux commis à l'encontre des femmes et 179 contre des hommes. En 2010, il y a eu 1356 condamnations pour viols et 8 235 condamnations pour atteintes sexuelles. Les condamnations pour viol représentent, en 2010, 50,1% des 2 706 condamnations prononcées pour crime. Dans 98% des cas pour ces crimes, la peine privative de liberté est la règle. Les peines sont en moyenne de 8,9 ans (perpétuité exclue).

mariage qui permettait aux époux d'avoir une vie sexuelle présumée, ainsi que de bénéficier d'une présomption de consentement au coït conjugal. Cette présomption pose notamment un problème quant à la preuve du viol dans le couple. La jurisprudence pénale, dans la lignée de la jurisprudence civile, estimait que l'obtention par la force de l'accomplissement du devoir conjugal ne pouvait recevoir la qualification de viol, parce que la relation sexuelle est une des fins légitimes du mariage. Seule la situation de divorce à cause de la disparition de la communauté de vie, ou le concubinage pourrait faire l'objet de la reconnaissance juridique du viol.

174. **La difficile reconnaissance du viol conjugal.** — Somme toute, le devoir conjugal constituait un obstacle à la reconnaissance juridique du viol entre époux. Également, la situation matrimoniale était considérée comme un moyen de défense contre les accusations de viol conjugal à l'encontre de l'époux. La jurisprudence a accepté de retenir une qualification de viol entre époux lorsque des actes sexuels³⁹² dits « contre-nature » ont été imposés par la violence, la contrainte ou l'abus de force. Le processus de cette reconnaissance juridique du viol conjugal constitue le fruit d'une évolution profonde du droit pénal familial. Au départ, les textes comme la jurisprudence traditionnelle posaient un principe dictant que les relations sexuelles étaient l'une des fins légitimes du mariage, dont résultait l'impossibilité du viol entre époux.³⁹³ Par la suite, la jurisprudence a interdit « *les pratiques anormales* » dans la relation sexuelle avant de retenir une qualification explicite du viol commis au sein du couple marié. Le

³⁹² La jurisprudence constante ne qualifie de viol que lorsqu'il s'agit de pénétration sexuelle, de quelle que nature qu'elle soit.

³⁹³ Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *op. cit.*, p. 337.

législateur a fini par reconnaître le viol conjugal par la voie de la reconnaissance législative.

175. Ainsi si le droit français confirme son « modernisme » dans le cadre de la protection pénale de la famille, le droit algérien adopte une version qui peut être qualifiée d'hybride par rapport à ses sources, quant au droit pénal de la famille.

Seconde partie. La résistance d'un modèle algérien propre dans la défense des valeurs familiales

176. **Un nouveau défi législatif, et politique.** — Si le législateur algérien ordonne désormais aux époux de se respecter mutuellement, il paraît en revanche hésitant quant à une éventuelle étendue de ce principe vers d'autres valeurs individuelles. Par exemple, la sanction officielle du viol conjugal reste en suspens dans le code pénal. Cela est dû à la place particulière dont bénéficie le mariage dans le droit pénal familial. Ce dernier continue de lui réserver une protection spécifique en tant que seul lien juridique participant dans la genèse de la famille. Ainsi, le mariage est avant tout un moyen juridique d'encadrement de la liberté sexuelle dans ce système inspiré partiellement du droit musulman. Par ricochet, le contrat matrimonial bénéficie d'une institutionnalisation relative. **(Titre I)** A ce stade il rejoint la famille en tant que notion indépendante bénéficiant quant à elle d'une institutionnalisation confirmée. **(Titre II)**

Titre 1 : La sacralisation pénale relative du mariage

177. **L'autonomie positiviste du droit algérien.** — En réalité la conception algérienne du mariage est ambivalente. De nature positiviste, le droit algérien agit désormais de façon bienveillante envers les libertés individuelles, et se place à distance de certaines restrictions pénales d'origine islamique défendues dans le cadre du mariage. **(Chapitre 1)** Cela d'autant plus malgré le régime pénal persistant quant à la protection du contrat de mariage et de ses conditions, qui de la même manière ne concerne le mariage qu'indirectement. **(Chapitre 2)**

Chapitre 1. Les manifestations de la prise en compte adoucie du mariage par le droit pénal

178. **Une source somme toute marginale.** — En dépit de sa place de source première du code de la famille, le droit musulman semble être mis à l'écart par le droit pénal. Cela se manifeste notamment dans la conception des infractions sexuelles par le législateur algérien³⁹⁴. Partant, le code pénal ignore le caractère religieux et moral de la restriction du désir sexuel adoptée par les jurisconsultes musulmans. **(Section 1)** De plus, la jurisprudence semble prête à rompre le lien avec la doctrine de droit musulman quant à la légitimité du lien filial, seul digne de protection juridique dans ce système. **(Section 2)**

Section 1. La mise à l'écart de l'aspect moral de l'encadrement de la sexualité

179. **Un droit algérien éloigné de l'aspect théologique.** — Il résulte de l'analyse du droit musulman qu'il existe une diversité de conceptions philosophiques des infractions sexuelles. Il s'agit d'une conception tripartite, morale, sociale³⁹⁵ et pénale. Seule l'étude de la conception morale est intéressante, car elle est unique en sa nature purement religieuse et singulière en sa substance propre à la loi islamique à l'époque moderne³⁹⁶.

³⁹⁴ La définition du crime de fornication inclut tout acte sexuel, même consenti, entre deux personnes de sexes différents ou de même sexe, et non liées par les liens du mariage ou par un contrat d'esclavage dit un acte de « *Milk el-yamine* ». La sanction réservée à cette infraction est de cent coups de fouet ou la lapidation en cas d'adultère.

³⁹⁵ D'un point de vue pratique, cette infraction n'est applicable que si l'acte sexuel est notoire, ou si la liberté sexuelle est atteinte. Cette définition est proche de celle adoptée par le droit positif.

³⁹⁶ La conception morale est relative à l'interdiction religieuse pure et simple La conception sociale concerne la consécration de la liberté sexuelle par la sanction des atteintes au consentement sexuel. Ce qui correspond à la conception positiviste des infractions sexuelles. Enfin, la conception pénale concerne

(§1) Dès lors, le droit algérien en adopte un fondement contraire puisqu'il connaît une considération positiviste du consentement individuel à l'acte sexuel. (§2)

§1. Le concept de l'honneur sexuel l'*ird* dans la doctrine de droit musulman

180. **Un principe spirituel et juridique.** — Dans le droit musulman le crime de fornication vise la sanction de toute atteinte à la sainteté du mariage au vu de la place de ce dernier dans la genèse du lien familial. L'obligation de se soumettre à cette norme sociale et pénale constitue par ailleurs un devoir tant religieux que moral. Pour les juristes de droit musulman, le régime des infractions sexuelles concerne deux valeurs principales. La première est relative à l'honneur sexuel l'*ird* par la restriction des libertés sexuelles. La seconde a pour finalité la protection pénale de la filiation et de la progéniture par l'encadrement de la procréation.

181. Le mot français³⁹⁷ qui traduit le mieux le concept de *Zinâ* est la fornication³⁹⁸. La sanction de ce crime est justifiée par les objectifs majeurs de la *Charia*.³⁹⁹ C'est-à-dire les principes généraux de la politique criminelle de droit musulman⁴⁰⁰. Parmi ces derniers, figurent de façon exhaustive la protection de la religion, de la vie, de la progéniture, des biens et de l'honneur. Dès lors, l'incrimination des relations sexuelles

l'incrimination législative ou normative de la fornication. La loi islamique semble unique en son interdiction des relations sexuelles même avec consentement dans l'époque moderne. Seuls certains pays appliquant une lecture traditionnelle du droit musulman prohibent aujourd'hui pénalement les relations sexuelles entre majeurs consentis. Cela concerne un nombre limité de pays, comme l'Arabie-Saoudite, les Maldives ou l'Iran...

³⁹⁷ Laurent KONDRATUK, Les délits et les peines dans le droit canonique du 16^e siècle, *Le droit pénal et l'église, Revue de droit canonique, Institut du droit canonique.*, 2006, n° 56 (1-2), p. 79-96.

³⁹⁸ Hervé Bléuchot, *op. cit.*, p. 670.

³⁹⁹ Notamment en ce qui concerne la coutume et la jurisprudence car elles sont considérées comme des sources secondaires ou dérivées dans le droit musulman.

⁴⁰⁰ François-Paul BLANC, *op. cit.*, p. 20.

en dehors du mariage est orientée vers la lutte contre le « chaos ou l'anarchie sexuelle » considérés comme étant un danger social majeur.⁴⁰¹ Pour cela, cette pénalisation s'inscrit dans une démarche juridique préventive et authentique, car elle vise aussi bien la protection de la filiation légitime, que la régularité des liens de l'ascendance et de la descendance ; étant donné que le contrat de mariage constitue la seule source de naissance du lien familial légitime. En effet, pour les jurisconsultes de droit musulman, la concupiscence sexuelle doit être contrôlée dans le but d'encadrer les filiations et les biens de la famille. Fondés sur le contrôle des descendance et l'empêchement du « désordre sexuel » qui serait causé dans la société, ces agissements sont conséquemment considérés comme nuisibles à la santé publique mais aussi contraires à la moralité sociale. Ainsi, il convient d'expliquer l'influence islamique sur le droit pénal algérien en ce qui concerne la protection pénale institutionnelle de la famille. Cela est nécessaire afin de mesurer la place de ce droit spirituel dans ce système qui demeure somme toute partielle.

182. **Un principe dépassant la simple soumission personnelle.** — En effet, le terme d'honneur dans la langue arabe signifie supériorité et gloire. Il est souvent attaché à la tribu et à la famille composant l'ascendance sociale d'un individu. Le concept de l'*ird* constitue une composante de l'honneur en général. À ce stade, il correspond à la « chasteté sexuelle » ou à la « pureté » de la personne⁴⁰². La protection pénale de

⁴⁰¹ Mohammed SALIM-EL-AWA, Les sources du droit pénal musulman « Étude comparée », Nahda., 2006. p. 223.

⁴⁰² *El maqassid* ou les objectifs du droit musulman qui sont : La protection de la religion ; de la vie ; des biens, de l'honneur '*ird*', ou de la préservation de la dignité ; la protection de la filiation ou des descendance. Le crime de fornication peut concerner différents objectifs possibles ; en effet, il peut s'agir principalement de la protection de la filiation ou de la descendance ; également, il peut concerner la protection pénale de l'honneur sexuel familial et individuel ; ainsi, l'incrimination de la fornication implique la protection des biens, dans la mesure où le lien familial légitime constitue la pierre angulaire du droit des successions. (*mawarith*) Le contrat du mariage est décrit comme une garantie des droits dont le droit à la succession.

l'honneur sexuel correspond également à la protection de la dignité⁴⁰³. Cela étant, l'obligation incombant au musulman de préserver sa chasteté sexuelle individuelle est double. En effet, il est considéré comme un devoir pour toute personne majeure et saine d'esprit de protéger ses parties génitales de toutes pratiques sexuelles illégitimes.⁴⁰⁴ Toute personne doit donc avoir une conduite sexuelle digne et acceptée par la société⁴⁰⁵, dès lors toute atteinte à ce devoir entraîne un blâme social⁴⁰⁶. De surcroît, il est considéré comme un droit vis-à-vis des tiers, dans la mesure où il constitue une valeur individuelle fortement protégée par le droit pénal. Ce dernier sanctionne toute atteinte envers l'honneur sexuel de l'individu et parallèlement de sa famille ou de sa tribu.⁴⁰⁷ Ainsi, le crime de fornication se définit comme le coït sexuel illégitime⁴⁰⁸ et représente une interdiction morale et religieuse. Son fondement moral se différencie donc de la conception sociale des infractions sexuelles du droit positif, qui

⁴⁰³ Safaa Aldeen GAZNAI, *La répression discriminatoire des infractions liées à la sexualité en droit pénal irakien*, thèse de doctorat, droit, université de Cergy-Pontoise, 2011., p. 27.

⁴⁰⁴ Hosni Mahmoud NEJIB, *Manuel de droit pénal, droit pénal spécial*, Dar Al-Nahda al-arabia, 1988, p. 525.

⁴⁰⁵ Aux termes des règles du droit pénal musulman, l'infraction généraliste de fornication, appelée aussi *Zinâ*, incrimine les relations sexuelles pratiquées hors mariage. En effet, si cette dernière constitue une transgression d'une loi religieuse, elle représente principalement une atteinte à une valeur sociale sacralisée, qu'est la légitimation des filiations. Ainsi, en tant qu'institution qui vise à contrôler les descendance, le mariage est le moyen exclusif de la genèse du lien familial, qu'il soit conjugal ou filial. Dans ce système, le contrat matrimonial se définit comme la convention autorisant la satisfaction de l'instinct sexuel par le coït conjugal, puisqu'il concerne exclusivement les personnes de sexes différents. Certes le code pénal algérien ne sanctionne pas le crime de fornication de la même manière que les juristes musulmans. Puisqu'il n'adopte pas la logique islamique dont toutes les relations sexuelles sont incriminées, même celles consenties, hormis peut-être son maintien de l'infraction d'adultère. Toutefois, cette vision islamique du mariage a tout de même influencé la genèse de la famille légitime dans le droit algérien. Par conséquent, l'institution matrimoniale représente une valeur fondamentale dans ce système. Les atteintes au mariage ainsi qu'à la filiation continuent à être incriminées au sein du code pénal.

⁴⁰⁶ Khaled Ben-Mohamed, *La protection pénale de l'honneur sexuel dans le droit musulman*, thèse de doctorat, droit, université de Naïf d'Arabie-Saoudite, 2008, p. 17.

⁴⁰⁷ Le fondement social de l'honneur sexuel *l'ird* représente le choix du législateur algérien dans sa conception de la protection pénale de l'honneur sexuel. Plus concrètement, le code pénal algérien a opté pour la protection de la liberté sexuelle et donc de la préservation de *l'ird*, qui est fondée sur le consentement de la personne face à des faits incriminés tels que le viol ou les diverses agressions sexuelles.

⁴⁰⁸ Seuls le mariage légal et l'esclavage justifient le coït sexuel.

se distingue par la consécration primordiale du consentement à l'acte sexuel. Cela explique la différence entre les droits musulman et algérien en la matière. Aussi, selon les jurisconsultes musulmans l'honneur sexuel doit être sauvegardé dans le but de lutter contre toute dégradation des bonnes mœurs. Le crime de fornication vise donc à la fois une norme sociale et une norme religieuse en la valeur de la pureté sexuelle. En revanche, le fondement social des infractions sexuelles consiste à ce que la loi pénale ne soit pas applicable dans la sphère privée que représente la liberté sexuelle, à moins d'être attentatoire à la pudeur publique.

183. La conception morale de *Zina* est donc fondée par des normes religieuses d'essence éthique. La religion encadre par conséquent le désir sexuel des individus⁴⁰⁹. Selon les jurisconsultes de droit musulman, l'instinct sexuel doit être orienté vers sa fonction sociale qui est le mariage puis la procréation.

184. **Qualification extensible.** — Le concept de *Zinâ* ou de la fornication est protéiforme. Il peut s'agir de l'adultère, de la fornication au sens strict, du viol, de l'homosexualité, de la sodomie⁴¹⁰ ou *in fine* de la zoophilie. En résumé, tant que le désir sexuel n'est pas orienté vers sa fonction sociale qu'est le mariage légitime, le crime de fornication est caractérisé. Ainsi, la protection pénale du mariage dans le droit musulman se focalise sur une considération morale de l'honneur sexuel. Contrairement

⁴⁰⁹ Dans la conception musulmane de l'instinct sexuel naturel, la liberté de chacun de disposer de son corps et donc de son désir sexuel constitue un danger pour la société, dans la mesure où cela peut créer le chaos et le bouleversement psychologique et social. Notamment, par l'anarchie sexuelle causée par cette liberté, la situation incontrôlable de la filiation porte également atteinte aux droits biologiques et naturels de l'enfant, en particulier son droit au nom de famille et son droit à la protection familiale matérielle et psychologique vis-à-vis de ses parents.

⁴¹⁰ Pour certains jurisconsultes de droit musulman de l'école dite *hanéfite* ou de la doctrine *hanéfite*.

à sa conception juridique dont le fondement social de l'*ird* domine les choix et l'orientation du code pénal algérien en la matière.⁴¹¹.

§2. L'adoption du fondement social de l'honneur sexuel par le droit algérien

185. **Une notion en principe proche de la philosophie contemporaine des infractions sexuelles.** — La consécration de la liberté au consentement sexuel représente une notion moderne⁴¹². C'est pourquoi la morale n'a plus sa place dans l'incrimination des différents actes considérés comme un danger social, comme c'est le cas pour les infractions sexuelles. **(A)** Etrangement, à la lecture des différentes sources du crime de fornication de droit musulman, il s'avère que ce dernier ne s'éloigne pas de la conception positiviste de la liberté sexuelle et des infractions sexuelles du droit moderne. Cela va pourtant à l'encontre des interprétations fournies par les juristes musulmans. **(B)**

A. Une conception individualiste de la relation matrimoniale

186. **Un droit algérien à l'image du code pénal français de 1994.** — Plus concrètement, les infractions sexuelles sanctionnent les atteintes à la liberté, le consentement et la dignité de la personne. Souvent, ce sont la violence, la contrainte physique ou morale qui définissent les éléments constitutifs des infractions sexuelles, comme le viol et les agressions sexuelles dans les droits comparés. A ce stade,

⁴¹¹ La majorité des systèmes pénaux de culture juridique musulmane adopte un fondement social de l'honneur sexuel dans leur traitement pénal des infractions sexuelles.

⁴¹² Et plus particulièrement des principes inspirés de la philosophie des lumières, depuis notamment les apports juridiques de la Révolution française de 1789.

l'orientation du droit algérien s'inscrit dans cette trajectoire positiviste. Cela s'explique par la volonté du législateur algérien de suivre la pensée juridique moderne plus respectueuse des libertés individuelles. Par conséquent, le fondement du viol dans le code pénal algérien s'affirme différemment du concept de *Zinâ* du droit musulman. Il adopte en réalité une notion plus stricte des infractions sexuelles contrairement à une vision islamique plus large.

187. Aussi, le code pénal algérien aborde la relation matrimoniale selon une approche individualiste ;⁴¹³ même s'il reprend la même définition du viol du droit musulman. En réalité cela n'est pas inconnu puisque le concept de viol de droit positif constitue une représentation avoisinant celui de *Zinâ* du droit musulman. En effet, il existe un élément commun entre les deux infractions. Surtout, les deux actes sont considérés comme attentatoires à l'honneur et la dignité de la personne. Or la différence entre ces dernières repose sur l'élément relatif au consentement fracturé de la victime. Car, il importe peu chez les jurisconsultes musulmans que la victime ne soit pas consentante à l'acte sexuel illicite pour retenir le crime de fornication pour défaut de mariage légitime. Le *zina* étant une infraction large qui peut impliquer une relation sexuelle consentante, et non seulement une violation au consentement sexuel qui représente un autre volet de l'incrimination de la fornication. De surcroît, ils exigent la commission d'une relation entre deux personnes de sexe opposé, sans quoi les faits sont qualifiés de simple atteinte à l'honneur sexuel, ce qui élimine la qualification de crime de fornication *Zinâ* de droit commun.⁴¹⁴

⁴¹³ V. *Supra.*, n°4.

⁴¹⁴ Sa sanction relève des peines fixées par les autorités législatives ou par le souverain. Pour ce faire, l'ensemble des sanctions applicables dans le droit musulman sont possibles, y compris la peine de mort, selon des avis divergents au sein de la jurisprudence.

188. **La suppression du caractère moral des infractions sexuelles.** — Sur le plan législatif, le dispositif répressif relatif au viol dans le droit algérien est en mouvance évolutive. La récente loi du 14 février 2014 -relative à l'adaptation du droit algérien aux différentes conventions internationales- dont le plus important de ses apports était l'élargissement de la protection pénale de l'enfance, a supprimé le sexe exclusivement féminin de la victime de viol. Désormais la loi n'exclut plus le mineur de sexe masculin de cette nouvelle définition du viol et aussi de l'application de la circonstance aggravante quant à la minorité de la victime⁴¹⁵.

189. Par ailleurs, la même loi s'est portée sur la modification des termes utilisés dans la définition du viol. Au lieu de l'appellation de « *hatk el-ird*⁴¹⁶ » qui signifie la « violation de la chasteté sexuelle *ird* » ou de la pudeur sexuelle de la victime, il lui a été substitué le terme de *irtissab* qui correspond à la notion moderne du viol. Le législateur a admis que l'ancienne définition ne permettait pas une protection parfaite de l'individu. Bien que l'expression de *hatk-ird* ne soit pas très éloignée de la nouvelle nomination du viol *irtissab* -atteinte- qui a une signification identique. Mais le terme d'*irtissab* est devenu dans la pratique et quasiment dans la plupart des systèmes de pays arabes la signification la plus précise du viol. Ce dernier correspond selon la doctrine à une violation du consentement sexuel ou de sa liberté. Le mot *irtissab* veut dire soustraction, vol ou la prise par la force de quelque chose, par conséquent cela correspond au fait de prendre la liberté sexuelle par la force afin de tirer un profit de nature sexuelle. Ce fait suppose ainsi et selon la définition moderne du viol une

⁴¹⁵ Art. 366., C. pén. Al. : « Quiconque a commis le crime de viol est puni de la réclusion à temps, de cinq à dix ans.

Si le viol a été commis sur un mineur de moins de dix-huit ans, la peine est la réclusion à temps de dix à vingt ans ».

⁴¹⁶ Littéralement : la violation de *l'ird* (honneur sexuel).

pénétration sexuelle avec violence, menace, contrainte ou surprise. Le lien de causalité du viol suppose la réalisation d'un comportement incriminé et l'absence du consentement de la victime. Le but recherché par l'auteur est d'avoir le corps de la victime en sa disposition par des manœuvres différentes. Si un lien de mariage existe entre les deux parties, la contrainte à l'acte sexuel demeure difficile à soutenir en raison de l'existence d'un devoir conjugal. Le mariage reste en effet le seul moyen permettant le coït conjugal.⁴¹⁷

190. Dans la philosophie occidentale, la liberté sexuelle ne pourrait constituer un prétexte de la protection pénale du mariage à cause de l'attachement de cette valeur à la sphère privée et aux libertés individuelles. La décadence de l'aspect institutionnel ou sacré de la famille est également à l'œuvre de cette vision. Partant, le contrat de mariage ne concerne pas uniquement la vie sexuelle des personnes, il s'agit d'avantage d'un lien affectueux ayant pour finalité la cohabitation et la fondation d'une famille. La conception sociale de l'honneur sexuel adoptée par le législateur algérien a contribué à son ouverture vers le respect de la liberté sexuelle. Dans la mesure où les violences sexuelles sont considérées comme une atteinte à la dignité et à l'honneur d'autrui. C'est notamment le cas du viol caractérisé comme un ravissement ou une violation de l'*ird* sexuel⁴¹⁸. Ensuite, les relations sexuelles consenties entre majeurs ne relèvent pas du

⁴¹⁷ V. *Supra*, n°5.

⁴¹⁸ Art. 335., C. pén. Al. : « - Est puni de la réclusion à temps, de cinq (5) à dix (10) ans, tout attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violences contre des personnes de l'un ou de l'autre sexe. Si le crime a été commis sur la personne d'un mineur de seize ans, le coupable est puni de la réclusion à temps de dix (10) à vingt (20) ans. » Cp algérien, Art.336, « - Quiconque a commis le crime de viol est puni de la réclusion à temps, de cinq (5) à dix (10) ans. Si le viol a été commis sur un mineur de moins de dix-huit (18) ans, la peine est la réclusion à temps de dix (10) à vingt (20) ans. »

droit répressif hormis les cas d'outrage public à la pudeur⁴¹⁹ ou le cas de l'homosexualité notoire.⁴²⁰

191. La relation matrimoniale basée sur le contrat de mariage s'acquiert par conséquent un caractère individuel représentant les intérêts de chaque époux. Cela dépasse la vision islamique de l'acte de mariage. Certes, le code algérien la famille s'inspire principalement du droit musulman, néanmoins, l'influence du droit français est apparente dans ce système. En effet, le contrat de mariage n'est pas uniquement un acte juridique légitimant le coït sexuel, il représente un contrat civil créant un lien familial fondé sur l'amour et l'affect par ailleurs. Il peut également s'agir d'un contrat civil déterminant le régime matrimonial entre les époux.⁴²¹ Le législateur algérien ne prévoit donc pas de définition légale du contrat de mariage, il fixe seulement les conditions de ce contrat notamment par des règles civilistes.⁴²² Surtout, il définit les finalités de la relation matrimoniale⁴²³ en dehors du caractère sexuel de la relation matrimoniale⁴²⁴.

⁴¹⁹ Art. 333., C. pén. Al. : « Toute personne qui a commis un outrage public à la pudeur est punie d'un emprisonnement de deux (2) mois à deux (2) ans et d'une amende de cinq cents (500) à deux mille (2.000) DA. Lorsque l'outrage public à la pudeur a consisté en un acte contre nature avec un individu du même sexe, la peine est un emprisonnement de six (6) mois à trois (3) ans et une amende de mille (1.000) à dix mille (10.000 DA). »

⁴²⁰ Cette infraction est inspirée par l'ancien code pénal français. Le nouveau délit de l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public a pris sa place. V. Art. 222-32., C. pén. Crim. 22 déc. 1965, *Bull. crim.*, n° 289

⁴²¹ Vincent BRÉMOND, Dissolution, liquidation, partage dans le régime de communauté légale, in *JCl. Civi.*, LexisNexis, 5 Juillet 2019.

⁴²² Art. 9., C. fam. : « Le contrat de mariage est conclu par l'échange du consentement des deux époux ».

⁴²³ En effet, les finalités légales du mariage selon le législateur algérien sont : l'union, la solidarité, la bonne entente, la sainte éducation, la bonne moralité et l'élimination des maux sociaux. V. Art. 3 code de la famille.

⁴²⁴ Art. 3., C. fam. : « La famille repose, dans son mode de vie, sur l'union, la solidarité, la bonne entente, la sainte éducation, la bonne moralité et l'élimination des maux sociaux ».

192. Par conséquent le droit répressif s'intéresse davantage aux droits des individus que de l'institution matrimoniale,⁴²⁵. Sur le plan pénal, la violation des obligations issues du mariage n'est pas toujours un sujet de protection pénale. Par exemple, certaines obligations familiales comme le devoir de secours, ou la cohabitation en harmonie aux termes du code de la famille algérien⁴²⁶ ne sont protégées par le droit répressif, sauf si la sécurité ou l'éducation des enfants sont mises en danger⁴²⁷. Il en est également ainsi du délit d'abandon pécuniaire de famille nécessitant préalablement une décision judiciaire.⁴²⁸

193. Par ailleurs, il est force de constater que la relation entre le crime de fornication et la protection pénale du mariage demeure fragile. Certes, le droit musulman refuse la domination d'une conception sociale dans le fondement des infractions sexuelle. Et s'efforce par conséquent d'assurer de façon apparente une protection pénale forte du mariage. Cependant, ce dernier ne s'intéresse pas au contrat de mariage en tant que

⁴²⁵ Puisque le crime de fornication *Zinâ* dans le droit musulman ne correspond qu'à l'infraction d'adultère dans le code pénal algérien. Ce délit suppose une relation matrimoniale au moins de l'une des parties. Cette condition le qualifie de *zinâ* adultérin. Les relations sexuelles consenties hors mariage ne constituent pas une infraction selon le code pénal algérien, tant que les faits ne soient pas survenus dans l'espace public, ou devant les yeux des « autres ». Par suite, le législateur algérien s'inspire de la philosophie occidentale de la liberté sexuelle. Cette orientation est corollaire à l'influence du droit français dans sa consécration juridique de la liberté sexuelle. Cette dernière est fondée par l'aspect social de l'honneur sexuel, en l'occurrence de la liberté du consentement à l'acte sexuel. Elle s'appuie sur la philosophie selon laquelle, toute atteinte intentionnelle au consentement sexuel de la personne est constitutive d'une infraction pénale.

⁴²⁶ Art. 36., C. fam. : « Les droits et obligations des deux conjoints : 1-sauvegarder les liens conjugaux et les devoirs de la vie commune ; 2-la cohabitation en harmonie et le respect mutuel et dans la mansuétude ; 3-contribuer conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection des enfants et à leur saine éducation ; 4-la concertation mutuelle dans la gestion des affaires familiales, et l'espace des naissances ; 5-le respect de leurs parents respectifs, de leurs proches et leur rendre visite ; 6- sauvegarder les liens de parenté et les bonnes relations avec les parents et les proches ; 7-chacun des époux a le droit de rendre visite et d'accueillir ses parents et proches dans la mansuétude. ».

⁴²⁷ BONNEAUDEAU Robert, *La parenté en droit pénal*, thèse de doctorat, droit, université de Lille, 1968., p.156.

⁴²⁸ Le délit d'abandon de famille prévu par l'article 330 du code pénal algérien correspond à l'article 357-1 de l'ancien code pénal français, qui sanctionnait l'abandon de la résidence familiale sans motif grave, pour une période qui dépasse les deux mois, ainsi que pour l'abandon de la femme enceinte.

source unique du lien familial. Par exemple, il n'existe pas d'infraction relative à la nullité civile du mariage en droit musulman,⁴²⁹ car cela relève uniquement des règles du droit civil. Il en est également ainsi du concubinage, considéré comme un mariage « corrompu » ou nul, mais ne constituant pas le crime de fornication. En réalité, bien que l'importance sociale et juridique du mariage soit intelligible, le concubinage n'est pas considéré comme une atteinte à l'institution matrimoniale. Par conséquent, il ne nécessite pas une intervention pénaliste et se place sous la seule égide des sanctions civiles. Le contrat de mariage dans le droit musulman est considéré donc comme le garant civiliste de la légitimité de la famille et, de l'assurance réelle des droits individuels familiaux⁴³⁰.

194. Par ailleurs, le mode de preuve particulier du crime de fornication dans le droit musulman met l'accent sur l'intérêt réel d'une telle incrimination. Si le législateur exige une pénétration sexuelle et la présence de quatre témoins, ce qui représente une démarche difficile ; le cadre privé dans lequel s'exercent les relations sexuelles ne permet toujours pas de trouver un nombre aussi important de témoins. Pour cela, une analyse critique de cette infraction de droit musulman s'impose.

B. Un regard critique sur la conception pénale de la notion de *Zina*

195. **Une interprétation nécessitant une remise en question.** — La condition d'atteinte à la pudeur publique peut représenter le fondement sous-jacent de la conception pénale de la fornication. Le crime de fornication est une infraction inscrite dans la catégorie des infractions pour lesquelles il existe des peines fixes dites « *les*

⁴²⁹ Abdelhamid BEN-MECHRI, *op. cit.*, p. 174.

⁴³⁰ A la différence du droit français. V. en ce sens Françoise ALT-MAES, *op. cit.*, p. 501.

hudûd ». C'est-à-dire que la peine de cette infraction est préalablement fixée par les sources principales du droit musulman.⁴³¹ La preuve du crime de fornication est également définie de la même manière, elle s'acquiert principalement par le témoignage ou par l'aveu.

196. **Les éléments constitutifs du crime de fornication.** — Le rapport sexuel parfaitement achevé par une pénétration génitale seul constitue l'élément matériel du crime de fornication. Selon la jurisprudence de l'école *malékite*, la pénétration sexuelle –le coït vaginal- doit être intentionnelle entre deux personnes consenties non liées par une relation de mariage légitime ou par un lien de propriété⁴³² d'esclavage⁴³³. En ce qui concerne les auteurs de cette infraction, ils doivent être libres, majeurs, sains d'esprit et musulmans ; étant donné que le code pénal musulman ne s'applique pas aux citoyens non-musulmans. En cas d'adultère, le mariage doit être légal et consommé. Par ailleurs, et toujours pour l'école malékite, il n'existe pas de différence en ce qui concerne l'acte de sodomisation, contrairement à l'école hanéfite pour laquelle la qualification de fornication n'est pas caractérisée pour ce comportement. Dans ce cas, la sanction initialement prévue pour l'infraction de *Zina* est écartée. Cependant, si la peine fixe dite *hadd*⁴³⁴ ne peut s'appliquer à cause de l'insuffisance des éléments constitutifs de l'infraction, une autre peine alternative peut intervenir. Elle est déterminée arbitrairement ou discrétionnairement par le juge ou définie préalablement par le

⁴³¹ Les *Hudud* sont fixées soit par « la parole de Dieu » dans le texte coranique, soit par un texte de Tradition confirmé.

⁴³² L'esclavage dans le droit musulman a ses propres règles juridiques ; il correspond au butin de guerre et soit donc légal uniquement en cas de guerre contre l'ennemi. Les juristes contemporains considèrent que les règles spéciales à l'esclavage ne sont plus applicables aujourd'hui, au vu de l'évolution du droit international humanitaire, ainsi qu'en respect des droits de l'homme.

⁴³³ Abdelkader Awda, *op. cit.*, p. 394.

⁴³⁴ AL-CHARBINI, *op. cit.*, p. 200. ; Atta Mohamed ABDELKADER, *Al-Mughani de Ibn Qudama : droit islamique المغني على مختصر الخرقى*, Maison du Livre, 2009, p. 512.

Souverain. Cette catégorie de peines est appelée les *Taàzir* ce qui signifie les peines définies par l'autorité législative et qui ne sont pas fixées par les sources principales du droit musulman. Ces sanctions peuvent concerner l'emprisonnement, l'amende, le blâme ou la correction physique, etc.⁴³⁵

197. L'aspect théologique de l'interdiction des relations sexuelles hors mariage dépasse le sujet de la présente recherche. Ce qui l'intéresse c'est le rôle ostensible du crime de fornication dans la protection pénale du mariage selon la doctrine du droit répressif musulman et, donc de son application pouvant restreindre la liberté sexuelle. Partant, la peine prévue pour cette infraction est fixée à « *cent coups de fouet* » pour le célibataire conformément au Coran, et la peine de mort par lapidation pour l'adultère selon la Tradition. Dans l'application, le mode de preuve particulier de cette infraction exige au juge de recueillir le témoignage de quatre témoins ayant été présents pendant l'acte illicite. La finalité sous-jacente de cette incrimination pourrait donc être la pénalisation de l'atteinte publique à la pudeur. Par conséquent, ce crime n'est pas uniquement orienté vers la sauvegarde de la sainteté du mariage par le droit répressif. Le régime de preuve stricte propre au crime de fornication mérite d'être interprété comme une garantie de la liberté sexuelle privée. Et ce malgré l'interdiction morale et religieuse de certaines pratiques sexuelles considérées comme illégitimes. Le droit répressif constitue le moyen le plus radical permettant à la société de restreindre certaines libertés individuelles au nom de l'intérêt général, et pour le maintien de l'ordre public. Partant, le droit civil paraît suffisant dans la protection juridique du mariage dans le droit musulman. Cette conception correspond à la conception sociale des infractions sexuelles dans le droit positif. Ce dernier tend à promouvoir la liberté sexuelle de

⁴³⁵ Hervé BLÉUCHOT, *op. cit.*, p. 670.

l'individu, seules les atteintes sexuelles commises en l'absence du consentement à l'acte sexuel sont incriminées. Hormis l'hypothèse selon laquelle la liberté sexuelle porterait atteinte à la pudeur publique et aux mœurs sociales⁴³⁶. Toutefois, la filiation légitime reste soumise à une interprétation stricte issue de la doctrine de droit musulman, des avancées jurisprudentielles prometteuses peuvent aider à élargir la protection de l'enfance au sein du droit algérien.

Section 2. Le déclin de la protection pénale exclusive de la filiation légitime

198. **Une nouvelle prise en compte de l'enfance.** — Afin de faire face à l'absence d'une prise en considération parfaite du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, des solutions juridiques existent en tant que droit alternatif de l'enfance. (§1) Ces dernières sont notamment d'élaboration jurisprudentielle (§2)

§1. Vers la recherche d'un droit alternatif du lien parental illégitime

199. **Un principe pourtant constitutionnel.** — Le respect de l'intégrité physique et morale de la personne ne devrait pas porter de discrimination envers les enfants issus

⁴³⁶ La conception pénale du crime de fornication *Zinâ* reste différente de l'aspect moral de l'honneur sexuel. La protection pénale du mariage dans le droit musulman est conséquemment plus élargie par rapport au droit positif algérien. Les règles civiles régissant le contrat de mariage peuvent néanmoins constituer le cadre juridique unique dans la protection du contrat matrimonial. Le droit répressif intervient uniquement en cas d'atteinte à l'ordre public et à l'intégrité physique ou morale de la personne. L'institution matrimoniale n'est donc pas un sujet apparent dans la protection pénale dans le droit musulman. Le crime de fornication selon les jurisconsultes de droit musulman constitue une sanction à l'atteinte contre l'honneur sexuel d'autrui. Il en est également ainsi en cas de viol ou agression sexuelle. De surcroît, le mode de preuve particulier du crime de fornication invite à réfléchir sur l'intérêt sous-jacent de cette incrimination. Le texte coranique exige la présence de quatre témoins, une telle présence revêt aux faits matériels incriminés un caractère notoire de l'infraction. L'attente publique à la pudeur semble représenter la véritable valeur protégée par le crime de fornication dans le droit musulman.

d'une filiation autre que la filiation légitime. (A) D'ailleurs, il existe une matière législative qui peut s'appliquer dans le but de protéger l'enfant issu d'une filiation non légitime. (B)

A. L'ignorance du principe de l'intérêt de l'enfant : un principe supérieur

200. La seconde fonction protectionniste du crime de fornication s'inscrit dans la sauvegarde de la filiation légitime biologique exclusive. Cela étant, cette qualification est assez élargie dans la jurisprudence islamique. Elle est certes de nature initialement criminelle, en ce qui concerne l'interdiction des relations sexuelles hors mariage, mais elle pourrait également concerner toute filiation illégitime, fruit d'une relation non sanctionnée par la loi pénale⁴³⁷. Comme en témoignent notamment les sanctions civiles prohibant la gestation pour autrui, ou encore de l'encadrement très stricte de la procréation médicalement assistée, des techniques civilement prohibées mais non incriminées. En effet, il n'existe pas d'infractions spécifiques applicables pour ces dernières dans la jurisprudence criminelle islamique. Par conséquent, les modes de filiation biologique et scientifiques sont encadrés afin de protéger la filiation légitime. La reconnaissance de la filiation légale dans le droit musulman est exclusive à la filiation légitime biologique. Ces conceptions jurisprudentielles islamiques trouvent application au sein du code civil algérien, qui s'inspire vertement du droit musulman constituant l'essence même du code de la famille.

201. **Conceptions civilistes.** — L'impact du code de la famille sur le droit pénal en ce qui concerne la protection pénale de la filiation est considérable. En effet, les filiations

⁴³⁷ BOUZIANI Abdel-Baki, *La protection pénale du lien familial*, mémoire de magistère, droit, université de Tlemcen. 2010., p. 204.

adoptive et biologique ne sont pas reconnues dans le système familial algérien. Selon les règles du droit musulman, la première est interdite et la seconde n'est pas reconnue en l'absence des liens du mariage. La filiation issue d'une relation de fornication dite *Zinâ* n'est reconnue que pour la mère biologique. Par conséquent, le droit positif, s'inspirant de la *Charia* ne garantit pas de protection juridique aux personnes issues d'une filiation illégitime. Pour cela, l'enfant issu d'une telle filiation illégitime ne bénéficie pas d'une protection pénale forte de ses droits familiaux. Comme en témoigne l'exonération de son père biologique quant aux différentes obligations relatives à l'éducation, à la protection ainsi que de son devoir de la prise en charge des besoins matériels et financiers vis-à-vis de son descendant illégitime.

202. **La protection pénale de la famille légitime.** — La famille légitime est la seule famille bénéficiant d'une protection pénale. Le code civil de la famille la définit comme un groupe social se composant de personnes unies par les liens du mariage ou les liens de la parenté.⁴³⁸La filiation est établie par le mariage légal, la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié et, tout mariage annulé après consommation. Le juge peut recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation.⁴³⁹Cela étant, l'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal ou, par la possibilité des rapports conjugaux, sauf désaveu de paternité selon les procédures légales. Il en est également ainsi s'agissant de la parenté de lait, quoique cette dernière concerne uniquement les prohibition matrimoniales constituant une relation incestueuse. Seule donc l'union matrimoniale permet de reconnaître les fruits issus de la procréation sexuelle. De surcroît, le système de filiation applicable dans ce droit est

⁴³⁸ Émilie Barraud, La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb, *Legitimate Filiation Tested by Social Change in the Maghreb* [en ligne], *Revue internationale pluridisciplinaire*. p. 255-282. [Consulté le 27 avril 2021]. <https://journals.openedition.org/droitcultures/2118?lang=en>. « [...] La parenté = présentant trois aspects, *nasab* (filiation), *musâhara* (alliance) et *ridâ'a* (parenté de lait). ».

⁴³⁹ Art. 40., C. fam. Al.

patrilinéaire, la transmission passe par le père, l'individu appartient au groupe de son père et acquiert une légitimité uniquement à l'égard de ce dernier. L'autorité parentale comme la tutelle est réservée au père, mais en cas de décès, d'absence de celui-ci ou d'urgence, l'exercice revient à la mère⁴⁴⁰.

203. **Une réforme de sens commun.** — Il convient d'expliquer en effet l'absence de protection pénale universelle de l'enfance prive le mineur membre de sa famille de certains droits essentiels⁴⁴¹. En réalité, la responsabilité des parents biologiques relative aux obligations familiales est nulle civilement et inexistante pénalement. Par exemple, le délit d'abandon de famille ne peut être appliqué à l'encontre du père biologique en cas de filiation illégitime. En revanche, l'application dudit délit à l'encontre de la mère biologique reste effective. Le texte pénal sanctionne le père ou la mère qui abandonne sans motif grave, pendant plus de deux mois, la résidence familiale et se soustrait à toutes ses obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel résultant de la puissance paternelle ou de la tutelle légale⁴⁴². En effet, l'autorité paternelle n'est applicable que

⁴⁴⁰ Art. 40., C. fam. Al.

⁴⁴¹ Merjani BADIA, *Les droits de l'enfant dans le nouveau code de la famille en Algérie* [en ligne], mémoire de D.E.S., université de Perpignan, 2016. [Consulté le 15 avril 2019]. <https://www.memoireonline.com/02/07/359/les-droits-de-l-enfant-en-algerie.html>

⁴⁴² Art. 330., C. pén. Al., : « Sont punis d'un emprisonnement de deux (2) mois à un (1) an et d'une amende de vingt-cinq mille (25.000) DA à cent mille (100.000) DA : 1 - le père ou la mère de famille qui abandonne, sans motif grave pendant plus de deux (2) mois, la résidence familiale et se soustrait à toutes ses obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel résultant de la puissance paternelle ou de la tutelle légale : le délai de deux (2) mois ne pourra être interrompu que par un retour au foyer impliquant la volonté de reprendre définitivement la vie familiale ; 2- le mari qui, sans motif grave, abandonne volontairement, pendant plus de deux (2) mois, sa femme, la sachant enceinte ; 3- le père ou la mère, que la déchéance de la puissance paternelle soit ou non prononcée à leur égard, qui compromettent gravement, par de mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins ou par un manque de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ou d'un ou plusieurs de ces derniers. Pour le premier et deuxième cas prévu par cet article, la poursuite n'est exercée que sur plainte de l'époux abandonné. Le pardon de la victime met fin aux poursuites pénales. ».

pour les parents légitimes, la mère biologique bénéficie d'une tutelle légale à l'égard de son enfant légitime.

204. En dépit de l'absence d'une reconnaissance de la filiation naturelle par les règles du droit civil, les droits de l'enfant ne devraient pas être ignorés par le droit pénal garant des droits individuels. Une protection pénale globale de l'enfant devrait donc être mise en évidence par le législateur algérien. La contrainte pénale aurait dû sanctionner la violation des obligations familiales, même celles issues de la filiation naturelle au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. D'ailleurs, la jurisprudence civile reconnaît dans certains cas les obligations civiles imposées au père biologique à l'envers de son enfant. Les juges ont pu par exemple imposer une pension alimentaire ou une obligation d'entretien et d'éducation pour les enfants non légitimes⁴⁴³. Le législateur pénal peut donc s'appuyer sur la jurisprudence civile afin d'inclure la filiation naturelle dans la protection pénale de l'enfance. Comme la sanction de l'abandon de famille ou de la violation des décisions de justice concernant les obligations familiales. Partant, la filiation naturelle illégitime ne devrait pas faire obstacle à l'exercice des devoirs des ascendants biologiques. Plus particulièrement, le père biologique ne devrait pas être considéré comme étranger aux obligations familiales lui incombant en cas de filiation naturelle. Dès lors, cette prise en compte permettrait des poursuites pénales en cas de violation des obligations familiales au détriment des enfants biologiques.

205. **Les enjeux de la protection pénale universelle de l'enfant.** —Toutefois, le législateur algérien devrait être attentif en cas d'incrimination universelle de la protection pénale de l'enfant au sein de sa famille. Le principe de la légalité criminelle

⁴⁴³ V. *Infra.*, n°355.

doit être respecté. En effet, la notion de « la puissance paternelle⁴⁴⁴ » constitue un vrai enjeu, car elle n'est reconnue que pour les parents légitimes. Une modification des textes serait donc nécessaire afin de satisfaire au principe de la légalité criminelle, tant en ce qui concerne la qualification pénale que pour les circonstances aggravantes des infractions applicables. Par ailleurs, il serait judicieux pour le droit répressif de ne pas réagir systématiquement aux manquements des obligations familiales. Malgré la possible protection pénale universelle et directe de l'enfant par la jurisprudence criminelle, le droit pénal ne devrait pas remplacer définitivement la réaction civile. L'intervention du droit répressif dans la protection de l'enfance doit rester subsidiaire à la sanction civiliste de la violation des obligations familiales.

B. La prise en compte factuelle de la filiation naturelle par le code pénal

206. **Le possible alignement sur le modèle de la *Kafala*.** — ⁴⁴⁵Si la relation entre le père biologique et son enfant privé de la filiation légitime doit être prise en considération dans la protection pénale de la famille. Cette incrimination expresse par les textes pourrait améliorer le sort des enfants biologiques en ce qui concerne la violation de leurs droits. L'enfant biologique pourrait donc bénéficier de la même protection juridique et pénale notamment que l'enfant accueilli dit *makfoul* sous le système légal de la tutelle *Kafala*.

207. En effet, l'enfant accueilli n'est pas l'enfant biologique du titulaire du droit de recueil légal *kâfil*. Cette différence est périlleuse puisque l'enfant biologique est privé de ses droits, notamment d'une protection pénale. La protection pénale de l'enfant

⁴⁴⁴ Le législateur algérien adopte en effet une notion de « puissance paternelle » et non d'autorité parentale.

⁴⁴⁵ Yamina HOUHOU, *La Kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit, université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014, p. 10.

recueilli a été validée par la loi du 4 février 2014⁴⁴⁶ modifiant l'article 337 bis du code pénal⁴⁴⁷. Le législateur a ajouté un texte pénal précisant que « *Les relations sexuelles entre le titulaire du droit de recueil légal –kâfil- et l'enfant recueilli makfoul sont passibles de la peine prévue pour l'inceste commis entre parents en ligne descendante ou ascendante. La condamnation prononcée contre le père, la mère ou le titulaire du droit de recueil légal –kâfil- comporte la déchéance de la tutelle et /ou du recueil légal.* »⁴⁴⁸.

208. Le législateur algérien est donc invité à se saisir de cette solution afin de détourner l'absence d'une protection pénale de l'enfant biologique. La responsabilité pénale des parents doit remplacer la responsabilité des enfants nés hors le cadre matrimonial. L'enfant naturel ne doit pas être jugé responsable des faits commis par ses parents. Des faits qui le placent dans une situation de danger. Les obligations familiales relatives à la puissance paternelle comme l'obligation de garde, d'éducation et de subvention aux besoins matériels de l'enfant se trouvent sans aucun caractère juridique contraignant. D'une part, parce que le code de la famille ne reconnaît pas les obligations nées de filiation naturelle. D'autre part, parce que le droit pénal demeure absent dans la sanction de la violation de ces obligations familiales.

⁴⁴⁶ La Loi n° 14-01 du 04 février 2014. JO n° 07, p.6.

⁴⁴⁷ Art, 337 bis., C. pén. Al. : « Si les coupables sont les ascendants de la personne sur laquelle a été commis l'attentat ou le viol, s'ils sont de la classe de ceux qui ont autorité sur elle, s'ils sont ses instituteurs ou ses serviteurs à gages, ou serviteurs à gages des personnes ci-dessus désignées, s'ils sont fonctionnaires ou ministres d'un culte, ou si le coupable, quel qu'il soit, a été aidé dans son crime par une ou plusieurs personnes, la peine est celle de la réclusion à temps, de dix à vingt ans, dans le cas prévu à l'alinéa premier de l'article 334, et de la réclusion perpétuelle, dans les cas prévus aux articles 335 et 336. ».

⁴⁴⁸ Cette réforme concerne l'intégration dans le droit national algérien des recommandations de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ratifiée le 19 décembre 1992. V. Mahmoud LEINKARD, *op. cit.*, p. 200.

§2. Une jurisprudence civile d'ouverture vers l'égalité statutaire dans la filiation

209. **Une amélioration par ricochet.** — La possibilité d'une protection pénale universelle de la filiation dans le droit pénal algérien pourrait exister au sein de la jurisprudence civile⁴⁴⁹. En effet, la jurisprudence de la chambre de la famille de la Cour Suprême accepte dans certains cas la filiation naturelle malgré sa source illégitime, comme c'est le cas pour le viol ou pour le délit de fornication *Zinâ*. Le recours à la preuve scientifique, en l'occurrence de l'ADN, s'est avéré crucial dans certains avis de la Haute juridiction. Et ce en dépit du refus catégorique de la majorité des jurisconsultes de droit musulman de reconnaître la simple filiation biologique. En effet, les juges de la Cour suprême algérienne ont, à plusieurs reprises, validé un principe classique du droit pénal. En l'occurrence, le principe du « pénal qui tient le civil en l'état ». Pour cela, l'expertise scientifique de l'ADN qui a poussé les juges à condamner l'accusé, représente selon la Cour suprême une preuve de la filiation aux termes l'article 40 du code de la famille. Ce dernier disposant que « *La filiation est établie par le mariage valide, la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié et tout mariage annulé après consommation...* ».

210. **Une interprétation subsidiaire.** — Dans cette affaire, les juges de la Haute juridiction ont reconnu la filiation entre un père biologique et son enfant né d'une relation de viol, et pour lequel le juge pénal a déjà prononcé une condamnation. Ces derniers se sont appuyés sur l'article 40 du code de la famille autorisant le recours à

⁴⁴⁹ Cass, Fam 15 mars 2012., n°734072. *In Rev Cour Supr.* Alger, 2013, n°1., p. 113.

l'ADN afin de permettre l'acceptation du lignage. En l'espèce : un représentant d'une victime de viol a formé un pourvoi en cassation devant la Chambre de la famille, contre un arrêt de la cour d'appel qui a validé le jugement du refus de filiation née d'un viol, malgré la décision de condamnation par le juge pénal ; validant ainsi la filiation naturelle fruit dudit viol. De surcroît, il conteste le refus de la cour d'appel de recourir à l'expertise scientifique de l'ADN, qui a justifié son refus par le fait que cette preuve s'applique uniquement au mariage légal, et, en cas de demande de reconnaissance de filiation. Les juges de la cassation estiment que la condamnation pénale du viol a prouvé la filiation, en étant une preuve légitime selon l'article 40 code de la famille. Il sous-entend donc que les juges algériens ont accepté la filiation en cas de viol, en s'appuyant sur l'expertise d'ADN validée par le juge pénal, et qui a prouvé la descendance biologique entre le père et l'enfant. Tant que la preuve de l'ADN constitue une preuve légale, la filiation en la matière ne peut être contestée que par un faux.

211. **Une confirmation jurisprudentielle quoiqu'accessoire.** — Dans une affaire semblable, la Haute juridiction a appelé à distinguer la preuve de la filiation relative à l'article 40 du code de la famille, et l'affiliation de l'enfant aux termes de l'article 41 du même code⁴⁵⁰. L'article 41 du code de la famille dispose que « *L'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal, de la possibilité des rapports conjugaux, sauf désaveu de paternité selon les procédures légales.* » En réalité, ledit article s'attache à la preuve légale du mariage. Le recours à l'ADN en la matière n'est possible qu'en cas de rejet de paternité dit « *liaân* ». En effet, le mariage légal constitue une présomption de descendance selon les règles du droit musulman. Seule la validité du mariage atteste la filiation. Or les situations visées par l'article 40 sont plus généralistes, et peuvent

⁴⁵⁰ Cass. Fam, 05 mars, 2006 n°355180.

s'appliquer aux relations non légitimes. Par ailleurs, le recours à l'ADN pour prouver la filiation repose sur la libre appréciation personnelle du juge qui peut s'appuyer sur l'expertise scientifique ou non, afin de lier l'enfant ou de refuser cette liaison. Il est donc force de constater que la jurisprudence algérienne en la matière est sélective, car les décisions sont diversifiées, et, prises au cas par cas.

212. Pour résumer, il semble que le droit algérien ne soit pas à l'écart d'une nouvelle prise en considération pénale et universelle de l'enfance au sein de la famille. Cela pourrait s'opérer au nom du respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Et ce sans une éventuelle opposition jurisprudentielle au vue de l'acceptation possible de la filiation non légitime par la Cour suprême. D'autant que certains juristes de droit musulman sont favorables à l'existence d'une filiation légitime entre les ascendants, et leurs enfants biologiques en cas de relation illégitime engendrant une naissance. L'amélioration du sort des enfants non légitimes ne saurait donc être contraire aux règles du droit musulman, à l'image de l'ouverture du code pénal quant à la possible réception du viol conjugal, acceptée également chez certains juristes de droit musulman.

213. **L'exigence de repenser la définition de la notion des atteintes sexuelles.** — Selon la doctrine musulmane, la protection pénale du mariage est fausement fondée sur la restriction de la liberté sexuelle au lieu de la protection morale de la sexualité. Elle serait donc fondée à tort sur l'absence d'une liberté sexuelle individuelle. La sainteté du mariage n'est pas considérée comme une valeur essentielle selon le droit répressif, une intervention pénale n'est donc pas intéressante dans le but de faire respecter le contrat du mariage en tant que source exclusive de la famille légitime. La restriction de la liberté sexuelle est principalement relative à la morale au sein de la société musulmane. Selon les juristes musulmans, la sexualité doit être orientée vers son objectif naturel et

légitime qui est : la reproduction dans le cadre du mariage. Toutefois, la jurisprudence musulmane ne précise pas la relation qu'entretient le droit répressif avec la protection de la sainteté du mariage. L'incrimination générale de la fornication engendre la restriction de la liberté sexuelle mais pas sur le plan pénal, cette dernière doit dépendre de la sphère privée de la personne. Pour cela, la sainteté du mariage dans le droit musulman ne peut qu'être une valeur spécifique de nature morale, fondée par l'honneur sexuel l'*ird*. Le fondement du crime de fornication est autre que la restriction de la liberté sexuelle, c'est-à-dire, le fondement logique de cette infraction est la protection pénale convenable de la filiation légitime ou des descendances, ainsi que de la pudeur publique à cause du régime de preuve spécifique propre au crime de fornication zinâ dans le droit musulman.

214. **Une doctrine refusant le changement.** — La majorité des études académiques sur le droit des infractions sexuelles dans le droit algérien proposent que la liberté sexuelle⁴⁵¹ devrait être restreinte en application des règles du droit musulman. Cependant, ces mobilisations invitant le législateur algérien à rompre le lien avec le code pénal français et appliquer la Charia, c'est-à-dire, restreindre la liberté sexuelle en incriminant les relations sexuelles consenties ne sont pas fondées sur des arguments logiques. En effet, d'un certain point de vue, nous considérons que la liberté sexuelle n'est pas le fondement principal de l'incrimination de la fornication ou des relations sexuelles hors mariage. Même le retournement aux références originales du droit musulman nous montre que l'intérêt de cette restriction de la liberté sexuelle concerne seulement l'aspect privé lié à la morale et à la chasteté sexuelle, ainsi qu'à la pudeur

⁴⁵¹ L'homosexualité constitue un fait délictuel selon le code pénal algérien. Contrairement aux relations sexuelles consenties entre majeurs qui ne sont pas sanctionnées si elles sont pratiquées hors de vue.

publique. Par conséquent, l'élément matériel du crime de fornication exige que les faits doivent être manifestes et notoires. Autrement dit, la pratique sexuelle illicite doit être publique. Ce qui représente le mieux cette infraction dans le droit français est le délit de l'outrage public à la pudeur dans l'ancien code pénal ou le délit de l'exhibition sexuelle aux termes de l'article 222-32 du nouveau code pénal français⁴⁵².

215. **Une protection somme toute contradictoire du mariage.** — Si la majorité de la doctrine juridique algérienne considère que la protection pénale du mariage dans le code pénal algérien est existante et justifiée par la sacralisation du mariage, certaines nuances et constatations viennent néanmoins montrer le contraire. En effet, malgré l'existence évidente du délit d'adultère dans le code pénal algérien, cela ne veut pas dire une protection pénale concentrée sur la sainteté du mariage mais sur la relation individuelle protégée et obligée dans le contrat de mariage, en l'occurrence l'obligation de fidélité. La protection pénale du mariage est donc, et tout d'abord, justifiée par la tradition islamique inspirant les législateurs algériens dès le code pénal de 1966, la preuve en est dans la décortication du code pénal, et ce au sein des infractions relatives aux relations entre les membres du couple marié.

216. **Une protection d'exception.** — Décidément, l'exonération légale réservée à celui qui enlève une mineure de dix-huit ans et qui par la suite se marie avec celle-ci, traduit l'idée que la protection pénale de la légitimité du mariage dans le droit algérien soit fortement protégée. Cette exonération est établie par l'article 326 du code pénal qui punit toute personne, sans violences, menaces ou fraude, enlève ou détourne, ou tente

⁴⁵² Art. 222-32., C. pén. : « L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. ».

d'enlever ou de détourner un mineur de dix-huit ans, d'une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 500 à 2.000 dinars. Lorsqu'une mineure ainsi enlevée ou détournée a épousé son ravisseur, celui-ci ne peut être poursuivi que sur la plainte des personnes ayant qualité pour demander l'annulation du mariage, et ne peut être condamné qu'après que cette annulation a été prononcée⁴⁵³.

217. **Le maintien de la protection pénale de la filiation légitime.** — Toutefois, si l'on considère la protection pénale du mariage dans le droit algérien comme relative, cette dernière est à l'inverse renforcée en ce qui concerne la notion de filiation. Par ailleurs, la prise en considération exclusive du lien filial légitime est parfois conflictuelle, car la protection pénale de la filiation non légitime est absente. Ce qui prive l'enfant issue d'une filiation naturelle de la protection pénale de ses différents droits pourtant consacré par le législateur. Sur le plan comparatif, le droit français ne fait pas de différence entre les différentes formes de filiation légitime, naturelle ou adoptive. Ce qui n'est pas le cas en ce qui concerne le législateur familial algérien. Pour autant, une remise en cause de cette considération est obligatoire. L'échec du système juridique de la filiation et de sa protection pénale doit être discutée, plus particulièrement lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant constitue l'enjeu principal de cet échec.

⁴⁵³ Cette infraction correspond au délit de rapt de séduction dans l'ancien code pénal français. Article 356 du code pénal ancien.

Chapitre 2. La continuité tolérée de la protection pénale du mariage

218. **Une protection du mariage respectant l'individu.** — Lorsqu'il aborde le contrat matrimonial, le législateur algérien continue de se comporter comme un protecteur de la valeur principale portée par ce contrat. C'est-à-dire, il prend en compte l'objet du mariage qu'est avant tout la création d'un lien familial légitime, que ce soit d'alliance ou de filiation. En effet, sans le mariage il n'y a pas de descendance légitime. Cependant, toutes les obligations et conditions du contrat de mariage ne se valent pas chez le législateur pénal. La nouvelle perception des atteintes sexuelles contre le membre du couple, notamment par la loi du 30 décembre 2015, atteste le léger déclin du devoir conjugal quant aux rapports sexuels. **(Section 1)** Ainsi le maintien de certaines sanctions aux conditions du contrat matrimonial vient seulement en aide au droit civil selon une démarche subsidiaire. **(Section 2)**

Section 1. La prudente protection de la sexualité du conjoint

219. **Une considération d'ordre public insatisfaisante.** — Dans le cadre juridique actuel, il existe une protection pénale latente et indirecte du consentement et de l'intégrité sexuels du conjoint. En réalité, la loi du 30 décembre 2015 n'a pas élaboré de dispositif autonome pour les infractions sexuelles commises au sein du couple. Elle n'a pas non plus instauré une circonstance aggravante pour la qualité du conjoint concernant lesdites infractions. Il suffit d'examiner les débats parlementaires relatifs à cette loi qui ont totalement mis de côté la question de la violence sexuelle au sein du couple⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ ALGERIE, Assemblée Populaire Nationale, Journal officiel n° 161 du 2 avril 2015 des débats parlementaires sur la Loi n°15-19 du 30 décembre 2015 relative aux violences faites aux femmes.

Toutefois, en dépit de l'absence de cette reconnaissance explicite de la part du législateur, notamment du viol conjugal, ce dernier peut être sanctionné de façon indirecte par le recours aux règles infractionnelles et généralistes de droit commun. La sanction des violences sexuelles commises au sein du couple n'est donc pas à écarter *in extenso*. En effet, les textes du code pénal n'empêchent pas une recevabilité du viol conjugal par le juge répressif, pour le moins sur le plan théorique. (§1) Quant aux autres infractions sexuelles, celles-ci bénéficient d'un cadre législatif nouveau après la création du délit général d'agression sexuelle, qui pourrait renforcer la protection pénale du conjoint. (§2)

§1. La recevabilité théorique du viol conjugal

220. **Un possible alignement sur une politique législative d'affichage.** — La recevabilité du viol conjugal dans le droit algérien demeure théorique parce qu'elle s'appuie sur des questions hypothétiques. Ces dernières concernent le recours possible à la jurisprudence islamique (A) ; le recours à la qualification commune de violences volontaires ou par une application directe et franche du code pénal aux membres du couple⁴⁵⁵. (B)

⁴⁵⁵ Sofiane EL-ABDELLI, Le viol conjugal sous la lumière des droits français et algérien et les conventions internationales des droits de l'homme, *Revue Jenane Droits de l'homme*, Juin 2015, n° 8, 3, p. 111.

A. L'application interprétative de la jurisprudence islamique

221. **Des relations sexuelles conjugales « anormales ».** — Il existe une jurisprudence confirmée dans le droit musulman en ce qui concerne les infractions sexuelles en général et le viol en particulier⁴⁵⁶. Ainsi, le recours à cette jurisprudence islamique peut permettre la reconnaissance du viol conjugal par le juge pénal algérien⁴⁵⁷. En effet, les jurisconsultes musulmans considèrent que certaines pratiques sexuelles, qui sont constitutives de viol ou d'atteinte à l'honneur sexuel, sont aussi sanctionnables lorsqu'elles sont commises entre les conjoints. Et ce par la voie de l'analogie criminelle. Ces cas concernent la sodomie forcée, la présence imposée d'un tiers étranger à la relation matrimoniale pendant un coït conjugal en dépit d'un refus de l'épouse, et, la relation sexuelle imposée pendant la période de la menstruation chez la femme⁴⁵⁸. Pour ce dernier cas le consentement de celle-ci annule la qualification de viol conjugal, mais l'incrimination de la relation sexuelle illégitime subsiste⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Abdelkader AOUDA, *La législation pénale islamique comparée au droit positif*, Le Caire, 2008., p. 674.

⁴⁵⁷ La recevabilité du viol conjugal par le juge algérien suscite de fortes divisions au sein de la doctrine. En effet, les positions doctrinales sont mitigées quant à la sanction du viol commis au sein du couple. Une partie de la doctrine refuse l'acceptation théorique ou la sanction effective du viol conjugal sans l'incrimination explicite de la part du législateur. De façon plus radicale encore, il existe un courant doctrinal qui s'oppose à l'incrimination des infractions sexuelles commises au sein du couple marié. A l'inverse, un autre camp soutient la possible recevabilité du viol conjugal par le juge algérien. Selon cet avis, ce dernier devrait accepter la sanction des incriminations sexuelles de droit commun, y compris lorsqu'elles sont commises entre les deux conjoints.

Dans la pratique judiciaire, la sanction du viol conjugal demeure limitée. Elle concerne pour le plus souvent des cas des qualifications autres que le viol. En effet, il n'existe aucune jurisprudence relative au viol conjugal dans la pratique du droit algérien, ce qui rend son appréhension peu fiable par l'absence d'une décision jurisprudentielle tranchante sur le sujet.

⁴⁵⁸ Sofiane EL-ABDELLI, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 111. ; EL-KACHNAOUI, *Les règles de la relation conjugale chez les jurisconsultes de l'école malékite*, Librairie de l'héritage arabe, 2010.

222. De la même manière, l'infraction de sodomie forcée se définit par une relation sexuelle non consentie entre deux personnes non liées par les liens du mariage légitime. Cela représente en réalité une infraction annexe du crime de fornication *Zina* dans le droit pénal musulman⁴⁶⁰. Cette incrimination fait l'objet d'un consensus parmi les jurisconsultes de l'ensemble des écoles juridiques islamiques, c'est-à-dire, les écoles hanafite,⁴⁶¹ malékite⁴⁶² chaféite⁴⁶³ et hanbalite.⁴⁶⁴ Cependant, lorsque la sodomie forcée est commise entre les conjoints, certains jurisconsultes de droit musulman, notamment des écoles *hanafite* et *malékite*, considèrent que cette infraction ne doit pas recevoir la même sanction prévue pour le crime de fornication de droit commun⁴⁶⁵. Cet acte peut donc constituer une contravention moins grave sanctionnée par une peine d'emprisonnement ou par une amende pénale. Cela s'explique par l'existence d'une relation de mariage permettant le coït conjugal. En effet, la relation matrimoniale constitue une atténuation pour l'infraction de sodomie, qu'elle soit forcée ou non, mais dans le premier cas seul l'auteur des faits incriminés est sanctionné.⁴⁶⁶

223. Bien qu'il s'agisse d'une considération indirecte, l'acceptation des règles de la jurisprudence islamique relative aux pratiques sexuelles incriminées constitue une possibilité de reconnaître le viol conjugal. Cela témoigne de l'existence d'une recevabilité limitée de cette infraction par le juge algérien. Ce dernier est contraint de s'appuyer sur la jurisprudence islamique pour sanctionner les infractions sexuelles

⁴⁶⁰ Abdelkader AOUDA, *op. cit.*, p. 677.

⁴⁶¹ Ibn HAMMEM, Explication sur l'introduction de AL-KADIR dans le droit hanéfite, Maison de la Pensée Fikr, 2010, p. 5/74.

⁴⁶² EL-DASSOUKI, Annotations sur la grande explication de EL-DARDARIR dans le droit malékite, Maison de la pensée Fikr, 2010, p. 4/313.

⁴⁶³ AL-CHARBINI, *Le droit musulman selon l'école chaféite*, Maison des livres scientifiques, 1994, p. 4/144.

⁴⁶⁴ AL-BAHOUTI, *Le droit musulman selon l'école hanbalite*, Maison du Livre, 2009, p. 6/95.

⁴⁶⁵ Abdelkader AOUDA, *op. cit.*

⁴⁶⁶ *Ibid.* p. 6/94.

commises au sein du couple. Cependant, l'absence de dispositions claires dans le code pénal ne devrait pas empêcher une liberté d'interprétation de la part du juge répressif. Ce dernier peut donc se servir de certaines règles du droit musulman, considérées parfois comme plus protectrices des libertés individuelles que les textes positifs en vigueur.

B. La validation de la jurisprudence actuelle sans exception quant au lien conjugal

224. **Une application de sens commun.** — Cette possibilité est la plus acceptée dans la doctrine juridique au regard de la dangerosité des violences volontaires physiques ou psychologiques et, eu égard à leurs répercussions hasardeuses sur le membre du couple⁴⁶⁷. De surcroît, il est constant que les violences accompagnatrices du viol conjugal prennent systématiquement la qualification de violences volontaires dans la pratique du droit algérien. En effet, l'élément constitutif de viol nécessite souvent le recours à la violence physique comme les coups et blessures, la contrainte, la violence verbale, la menace ou l'utilisation d'une arme, etc. L'absence de consentement à l'acte sexuel constitue la deuxième composante de l'élément matériel du viol⁴⁶⁸. Le juge pénal peut donc sanctionner l'auteur des violences, non sur la base de la qualification de viol, mais sous la qualification des violences volontaires.

225. **Une considération nuisant à l'efficacité de la sanction encourue.** — Cela étant, il aurait été préférable pour le législateur algérien de considérer la relation matrimoniale, ou le lien de couple, comme une circonstance aggravante des différentes

⁴⁶⁷ Mahmoud LENKARD, *op. cit.*, p. 511.

⁴⁶⁸ Christophe ANDRÉ, *op. cit.*, p. 200.

violences volontaires commises à l'encontre de l'autre membre du couple, à l'instar du droit français. Par ailleurs, la finalité poursuivie de la violence, si elle consiste en la consommation d'un acte sexuel devrait également constituer une circonstance aggravante des violences physiques. Que ce soit pour le viol ou, pour les autres agressions sexuelles distinguées par l'absence de pénétration sexuelle.

226. **Une doctrine au rejet de la conformité.** — Le recours à l'application littérale, et concrète, de l'ensemble des infractions sexuelles lorsqu'elles sont commises au sein du couple constitue l'option la plus délicate dans le droit algérien. Et ce, au regard de l'opposition doctrinale et sociale à la sanction du viol conjugal. Cette dernière hypothèse suscite donc beaucoup de divisions dans le débat juridique.⁴⁶⁹

227. **Un contentieux de faible ampleur.** — De prime abord, la recevabilité du viol conjugal, et des autres agressions sexuelles, est confrontée à une conception jurisprudentielle spécifique de la relation matrimoniale ; notamment par l'existence d'une présomption de consentement à l'acte sexuel entre les conjoints. En réalité, il n'existe pas de position claire et officielle de la jurisprudence algérienne concernant le viol conjugal. Les raisons sont multiples, il peut s'agir du nombre limité d'affaires de violences conjugales traitées par la justice, ou par le faible recours à la plainte pénale dans ces affaires dites familiales⁴⁷⁰. Il peut également s'agir de la banalisation du phénomène des violences conjugales en général.

⁴⁶⁹Sofiane EL-ABDELLI, *op. cit.*, p. 120. Abdelhamid BEN-MECHRI, *op. cit.*, p. 182. Hassina CHERROUNE, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁷⁰B. ABDELBAKI, *op. cit.*, p. 432.

228. **Le devoir conjugal au vu du code pénal.** — Techniquement⁴⁷¹, il est utile de préciser que l'illégalité de la relation sexuelle n'est pas un élément constitutif du viol⁴⁷². Ce dernier se définit par l'absence d'un consentement à l'acte sexuel et l'existence d'un mécanisme de procédés imposant une relation sexuelle, qui peut être de la violence, de la contrainte, de la surprise ou de la menace. Il est donc incompréhensible de considérer le viol comme inapplicable au sein du couple marié. Le crime de viol peut par exemple être sanctionnable pour une relation de fiançailles ou entre les ex-conjoints, sans susciter de problèmes juridiques en particulier. Dans ce cas-là, la régularité du mariage au regard des règles du droit musulman ne permet pas d'échapper à la qualification de viol sous prétexte de l'existence d'une présomption de consentement dans la relation du mariage. De surcroît, cette permission morale ne bénéficie pas de la force de la loi, ni de l'application constante de la jurisprudence. En réalité, elle est fondée par des règles non écrites, considérées comme en étant la coutume.

229. **Un devoir pourtant limité à l'aspect civiliste de subordination.** — Par ailleurs, certaines lectures doctrinales traditionnelles du code pénal algérien reposent par conséquent sur des conceptions pour le moins erronées. En effet, considérer le code pénal algérien comme excluant la relation matrimoniale de la sanction du viol est inacceptable pour pléthore de raisons. Notamment à cause de l'absence d'une excuse légale applicable aux couples dans la définition du crime de viol⁴⁷³. Contrairement à

⁴⁷¹ En effet, le législateur algérien ne donne pas de définition légale pour le crime de viol. Ce dernier a été donc défini par la jurisprudence criminelle comme la pénétration vaginale non-consentie exercée par un majeur sur une autre personne majeure de sexe féminin. La minorité de la victime constitue une circonstance aggravante pour ladite infraction.

⁴⁷² Sofiane EL-ABDELLI, *op. cit.*, p. 140 ; 141.

⁴⁷³ Art.366. C. pén. A1 : « Quiconque a commis le crime de viol est puni de la réclusion à temps, de cinq à dix ans.

Si le viol a été commis sur un mineur de moins de dix-huit ans, la peine est la réclusion à temps de dix à vingt ans ».

certain pays, le code pénal algérien ne précise pas si le viol conjugal est toléré lorsqu'il s'agit d'une relation légale de mariage⁴⁷⁴. Par exemple, les articles 503 et 504 du code pénal libanais prévoient une excuse légale pour le viol conjugal en disposant que « *celui qui force une personne -autre que son conjoint- par la violence et la menace au coït sexuel, est puni par la peine des travaux forcés* ». L'absence de la reconnaissance d'une excuse légale relative aux couples dans le droit algérien doit être interprétée en faveur de la recevabilité du viol conjugal par celui-ci, ou en faveur de l'applicabilité du crime de viol aux couples, en dépit de la relation conjugale qui existe entre l'auteur de l'acte et la victime du viol.⁴⁷⁵ Le lien conjugal ne doit donc pas exclure les couples des poursuites pénales concernant le viol, ainsi que les autres agressions sexuelles commises au sein du couple. De surcroît, l'interprétation de la loi pénale par le juge doit s'opérer à la lumière des engagements internationaux⁴⁷⁶ de l'Algérie⁴⁷⁷ par rapport aux conventions internationales des droits de l'Homme⁴⁷⁸. Mais aussi en respectant les

⁴⁷⁴ Services de la Ministre déléguée chargée de la famille et de la condition féminine, Violence envers les femmes en Algérie: enquête nationale de prévalence, [en ligne], publié le 02 Février 2007, [consulté le 17 mars 2016]. <http://www.femmesalgeriennes.gov.dz/IMG/pdf/Enquete_prevalence_.pdf>.

⁴⁷⁶ V. Comité Pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes Cinquante-et-unième SESSION, Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Nations-Unies, [en ligne] publié le 13 février-2 mars 2012, [consulté le 06 juin 2015]. <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/DZA/CO/3-4&Lang=Fr>. « [...] Tout en se félicitant d'un certain nombre de modifications législatives visant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes, comme indiqué plus haut, le Comité se dit préoccupé par le fait que de nombreuses dispositions contenues dans des lois telles que le Code de la famille et le Code pénal restent contraires aux obligations qui incombent à l'État partie en vertu de la Convention et d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme [...] ».

⁴⁷⁷ Mme Yakin ERTÜRK, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences*. Algérie, Conseil des droits de L'homme, Nations Unies-Assemblée Générale, 2008, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/106/84/PDF/G0810684.pdf?OpenElement>>, p15. : « [...] Les tabous entourant l'incrimination du viol conjugal sont manifestes à de nombreux niveaux, notamment dans le fait qu'aucun tribunal n'est aujourd'hui saisi d'une affaire de viol conjugal [...] » p17 ; *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences*. Mission Algérie, Conseil des droits de l'homme, Nations-Unies, 2011, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/73/PDF/G1113273.pdf?OpenElement>>.

⁴⁷⁸ Sofiane EL-ABDELLI, *op. cit.*, p. 120. « [...] Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes s'est également inquiété de la visibilité et du rôle de la Convention et son respect par le droit interne, en notant: que les traités internationaux sont tels que la Convention sur l'élimination

principes fondamentaux de la Constitution qui consacre un principe d'égalité au sein du couple et de l'égalité des citoyens devant la loi.⁴⁷⁹ De la même manière, le droit de toute personne à la protection de l'État est également assurée par la « loi principale »⁴⁸⁰.

230. **Le fondement nouveau de l'atteinte à la liberté sexuelle.** — En réalité, la difficulté de l'application des infractions sexuelles au sein du couple dans le droit algérien n'est pas le résultat de l'absence d'une protection pénale renforcée de la personne, mais elle concerne le fait de considérer les violences sexuelles comme une atteinte à la chasteté.⁴⁸¹ Et ce, soit par la doctrine criminelle, soit par la jurisprudence, qui soutiennent une interprétation traditionnelle desdites infractions. La définition du viol doit donc se fonder sur la protection pénale du consentement sexuel et non sur la protection morale de l'honneur sexuel de l'individu, qui représente aujourd'hui une notion archaïque⁴⁸². Le droit pénal algérien protège effectivement le consentement

de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes jouit, conformément à l'article 132 de la Constitution algérienne, de la supériorité sur le droit interne, mais rappelle également qu'il s'est déclaré préoccupé par le manque de clarté quant à l'applicabilité de la Convention directement, et la priorité de celle-ci sur les lois nationales, où aucun cas jurisprudentiel relatif à l'application de dispositions n'a été soulevé à ce jour. La Convention n'a donc jamais été appliquée par les tribunaux nationaux de l'État partie (Algérie) [...] Le Comité est également préoccupé par la connaissance insuffisante des droits des femmes : en vertu de la Convention et de la notion qu'elle contient sur l'égalité matérielle relative au Genre...Le Comité a recommandé à l'État partie (Algérie) de garantir la primauté de la Convention sur les lois nationales, et son applicabilité pour une mise en œuvre directe dans le cadre juridique national [...] » Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Première session. Cinquante Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. CEDAW / C / DZA / CO / 3-4. Mars 2012.

⁴⁷⁹Comité des droits de l'Homme. Djabrouni vs Algérie. N° 1781/2008. 18/01/2012. P2

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ La notion de l'*Ird* dans le droit musulman correspond à l'honneur sexuel qui constitue une valeur suprême de la protection juridique de la personne. L'objet de cette dernière vise à protéger la vie, la religion, les biens, et l'honneur de l'individu. La majorité des infractions sexuelles dans le droit musulman concernent la protection pénale de l'honneur sexuel, ce qui justifie notamment l'interdiction des relations sexuelles hors le cadre du mariage. La conception islamique adoptée de l'honneur sexuel l'*ird* est une conception morale impliquant la valorisation des valeurs morales comme la pudeur publique et la chasteté sexuelle individuelle, contrairement au droit positif qui adopte une conception sociale de l'honneur sexuel qui consiste à exiger le respect du consentement sexuel de la personne, ainsi, toute atteinte au consentement sexuel constitue une infraction pénale. V. Safaa Aldeen GAZNAI, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁸² Dominique FENOUILLET et Valérie MALABAT, *op. cit.*, p. 55.

sexuel lorsqu'il ne sanctionne pas les relations sexuelles consenties entre les personnes majeures⁴⁸³. La notion de viol dans les règles du droit musulman est donc particulière. Car, dans ce dernier elle repose sur l'atteinte à l'honneur ou à la chasteté sexuels de la personne. Or dans le droit positif, y compris dans le droit algérien, le crime de viol représente une atteinte au consentement individuel et personnel à la relation sexuelle. L'interprétation judiciaire de la loi algérienne, relative aux infractions sexuelles, doit donc s'opérer selon les règles du code pénal algérien, et, sous le respect du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

231. **Une avancée législative.** — Face au vide juridique existant dans le droit algérien en ce qui concerne le viol applicable au sein du couple et à sa recevabilité limitée et difficile par le juge dans la pratique, le législateur algérien a créé par la loi du 30 décembre 2015 une nouvelle infraction d'agression sexuelle ; en principe applicable au sein du couple. Cette incrimination pourrait en effet améliorer la lecture des textes qui ne sont pas toujours clairs concernant la sanction des violences sexuelles commises au sein du couple. Notamment, lorsque l'on sait que les attouchements sexuels, ou, les attentats à la pudeur, sont par définition inapplicables au sein du couple marié, sous prétexte de l'existence d'une présomption de consentement à la relation sexuelle.

⁴⁸³ Hocine BOUSKIIA, *Manuel du droit pénal spécial*, HOUMA, 2014., p. 412.

§2. La recevabilité des autres agressions sexuelles au sein du couple

232. **Une politique législative destinée à la conformité avec les normes internationales.** — En effet, la loi du 30 décembre 2015 a créé une nouvelle infraction relative à l'atteinte à l'intégrité sexuelle de la personne, applicable également au sein du couple. Désormais, l'article 333. Bis du code pénal précise que : « À moins que le fait ne constitue une infraction plus grave, est puni d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de 100.000 à 500.000 dinars, toute agression, commise par surprise, violence, contrainte ou menace portant atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. La peine est l'emprisonnement de deux à cinq ans si l'auteur est un proche parent (mahrim) ou si la victime est une mineure de seize ans ou si le fait commis a été facilité par la vulnérabilité, la maladie, l'infirmité, la déficience physique ou psychique de la victime ou par un état de grossesse, que ces circonstances soient apparentes ou connues de l'auteur. ».

233. Si le viol conjugal peut être recevable par le juge algérien, notamment par le recours à la jurisprudence islamique, les autres violences sexuelles quant à elles ne sont pas faciles à recevoir dans le cadre du couple marié. En effet, il est difficile d'accepter que des attouchements, et des atteintes sexuelles sans pénétration puissent être sanctionnés dans le cadre de la relation sexuelle considérée comme normale au sein du couple. Et plus particulièrement à cause de la présomption de consentement à l'acte sexuel relatif au mariage. Cela rend spécialement difficile l'établissement de la preuve en la matière⁴⁸⁴. Par conséquent, il était donc temps pour le législateur d'élaborer un

⁴⁸⁴ Allaoui ABDELLATIF, *op. cit.*, p. 300. ; Ouzani AMINA, *op. cit.*, p. 250. ; Abdelkader AOUDA, *op. cit.*, p. 512.

renforcement de la protection de l'intégrité sexuelle du conjoint par l'amélioration de la définition textuelle des éléments constitutifs du délit d'agression sexuelle.

234. **Une interprétation pratique en suspens.** — La création du délit d'agression sexuelle par la loi du 30 décembre 2015 s'inspire du droit français relatif à l'atteinte sexuelle punie par l'article 222-22 du nouveau code pénal. Bien évidemment, il faudra attendre une application jurisprudentielle de ladite loi afin de savoir si elle sera recevable en ce qui concerne le couple marié. Selon une analyse première, le texte de la loi définit de manière suffisamment claire et précise l'atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime imposée par la violence, la menace, la contrainte ou la surprise. Ainsi, cette infraction devrait être applicable à la relation sexuelle au sein du couple marié. Le législateur algérien a préféré utiliser cette infraction de façon indirecte en ce qui concerne les couples. Son introduction dans une loi relative à la protection de la femme doit être lue comme une volonté de rendre les infractions sexuelles punissables au sein du couple marié. Il existe sans doute un droit commun d'exécution indirecte au sein du couple concernant les infractions sexuelles, comme l'atteinte à la pudeur, le viol, l'agression sexuelle. Mais, une nouvelle définition qui prend en compte les comportements matériels comme éléments constitutifs de l'infraction sexuelle, par la violence, surprise, contrainte, menace, serait plus efficace afin de sanctionner les violences conjugales de nature sexuelle.⁴⁸⁵.

235. Cela étant, il convient néanmoins de préciser que le délit d'agression sexuelle apporté par la loi du 30 décembre 2015 est assorti d'une peine d'emprisonnement moins

⁴⁸⁵ Djagham Mohamed et Riadh DENH, Vers une pénalisation des violences conjugales en Algérie, *La Revue de jurisprudence algérienne*, décembre 2016, n° 13, p. 284.

grave que celle appliquée au délit d'attentat à la pudeur sans violences. Le nouveau délit est puni de un à trois ans d'emprisonnement alors que le délit d'atteinte à la pudeur sans violence est sanctionné par une peine d'emprisonnement allant de cinq à dix ans.⁴⁸⁶ Naturellement, il serait plus judicieux qu'un acte violent soit sanctionné plus sévèrement qu'un acte commis sans violence, la peine prévue pour l'agression sexuelle devrait donc être plus sévère que la peine encourue pour le délit d'attentat à la pudeur. Il s'avère en effet que la Cour suprême a considéré que la rédaction du texte de l'article 335 du code pénal algérien incriminant le délit de l'attentat à la pudeur sans violence est erronée. Elle reconnaît la faute de traduction dans le texte en sa langue originale. Il revient donc au juge de se recourir à la version française dudit article, de définition plus précise.⁴⁸⁷ Le législateur est donc invité à rectifier le texte de l'article 335 du code pénal dans sa version originale pour qu'elle soit conforme à la version française plus exacte⁴⁸⁸.

Section 2. Un fondement admissible de la considération pénale du mariage

236. **Protection marginale du contrat matrimonial.** — En effet, il existe par la force des textes une protection pénale spécifique aux conditions du mariage. L'exemple de la sanction de l'adultère est significatif. Pour cela, il se pose la question se demandant quelles sont les véritables valeurs protégées dans le cadre pénal applicable au contrat matrimonial. D'une part, parce que la protection pénale des conditions du mariage dans

⁴⁸⁶ Art. 335. C. pén. Al : « Est puni de la réclusion à temps, de cinq (5) à dix (10) ans, tout attentat à la pudeur consommé ou tenté avec violences contre des personnes de l'un ou de l'autre sexe. »

⁴⁸⁷ Crim. 22 octobre 2008. Chambre criminelle, Cour suprême n°488761 « [...] l'élément de la violence mentionné dans la définition de l'article 335 du code pénal en langue française, contrairement à sa définition en langue arabe, est constitutif du délit d'atteinte à la pudeur avec violence [...] ».

⁴⁸⁸ Mahmoud LENKARD, *op. cit.*, p. 356.

le droit algérien apparaît affaibli pour laisser la place à une considération plus protectrice des droits et libertés individuels. Et ce, en dépit de ses aspects classiques comme l'incrimination de certaines atteintes traditionnelles au mariage. (§1) D'autre part, parce qu'elle se révèle réellement latérale et accessoire en ce qui concerne les autres obligations civilistes du mariage. (§2)

§1. La protection pénale latérale des conditions de formation et de fond du mariage

237. **Des infractions classiques fondamentalement inévitables.** — Si la présence d'incriminations telles que de l'homosexualité (A) et de l'inceste (B) dans le droit algérien semble à première vue représenter un encadrement pénal du contrat du mariage, elles ne concernent l'institution matrimoniale que de façon détournée. Par ailleurs lesdites infractions existent dans ce droit en tant que reflet de la moralité de la société. Toutefois, il en est plus particulièrement autrement de la notion de bigamie. (C)

A. La sanction de l'homosexualité en tant qu'atteinte à la pudeur

238. **Une place ambiguë dans le code pénal.** — Les textes du code pénal incriminent l'acte homosexuel tantôt en tant que délit souverain, tantôt en tant que circonstance aggravante des infractions relatives aux atteintes à la pudeur. En effet, cette infraction est inscrite dans la section relative aux attentats aux mœurs de l'article 333 du code pénal⁴⁸⁹. Aux termes de cet article, la nature homosexuelle de l'acte attentatoire à la

⁴⁸⁹ Art. 333., C. pén. Al. : « Toute personne qui a commis un outrage public à la pudeur est punie d'un emprisonnement de deux (2) mois à deux (2) ans et d'une amende de cinq cents (500) à deux mille

pudeur est constitutive d'une circonstance aggravante d'un fait déjà incriminé, en l'occurrence de l'atteinte publique à la pudeur. L'incrimination de l'homosexualité trouve ses origines dans les sources traditionnelles du droit algérien. C'est-à-dire, dans le droit musulman et dans les mœurs de la société algérienne. S'agissant du droit musulman, la sanction de l'homosexualité est différente selon si elle est vue en tant que « péché » et faute morale, ou en tant qu'infraction pénale autonome. En effet, cette dernière position est tributaire aux jurisprudences des juristes musulmans⁴⁹⁰. En revanche, la première position est relative à l'encadrement juridique des relations sexuelles dans lesquelles le seul rapport acceptable en matière de sexualité est celui qui s'effectue entre deux personnes de sexes différents dans le cadre légal du mariage.⁴⁹¹

239. **Une interprétation connexe.** — Il n'est pas sans intérêt de signaler que le délit d'outrage public à la pudeur suppose l'existence d'un fait notoire. Ainsi, ce délit ne réprime pas l'orientation sexuelle subjective. Mais c'est la notoriété de cette subjectivité qui est sanctionnée qui plus est, constitue une circonstance aggravante. Néanmoins, la définition du délit autonome d'homosexualité est imprécise. En effet, aux termes de l'article 338 « *Tout coupable d'un acte d'homosexualité est puni d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 500 à 2.000 DA. Si l'un des auteurs est mineur de dix-huit ans, la peine à l'égard du majeur peut être élevée jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 10.000 DA d'amende.* » L'imprécision du texte de l'article 338 laisse son lecteur perplexe face à la définition de l'homosexualité dans le droit pénal algérien. La question qui se pose donc est relative à la place du consentement dans cette

(2.000) DA. Lorsque l'outrage public à la pudeur a consisté en un acte contre nature avec un individu du même sexe, la peine est un emprisonnement de six (6) mois à trois (3) ans et une amende de mille (1.000) à dix mille (10.000 DA). »

⁴⁹⁰ Cela exclut la source du texte coranique.

⁴⁹¹ A. Mohamed ABDELKADER, *op. cit.*, p. 300.

incrimination. Autrement dit, le texte ne précise pas s'il s'agit d'un acte d'homosexualité consenti entre les personnes concernées, ou s'il s'agit des faits imposés sur la personne d'autrui. Dans la langue originelle du texte, l'homosexualité se traduit littéralement par « *la sanction de toute relation de nature homosexuelle commise à l'encontre d'une autre personne*⁴⁹² ». Cette lecture logique révèle une vision négative de l'infraction prévue à l'article 338. C'est-à-dire, une interprétation dictant que les relations homosexuelles consommées en l'absence d'un commun accord entre des personnes majeures sont constitutives du délit du fait homosexuel non consenti. C'est pourquoi le législateur se préoccupe de la minorité et ne prend pas en considération le consentement du mineur à l'acte homosexuel⁴⁹³. Toutefois, selon la doctrine ce délit suppose par son élément moral un consentement mutuel et réel des personnes condamnées d'homosexualité.⁴⁹⁴ Il ressort donc des études doctrinales, contrairement à l'étude textuelle du code pénal, que c'est l'orientation sexuelle considérée comme immorale qui est sanctionnée par l'article 338 du code pénal⁴⁹⁵.

240. En outre, la prohibition pénale de l'homosexualité ne dépend pas de la protection pénale des conditions du mariage que d'une façon détournée. Le code civil n'apporte pas de règles précises sur l'interdiction de l'homosexualité. Il ne précise -par exemple- dans aucun texte que le mariage ou la cohabitation homosexuels sont prohibés.

⁴⁹² Traduction du rédacteur.

⁴⁹³ Si l'un des auteurs est mineur de dix-huit ans, la peine à l'égard du majeur peut être élevée jusqu'à trois (3) ans d'emprisonnement et dix mille (10.000) DA d'amende. ».

⁴⁹⁴ Par ailleurs, le code pénal ne définit pas ce qu'il entend par des faits d'homosexualité, mais il reconnaît la diversité de l'acte homosexuel. Dans sa version originale, le texte de l'article 338 du code pénal, définissant le délit d'homosexualité, évoque une pluralité des faits d'homosexualité contrairement au texte en langue française, qui lui cite un simple acte homosexuel.

⁴⁹⁵ Il n'est pas étonnant de constater l'absence d'une jurisprudence assidue en ce qui concerne l'application de l'article 338 du code pénal sur la pénalisation de l'homosexualité, d'une part à cause de la difficulté relative à la preuve dans cette catégorie d'infraction, et d'autre part, cela est tributaire à l'absence des sources de jurisprudences dans le droit algérien en général.

L'incrimination de l'homosexualité est le seul critère permettant de statuer sur l'interdiction de l'orientation sexuelle homosexuelle considérée comme une faute morale.

B. L'incrimination spécifique de l'inceste

241. **Une considération anthropologique.** — L'absence d'une incrimination du mariage incestueux en est l'autre exemple de l'oubli du droit répressif du contrat de mariage. Le code pénal ne sanctionne l'inceste qu'en tant que qualification spécifique. Cette dernière est représentée par une circonstance aggravante des incriminations sexuelles de droit commun. En outre, si le mariage incestueux est prohibé dans le code de la famille algérien, il ne lui réserve qu'une nullité civile du contrat.

242. L'aggravation spécifique relative à l'inceste a été créée par l'ordonnance n° 75-47 du 17 juin 1975 visant la modification du code pénal.⁴⁹⁶ Cette réforme a modifié les règles applicables aux circonstances aggravantes relatives aux atteintes sexuelles commises contre les mineurs⁴⁹⁷. Par ailleurs, l'article 337 bis ajouté par la même Ordonnance est intéressant. Il définit l'inceste en disposant que : « Sont considérées comme incestes, les relations sexuelles entre : 1- parents en ligne descendante ou ascendante , 2- frères et sœurs germains, consanguins ou utérins , 3- une personne et

⁴⁹⁶ ALGERIE, Journal Officiel., n° 53, 20 juin 1975., p. 615.

⁴⁹⁷ Par exemple, aux termes de l'article 337 créé par ladite Ordonnance : « Si les coupables sont les ascendants de la personne sur laquelle a été commis l'attentat ou le viol, s'ils sont de la classe de ceux qui ont autorité sur elle, s'ils sont ses instituteurs ou ses serviteurs à gages, ou serviteurs à gages des personnes ci-dessus désignées, s'ils sont fonctionnaires ou ministres d'un culte, ou si le coupable, quel qu'il soit, a été aidé dans son crime par une ou plusieurs personnes, la peine est celle de la réclusion à temps, de dix (10) à vingt (20) ans, dans le cas prévu à l'alinéa premier de l'article 334, et de la réclusion perpétuelle, dans les cas prévus aux articles 335 et 336. ».

l'enfant de l'un de ses frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins ou avec un descendant de celui-ci , 4- la mère ou le père et l'époux ou l'épouse, le veuf ou la veuve de son enfant ou d'un autre de ses descendants , 5- parâtre ou marâtre et le descendant de l'autre conjoint , 6- des personnes dont l'une est l'épouse ou l'époux d'un frère ou d'une sœur... ». ⁴⁹⁸

243. **Une infraction exclusive au sang.** — Ce qui est remarquable dans les modifications apportées par l'ordonnance du 17 juin 1975 est l'ignorance de l'inceste de la filiation adoptive *Kafala* et de la filiation biologique illégitime. C'est pourquoi le législateur a rattrapé ce retard législatif mais uniquement en ce qui concerne la filiation adoptive dite *Kafala*. La loi du 04 février 2014⁴⁹⁹ visant l'adaptation du code pénal national aux règles du droit international notamment des conventions internationales a ajouté un alinéa qui dispose que « ...*Les relations sexuelles entre le titulaire du droit de recueil légal kâfil et l'enfant recueilli makfoul sont passibles de la peine prévue pour l'inceste* » Cela concerne les faits commis entre parents en ligne descendante ou ascendante. La condamnation prononcée contre le père, la mère ou le titulaire du droit de recueil légal *kâfil* comporte la déchéance de la tutelle et /ou du recueil légal. Cette loi⁵⁰⁰ vise l'adaptation du code pénal aux règles de la Convention internationale des

⁴⁹⁸ Les aggravations de la peine sont donc calculées de la façon suivante :

- « ...La peine est de dix (10) ans à vingt (20) ans de réclusion en cas d'inceste entre parents en ligne descendante ou ascendante, ainsi qu'entre frères et sœurs germains, consanguins ou utérins,
-de cinq (5) ans à dix (10) ans d'emprisonnement dans les 3^{ème}, 4^{ème} et 5^{ème} cas une personne et l'enfant de l'un de ses frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins ou avec un descendant de celui-ci, la mère ou le père et l'époux ou l'épouse, le veuf ou la veuve de son enfant ou d'un autre de ses descendants, - parâtre ou marâtre et le descendant de l'autre conjoint,
-de deux (2) ans à cinq (5) ans d'emprisonnement dans le 6^{ème} cas... des personnes dont l'une est l'épouse ou l'époux d'un frère ou d'une sœur... ,

⁴⁹⁹ JO n° 07, p.6. Loi n° 14-01.

⁵⁰⁰ ALGERIE, Assemblée Populaire Nationale, Journal officiel des débats parlementaires. Dimanche 5 janvier 2014.

Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et son Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants⁵⁰¹. Elle renforce également la lutte contre les discriminations entre les différents statuts de filiation, pour le moins en ce qui concerne les filiations légitimes.

244. Puisque les jurisconsultes de droit musulman sont disparates sur la sanction applicable aux relations sexuelles incestueuses, il n'existe pas de jurisprudence constante en la matière. En effet, l'inceste n'est pas toujours considéré comme étant une circonstance aggravante du crime de fornication *zinâ*. Si certains jurisconsultes le considèrent comme telle. Les autres ne lui réservent qu'une sanction identique à l'infraction initiale. C'est-à-dire les sanctions prévues pour le crime de fornication, en l'occurrence les coups de fouet pour le coupable célibataire et la lapidation en cas d'adultère⁵⁰².

C. L'absence d'une protection pénale réelle contre la bigamie

245. **Une protection technique.** – Le droit musulman autorise le second mariage bigamique au nom de la préservation de l'honneur sexuel l'*ird*.⁵⁰³ Cette permission est considérée comme un moyen de prévention contre les relations sexuelles illicites. L'autorisation de la polygamie est également utilisée en tant que rempart contre

⁵⁰¹ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et protocoles s'y rapportant. V.
<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-f.pdf>.

⁵⁰² V. *Supra.*, n°233.

⁵⁰³ CORAN 4/3 : « Et si vous craignez de n'être pas justes envers les orphelins, ... Il est permis d'épouser deux, trois ou quatre, parmi les femmes qui vous plaisent, mais, si vous craignez de n'être pas justes avec celles-ci, alors une seule, ou des esclaves que vous possédez. Cela, afin de ne pas faire d'injustice (ou afin de ne pas aggraver votre charge de famille). ».

l'existence de l'adultère de fait. Par ailleurs, le droit algérien échoue à encadrer cette pratique de façon stricte, aussi bien dans le code de la famille que dans le code répressif.

(a)

a. Une interdiction juridique facile à détourner

246. Le droit algérien autorise une bigamie conditionnée par le respect de certaines obligations légales. Ces dernières sont prévues par l'article 8 du code de la famille⁵⁰⁴. Il convient d'aborder les conditions civiles du second mariage autorisé, (1) ainsi que la répression pénale de la bigamie illégale dans le droit algérien (2)

1. Un cadre juridique exigeant en droit civil

247. **Un principe monogamique du mariage.** — En réalité, la bigamie ne représente qu'une situation exceptionnelle dans le droit algérien. Pour cela, le code de la famille prévoit des conditions strictes au mariage bigamique et à la polygamie en général. Aux termes de l'article 8 du code de la famille, l'époux ne peut contracter un second mariage sauf dans le cadre d'une autorisation judiciaire. Cette autorisation est soumise à la libre conviction personnelle du président du tribunal du lieu du domicile conjugal. La demande du second mariage de l'époux doit être écrite. Elle doit également présenter un nombre de preuves relatives d'une part à l'existence d'un motif justifié, (I) et d'autre

⁵⁰⁴Art. 8., C. fam. : « Il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la *Chariïà* si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies... ; L'époux doit en informer sa précédente épouse et la future épouse et présenter une demande d'autorisation de mariage au président du tribunal du lieu du domicile conjugal. Le président du tribunal peut autoriser le nouveau mariage, s'il constate leur consentement et que l'époux a prouvé le motif justifié et son aptitude à offrir l'équité et les conditions nécessaires à la vie conjugale. ».

part au consentement de la première épouse. **(II)** Par ailleurs, le législateur exige un principe d'équité justifiant le mariage bigamique. **(III)**

I. La preuve de l'existence d'un motif justifié

248. **Absence de définition.** En réalité, c'est la circulaire du ministère de la justice du 23 décembre 1984 relative à l'interprétation de l'article 8 du code de la famille qui éclaire sur cette condition. Cette circulaire prévoit deux cas exhaustifs de motif justifié qui sont : la maladie chronique de l'épouse qui l'empêche d'exercer ces devoirs nés du mariage, ou l'infertilité confirmée de celle-ci.

249. **Considération ancienne.** — En effet, ladite circulaire est antérieure à l'ordonnance du 27 février 2005 portant code de la famille, visant l'amélioration des droits de la femme, et la laïcisation du cadre juridique applicable à la famille. Pour cela, le motif justifié de la bigamie semble en décalage avec le nouvel esprit du nouveau code de la famille. L'interprétation de l'article 8 du code de la famille demeure par ailleurs soumise à l'autorité du Président du tribunal recevant la demande du mariage bigamique. De plus, l'ordonnance du 27 février 2005 a réservé au juge civil l'autorité absolue de décider sur le sort d'une demande d'autorisation d'un second mariage. Avant cette date, il n'existait pas de contrôle judiciaire concernant la bigamie. En cas de dol, l'épouse pouvait intenter une action en divorce à l'encontre du conjoint.⁵⁰⁵

250. Le motif justifié est désormais défini par la circulaire destinée aux présidents des tribunaux et des juges aux affaires familiales. Ce qui confirme le caractère exceptionnel du mariage polygamique en droit algérien. En revanche, la nouvelle interprétation de

⁵⁰⁵ Art. 8 bis., C. Fam.

l'article 8 du code de la famille a validée la pratique législative antérieure en ce qui concerne les motifs justifiant le second mariage bigamique. En l'occurrence, elle réitère l'existence de deux cas spéciaux qui peuvent justifier cela. Sont donc la maladie chronique de l'épouse, et/ou son infertilité qui représentent le motif justifié posé par l'article 8 du code de la famille. En autorisant la bigamie, le droit algérien s'inspire donc de la doctrine du droit musulman. Il s'efforce néanmoins de restreindre la bigamie, en imposant une procédure stricte qui repose sur le respect du consentement de l'épouse.⁵⁰⁶

II. La preuve du consentement de l'épouse actuelle et de la future épouse

251. **Une valeur individualiste.** — La finalité de cette condition s'inscrit dans la protection juridique du consentement au mariage. Le consentement est la pierre angulaire dans le contrat matrimonial. Afin de faire face au dol dans le cadre du second mariage bigamique, l'article 8 du code de la famille exige la garantie et le respect du consentement aussi bien de l'actuelle, que de la future épouse. Dans ce cas, le consentement des deux épouses est relatif à la connaissance de l'existence d'une demande d'un mariage bigamique. Il doit être mentionné et prouvé dans la demande du mari. L'écriture du consentement est le seul et unique moyen de le prouver. En effet, l'accord de la première épouse au second mariage est l'apport de l'ordonnance du 27 février 2005. Si le texte de l'article 8 du code de la famille ne prévoit pas de formalité de cette preuve, dans la pratique le juge procède à des interrogatoires des parties concernées par les deux mariages⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ En droit égyptien par exemple (un système juridique mixte entre le droit français et le droit du Common Law), la doctrine conservatrice du droit islamique ne cesse d'empêcher le législateur de restreindre le cadre du mariage polygamique.

⁵⁰⁷ La protection du consentement de l'épouse est assurée par le code de la famille dans lequel elle a le droit de refuser la demande du mari pour contracter un second mariage. Pour cela il se pose la question

III. La preuve de l'intention d'équité

252. **Une doctrine traditionnelle du droit musulman de la famille.** — Ladite condition d'équité représente l'engagement du demandeur d'assurer une certaine équité entre les deux épouses. Dans la pratique, cela concerne la situation socioprofessionnelle du demandeur et les ressources financières suffisantes afin de pouvoir subvenir aux besoins de la famille. Pour cela, le président du tribunal procède à des investigations concernant la situation financière du demandeur. Plus concrètement, cette enquête sociale concerne notamment les capacités financières, et l'existence de biens immobiliers en particulier⁵⁰⁸.

253. Il n'existe pas de définition juridique de la condition d'équité dans le code de la famille. Dans la pratique, la jurisprudence se focalise sur l'appréciation des moyens financiers du demandeur. Notamment, en ce qui concerne la séparation du domicile

de savoir si le refus de l'épouse de donner son consentement au mariage de son mari avec une autre femme entraîne pour le juge l'obligation de refuser d'accorder l'autorisation de polygamie demandée par l'époux. La formule utilisée pour la rédaction de l'alinéa 3 de l'article 8 peut permettre de le penser, mais il est tout aussi possible de soutenir l'opinion inverse dans la mesure où le premier alinéa de cet article ne fait pas référence à ce consentement parmi les conditions qui permettent de contracter mariage avec plus d'une épouse. *A contrario*, même si l'épouse donne son consentement, le juge n'est pas obligé de donner cette autorisation au mari notamment si le motif invoqué n'est ni prouvé ni justifié ou s'il n'a pas l'aptitude et les moyens d'offrir l'équité et les conditions nécessaires à la vie conjugale à plus d'un foyer. Dans tous les cas, la décision du juge n'est susceptible d'aucune voie de recours.

⁵⁰⁸ En effet, le second mariage polygamique doit reposer sur ces conditions strictes du code de la famille, concernant le motif justifié et le libre consentement approuvé par les différentes parties concernées par le mariage. Le juge doit bénéficier d'une libre interprétation des pièces du dossier. Ainsi que de son autorité de statuer selon la demande de l'époux qui repose sur des critères objectifs concernant d'un côté les conditions juridiques de la bigamie, et d'un autre côté sur des éléments matériels et financiers qui peuvent assurer l'équité entre les deux épouses. La conviction du juge seul lui permet d'accorder ou non une autorisation de la bigamie.

conjugal propre à la seconde épouse. Ce qui veut dire que cette séparation de domicile est obligatoire. Cette condition s'applique par ailleurs aux enfants du demandeur⁵⁰⁹.

2. Une répression pénale de la bigamie irrégulière

254. **Une protection pénale indirecte du contrat matrimonial.** — Il est possible que les conditions de formation du mariage bigamique constituent un sujet de protection par le droit pénal. En effet cette possibilité concerne uniquement les conditions de forme de la bigamie⁵¹⁰. Par ailleurs, le non-respect des règles civilistes du mariage bigamique entraîne naturellement la nullité civile du contrat matrimonial. L'épouse peut également intenter une action de divorce pour faute ou pour l'existence de dol⁵¹¹. Cela étant, le législateur ne prévoit pas de sanctions pénales à l'encontre du mari qui conclut une union polygamique sans y avoir été autorisé. Il en est de même pour l'officier d'état civil, ou le notaire qui auraient enregistré un tel mariage. Selon un auteur, « cette situation ⁵¹²est d'autant plus regrettable que le législateur aurait pu profiter de son intervention au niveau du code de la famille, pour corriger et formuler de manière plus

⁵⁰⁹ En effet, le second mariage polygamique doit reposer sur ces conditions strictes du code de la famille, concernant le motif justifié et le libre consentement approuvé par les différentes parties concernées par le mariage. Le juge doit bénéficier d'une libre interprétation des pièces du dossier. Ainsi que de son autorité de statuer selon la demande de l'époux qui repose sur des critères objectifs concernant d'un côté les conditions juridiques de la bigamie, et d'un autre côté sur des éléments matériels et financiers qui peuvent assurer l'équité entre les deux épouses. La conviction du juge seul lui permet d'accorder ou non une autorisation de la bigamie.

⁵¹⁰ Ces conditions sont définies par le code de la famille algérien. Au niveau du droit civil, l'article 8 bis du code de la famille prévoit qu'en cas de dol, chaque épouse peut intenter une action en divorce à l'encontre du conjoint. Et le nouveau mariage sera donc nul. Aussi si le mari n'a pas obtenu l'autorisation du juge, le nouveau mariage sera résilié avant sa consommation.

⁵¹¹ Cette sanction n'est donc pas radicale, mais le texte ne précise pas comment l'action en résiliation est diligentée. Pour cela l'interprétation de l'article 8bis du code de la famille conclure que chaque épouse peut intenter une action en divorce à l'encontre du conjoint. Cette action pourrait également être introduite d'office par le ministère public puisqu'il y'a eu violation de la loi.

⁵¹² Nahas M. MOHIEDINE, L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984, *Revue Année Maghreb* N°2, 2005-2006, dossier spécial : femmes, famille et droit.

précise les dispositions pénales prévues par l'ordonnance du 19 février 1970 relative à l'état civil, en cas d'inscription des actes de mariage dans les registres de l'état civil sans l'autorisation des personnes habilitées, ou même celles du code pénal auquel elles renvoient d'ailleurs en qualifiant pénalement un tel manquement et prévoir une sanction dissuasive. ».⁵¹³

255. **Une atteinte à l'état civil.** — Toutefois, la sanction pénale à l'encontre du mari peut être fondée sur le faux en écriture publique ou authentique. Plus concrètement s'il procède par des manœuvres dolosives dans la procédure de demande d'autorisation judiciaire d'un second mariage. L'élément matériel de cette infraction se trouve dans la demande d'autorisation d'un nouveau mariage déposée auprès du président du tribunal. Si le mari a présenté des faux documents concernant sa situation matrimoniale, soit par contrefaçon ou d'altération d'écriture ou de signature, soit par fabrication de conventions ou d'actes non conforme à la vérité⁵¹⁴, le délit de faux et lui est applicable.
256. Par ailleurs, le délit de faux commis dans certains documents administratifs et certificats peut être utilisés. Ce dernier est défini par les termes des articles 222 et 223 du code pénal algérien, qui peut être établi à l'encontre du mari qui présente des faux

⁵¹³ En effet, il est possible de penser que l'absence de sanctions pénales et que la résiliation du contrat de mariage, pour non-respect des procédures de demande d'autorisation soit limitée au seul cas où ledit mariage n'a pas été consommé, sont motivées par le fait que la polygamie ne constitue pas un phénomène de société ou un comportement qui caractérise la vie conjugale en Algérie. Les statistiques, disponibles depuis la seconde moitié du XIX^e siècle, montrent en effet une baisse constante du taux de polygames par rapport à la population masculine en âge de se marier. Si en 1886, il était de 15 %, il passe en 1911 à 6,4 % et en 1948 à 3 %. En 1986, il est de 1,5 % et en l'an 2000, il est de 1,4 %. Par ailleurs, si l'on prend en considération le fait que les hommes peuvent se marier alors qu'ils sont en cours de procédure de divorce, la polygamie est encore plus faible que ne le laissent supposer les statistiques de l'état civil.

⁵¹⁴ Art. 216., C. pén. Al. : « - Est punie de la réclusion à temps de dix (10) à vingt (20) ans et d'une amende de un million (1.000.000) de DA à deux millions (2.000.000) de DA, toute personne autre que celles désignées à l'article 215, qui commet un faux en écriture authentique ou publique: 1- soit par contrefaçon ou altération d'écriture ou de signature ; 2- soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges ou par leur insertion ultérieure dans ces actes ; 3- soit par addition, omission ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater ; 4- soit par supposition ou substitution de personnes. »

documents, soit au notaire soit à l'agent de l'état civil afin d'enregistrer un second mariage non autorisé par le juge. La protection pénale de la bigamie en droit algérien est par conséquent indirecte. En effet, il n'existe pas de sanctions propres concernant le mariage polygamique. Cela à cause de l'autorisation au mari de contracter un second mariage dans des conditions définies par la loi. Les sanctions possibles concernant le mariage bigamique illégal relèvent des infractions de droit commun comme le faux en écriture et l'utilisation ou l'usage de faux.

257. **Divergences comparatives.** — Le droit pénal assure donc une protection indirecte du mariage par rapport à la bigamie. Force est de constater que cela est contraire au droit français qui sanctionne la bigamie en tant qu'atteinte à la dignité de la personne, et au principe de l'unité de l'époux et de l'épouse. Le droit algérien en autorisant la bigamie, il sanctionne néanmoins le non-respect de la procédure et des conditions de ce mariage. Cette procédure est désormais encadrée par le juge, en particulier grâce à la réforme de droit de la famille en 2005.

258. Toutefois, cette réforme du code de la famille de 2005 a introduit davantage de rigueur pour la mise en œuvre de cette tolérance en apportant plus de précisions sur la procédure à suivre. Malgré cette réforme qui s'inscrit dans une politique de laïcisation du droit algérien et de son ouverture aux principes des droits de l'homme, le législateur doit encadrer l'exercice de la bigamie de façon plus stricte dans le droit positif inspiré des règles de droit musulman⁵¹⁵. Plus concrètement, le législateur doit définir le motif

⁵¹⁵En effet, en droit musulman classique, la polygamie est présentée comme un droit reconnu à ce dernier sur la base d'une disposition coranique. Or la formulation du Coran lui-même permet de penser qu'il s'agit d'une tolérance accordée non seulement avec parcimonie mais contrebalancée par d'autres versets marqués par le scepticisme. Il n'y a donc pas de doute que ce texte privilégie la monogamie. D'ailleurs, la polygamie n'est pas présentée dans les ouvrages de droit musulman parmi les droits de l'époux mais

justifié qui permet à l'époux de contracter un second mariage, une définition qui trouve toujours son fondement dans une circulaire de la direction des affaires civiles du ministère de la justice en 1985. En réalité, le législateur est mieux placé afin de donner une définition juridique du principe du motif justifié qui donne la permission aux mariages polygamiques.

259. Par ailleurs, la bigamie clandestine échappe à l'application du droit pénal. Une problématique se pose en droit algérien concernant le second mariage polygamique qui peut être contracté, non au niveau de l'agent de l'état civil mais au niveau restreint de la famille. Malgré l'interdiction déjà existante d'interdire la célébration des mariages dans les milieux de cultes sans l'acte civil de mariage, la célébration pourrait bien être célébrée en dehors de ces milieux et donc dans des conditions plus restreintes mais qui n'empêchent pas la validité juridique du mariage.⁵¹⁶ Ce dernier mariage est qualifié de coutumier, et il est valable juridiquement. Le droit civil reconnaît ce genre de mariage après une demande d'inscription dans les registres de l'état civil au niveau de la mairie. Dans ce cas-là, la bigamie existe sans devoir passer devant les conditions strictes posées par le législateur. Le second mariage polygamique sera donc reconnu par le droit,

dans le chapitre relatif aux empêchements au mariage. La règle n'est donc pas perçue en termes dynamiques mais comme une disposition venant restreindre les pratiques coutumières qui prévalaient avant l'avènement de l'Islam. L'encadrement juridique de la bigamie en droit algérien, doit trouver son fondement de la doctrine la plus libératrice parmi les grandes écoles du droit musulman, une doctrine qui doit être conforme à l'interprétation contemporaine des règles du droit musulman et des textes constituant la source de ce système juridique. Le code de la famille algérien n'est pas très éloigné de cette logique, néanmoins les lacunes concernant la définition légale des conditions strictes qui permettent un second mariage doivent être remédiées dans un cadre législatif plutôt que gouvernemental.

malgré ses caractéristiques portant des manquements à la procédure légale applicable à la bigamie. Le législateur doit donc élargir le champ d'interdiction de la bigamie.

260. La polygamie demeure un système social très critiqué, en particulier parce que cela porte atteinte à la dignité de la femme ou de l'épouse. Le consentement de l'épouse n'est pas respecté dans la majorité des sociétés qui acceptent la polygamie.⁵¹⁷ Seul donc l'époux décide s'il veut contracter un second mariage. Le fondement de la polygamie dans certaines sociétés trouve son fondement dans la coutume qui s'inspire également de la religion. Or dans le droit musulman la polygamie est une solution exceptionnelle pour certaines situations. Elle est uniquement autorisée dans certaines hypothèses exhaustives. Cette solution doit être exercée dans un cadre juridique qui respecte le consentement de l'épouse et la dignité de la personne. Le caractère exceptionnel du second mariage polygamique justifie le cadre strict défini par la loi et le contrôle judiciaire de celui-ci.

§2. La faiblesse de la protection pénale des obligations nées avec le mariage

261. Le droit pénal ne s'immisce plus dans les affaires privées des mariés, il préfère désormais résoudre les conflits qui en découlent par des moyens civils et alternatives. Ainsi le devoir de cohabitation conjugale ne semble pas bénéficier d'un cadre pénal

⁵¹⁷ En particulier dans certains pays africains et dans des pays de traditions musulmanes, où le consentement de l'épouse n'est pas du tout une condition dans les mariages polygamiques. Certaines femmes partagent le même domicile avec l'époux.

particulier. (A) Tout aussi vrai que la sanction fragile de la violation de l'unité affective que s'obligent les mariés. (B)

A. L'absence d'une protection pénale de la communauté de vie

262. **Une mission en principe civiliste.** — L'objet du mariage⁵¹⁸ implique en plus de la communauté de vie une légitimité des rapports sexuels entre les époux dans le cas du droit algérien.⁵¹⁹ Pour cela, une partie de la doctrine pénale⁵²⁰ invite le législateur algérien à pénaliser les relations sexuelles hors mariage afin d'assurer une protection pénale de son objet. Elle considère le mariage comme une institution qui doit être protégée aussi bien par le droit pénal, que par le droit civil. Ce courant doctrinal justifie sa position par le devoir de respecter les règles du droit musulman, et de la morale publique qui caractérisent la société algérienne.⁵²¹ Cela serait même une obligation au regard de la Constitution algérienne selon cette doctrine. Il trouve dans le droit comparé comme le droit marocain⁵²² ou le droit libyen, où les relations sexuelles hors mariage sont incriminées, des références d'incrimination pour le législateur algérien.

⁵¹⁸ Il n'existe pas une protection juridique complète de ce mariage en droit algérien, en particulier après le vide juridique causé par l'abrogation de la loi 57-777 du 30 juillet 1957 relative à la preuve de mariages contractés dans le département français d'Algérie sous les règles du droit musulman, dans laquelle l'article 3 de cette loi punit le fait de ne pas enregistrer l'acte de mariage au niveau des services de l'état civil après 15 jours du mariage, par l'emprisonnement entre 6 jours et 6 mois, et une amende entre 6000 et 28 000 francs.

⁵¹⁹ Le droit musulman interdit les relations sexuelles hors le cadre du contrat de mariage, néanmoins, dans le code pénal algérien, aucun texte ne pénalise les relations sexuelles consenties entre majeurs de sexe différent. Seule l'outrage public à la pudeur et l'homosexualité constituent des infractions (le cas du code pénal du 1810). Le droit musulman (*Sharia*) donc n'est appliquée que par rapport au statut personnel des individus ce qui implique le code de la famille. Autrement dit le code du statut personnel régissant les successions et la famille (mariage et filiation).

⁵²⁰ Mahmoud LEINKAR, *op. cit.*, p. 72.

⁵²¹ L'article 2 du code constitutionnel algérien prévoit que l'islam est la religion officielle de l'Etat.

⁵²² L'article 490 du code pénal du Royaume du Maroc punit de 1 mois de 1 an le délit de corruption morale.

263. **Une conception à contester.** — Par ailleurs, cette confirmation doctrinale n'est pas à l'œuvre d'une amélioration quelconque du droit pénal algérien dans la pratique. En effet, la pénalisation des relations sexuelles illégitimes consenties ne semble pas être utile dans le système pénal algérien, à cause plus particulièrement de la suffisance dans la pratique du délit de l'outrage public à la pudeur. Une telle pénalisation porterait également atteinte aux libertés individuelles assurées par la Constitution algérienne.⁵²³ Le délit d'outrage public à la pudeur suppose que les faits incriminés soient de nature notoire. Le régime de preuve pour cette infraction repose sur les règles de droit commun. Cela ne pose donc aucune difficulté pratique au regard de la nature notoire de l'atteinte publique à la pudeur. Cette dernière infraction est parfaitement contraire aux infractions dites morales dans le droit musulman. Dont la preuve légale est établie par la présence de quatre témoins ou par l'aveu, ce qui est particulièrement difficile de nos jours. Le principe de sécurité juridique serait en outre bouleversé par cette incrimination spécifique.⁵²⁴ De surcroît, la seule incrimination de l'outrage public à la pudeur peut assurer la protection pénale des mœurs, compatibles à la morale et à l'ordre public propre à la société algérienne. Contrairement à la vision islamique du mariage, l'objet

⁵²³ Parmi d'autres recommandations de la doctrine, le rétablissement du délit qui existait déjà en droit français sous l'appellation de concubinage notoire et l'entretien de concubine dans la maison conjugale dans l'ancien article 339 du code pénal français⁵²³. Nonobstant de ces infractions qui sont très proches de l'ancienne pénalisation de l'adultère, le point commun entre toutes ces infractions est l'existence de lien conjugal de l'un des auteurs qui lien d'autres relations intimes et sexuelles avec une autre personne. Cette infraction n'existe plus dans le droit français ni le dans le droit algérien d'ailleurs, mais cela suppose également la publicité et la répétition des faits, c'est-à-dire que le concubinage soit apparu comme une habitude pour que le délit soit établi. Les mêmes arguments que dans la pénalisation des relations sexuelles hors le cadre du mariage. Pour que, selon un auteur⁵²³ : le droit pénal pourrait assurer une protection de l'institution conjugale par l'incrimination de toute atteinte au mariage qui constitue le seul moyen de toute procréation humaine par la pratique sexuelle.⁵²³ Le droit algérien ne fait aucune référence que le mariage est le seul moyen d'avoir des relations sexuelles entre deux personnes en raison de la liberté sexuelle aussi protégée par le droit algérien. Concernant les agressions sexuelles à l'encontre du mineur comme de l'adulte. Pour cela, une telle incrimination du concubinage dans le droit algérien ne trouverait nullement son fondement juridique.

⁵²⁴ En droit musulman, le système de preuve dans les infractions sexuelles repose sur l'existence de 4 témoins. Cependant, le juge doit examiner les témoignages de façon définitive en respectant le principe de la présomption d'innocence et le moindre doute profite à l'accusé.

du mariage ne correspond pas à légitimation du coït sexuel dans le droit algérien. En outre, si l'union libre et le concubinage ne sont pas reconnus par le droit civil, le législateur ne sanctionne pas pénalement ces situations de couple. Il est donc force de constater que la communauté de vie n'est pas un sujet de protection pénale dans le droit algérien. La sanction de la violation de ce principe demeure de nature civiliste.

B. La protection pénale ambivalente de la fidélité conjugale

264. **Une moralisation familiale.** — Le délit d'adultère est sanctionné par l'article 339 du code pénal⁵²⁵. L'élément matériel de l'infraction concerne l'existence d'une relation sexuelle consommée impliquant au moins une personne mariée. Pour être caractérisée, l'infraction de l'adultère nécessite deux conditions essentielles composant l'élément matériel de celle-ci. L'existence d'un mariage légitime pour l'un des auteurs, et la relation sexuelle complète impliquant une pénétration sexuelle vaginale.

265. **Un mariage légitime.** — En effet, le juge pénal confronté aux affaires d'adultère doit de prime abord chercher si le mariage est légitime et, si le contrat matrimonial est civilement valide. La situation matrimoniale constitue une condition préalable à l'application de l'article 339 incriminant la relation sexuelle adultérine. La Cour suprême a par exemple validé la condamnation de deux personnes qui avaient commis un adultère alors que l'une des parties est liée par un mariage religieux dit autrement coutumier. En effet ce mariage peut parfaitement être validé par le juge civil⁵²⁶. De la

⁵²⁵ : « Est punie d'un emprisonnement d'un (1) à deux (2) ans toute femme mariée convaincue d'adultère. Quiconque consomme l'adultère avec une femme la sachant mariée est puni de la même peine. Est puni d'un emprisonnement d'un (1) à deux (2) ans, tout homme marié convaincu d'adultère ; la femme coauteur est punie de la même peine, sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent. La poursuite n'est exercée que sur plainte du conjoint offensé. Le pardon de ce dernier met fin aux poursuites. ».

⁵²⁶ Cass, corr., 1 juin 2005., n°279945.

même manière, il a été jugé que la relation sexuelle consommée avant l'enregistrement de l'acte matrimonial empêche l'établissement de l'infraction d'adultère⁵²⁷. La violation du principe de la fidélité conjugale n'est possible qu'après la réunion de toutes les conditions du mariage aux termes du code de la famille.

266. Par ailleurs, se retrouver dans une situation de divorce n'exonère nullement les époux de l'obligation de la fidélité, ou de la foi conjugale. Les multiples formes de divorce dans le droit musulman se divisent globalement en deux catégories. Il s'agit de la division entre le divorce dit effectif ou définitif et le divorce non effectif permettant l'annulation de celui-ci, et enfin le retour à la vie conjugale. En ce qui concerne ce dernier, le divorce non effectif suite à une répudiation de l'épouse nécessite des démarches administratives, et une période dite de viduité qui doit être respecté. Au-delà de cette période transitoire, les deux époux demeurent mariés. Seul un second mariage validera le divorce non effectif. Par conséquent, si l'un des époux n'aura pas contracté un second mariage, l'infraction de l'adultère demeure applicable en cas de relation sexuelle en dehors du couple conjugal, y compris avec le consentement sexuel.

267. **L'élément moral de l'infraction d'adultère.** — La connaissance de cause et la volonté de commission de l'infraction constituent les composantes essentielles de cet élément. L'élément moral de l'infraction de l'adultère nécessite une connaissance de l'état marital du complice. La Cour suprême a par exemple jugé non coupable d'adultère, la personne qui n'avait pas la connaissance que sa compagne adultérine était

⁵²⁷ Crim, 12 juin 1984., n°28837.

mariée. En revanche, cette dernière a été jugée seule coupable d'adultère à cause de l'existence d'un lien matrimonial, qu'elle a intentionnellement caché au complice. Par ailleurs, l'adultère est une infraction intentionnelle. La contrainte écarte donc naturellement l'établissement de ses éléments constitutifs.⁵²⁸

268. Partant, nonobstant de la nature traditionnelle de l'adultère, la relation qu'entretient ce délit dans le code pénal algérien avec la protection pénale du mariage est minime. En effet, la violation du devoir conjugal de cohabitation dans le code pénal algérien représente une atteinte à une obligation issue du mariage. Cette obligation qui est le respect de la foi conjugale est individuelle, car elle concerne un engagement personnel et tacite des époux à la fidélité. La philosophie criminelle relative à l'adultère concerne les droits de l'individu. Selon le code pénal algérien,⁵²⁹ cette infraction porte principalement atteinte à l'honneur sexuel et à la dignité de l'époux.

269. **La valeur protégée par cette incrimination est double.** — Elle regroupe à la fois le devoir conjugal et l'honneur sexuel l'*ird* de l'époux, qui devient victime de dommage moral ou incorporel. Cette incrimination demeure appliquée dans le code pénal algérien en tant que violation d'un droit personnel de l'époux lésé. Puisque le délit d'adultère concerne l'individualisation du contrat de mariage, la poursuite n'est exercée que sur la plainte du conjoint offensé.⁵³⁰ Le pardon de ce dernier met fin aux poursuites. Le conjoint a également un rôle primordial dans l'autorisation du mariage bigame. Dans

⁵²⁸ Sofiane EL-ABDELLI, Le viol conjugal sous la lumière des droits français et algérien, et les conventions internationales des droits de l'homme, *Jenane Droits de l'homme*, Juin 2015, n° 8, 3, p. 111.

⁵²⁹ Art. 339., C. pén. « - Est punie d'un emprisonnement d'un (1) à deux (2) ans toute femme mariée convaincue d'adultère. Quiconque consomme l'adultère avec une femme la sachant mariée est puni de la même peine. Est puni d'un emprisonnement d'un (1) à deux (2) ans, tout homme marié convaincu d'adultère ; la femme coauteur est punie de la même peine, sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent ».

⁵³⁰ Art. 339 alinéa 2., C. pén. Al.

la mesure où cette seconde union constitue une atteinte au principe monogamique du mariage. Le droit du conjoint à la solidarité et à la fidélité issus du devoir de cohabitation est également atteint. En revanche, l'incrimination de l'adultère dans le code pénal français n'a pas pu résister au mouvement de dépenalisation qui a touché le droit pénal de la famille. L'atteinte à la foi conjugale constitue désormais une faute civile qui ne concerne plus le droit répressif.

270. **Une protection pénale timide et limitée.** — Cette dernière semble ainsi loin de la reconnaissance du viol conjugal à l'instar du droit français. De surcroît, l'absence d'une jurisprudence abondante en la matière rend difficile l'étude de l'acceptation du viol conjugal par le juge algérien. Néanmoins, une partie de la doctrine considère que le viol conjugal est indirectement sanctionnable. La Cour suprême s'est d'ailleurs montrée favorable à cette application concernant certains cas comme la sodomie et le viol commis par violence au sein du couple. Même si la qualification retenue concerne spécifiquement les violences volontaires et pas le viol directement. De surcroît, le recours du juge à la jurisprudence islamique par l'interprétation libre, en ce qui concerne la sanction de la sodomie forcée, le viol commis par l'ex-conjoint ou, le viol commis par violence, permet de sanctionner les atteintes sexuelles commises dans le cadre du couple au nom des violences volontaires.

271. **L'absence d'une priorité de politique criminelle.** — La reconnaissance autonome des violences conjugales sexuelles résiste encore à ce dernier. À ce stade, il adopte une politique criminelle d'adaptation sociale qui n'ose pas choquer l'opinion publique. En effet, la sainteté du mariage est l'une des convictions morales les plus

endoctrinées dans l'esprit collectif de la société algérienne. L'incrimination spécifique du viol conjugal serait contraire à la finalité du contrat de mariage selon la tradition islamique.

272. La limitation de la recevabilité du viol conjugal dans le droit algérien relève également de l'existence d'une présomption de consentement à l'acte sexuel au sein du couple marié. Le viol commis par l'époux à l'encontre de son épouse n'est pas reconnu en tant qu'infraction autonome ni comme une circonstance aggravante. Par conséquent, son applicabilité est limitée à certaines circonstances définies soit par la jurisprudence islamique soit par la doctrine.

273. **Un regard prospectif.** — Toutefois, une mutation de la conception algérienne du viol conjugal n'est pas à écarter l'incrimination spécifique du viol conjugal de façon définitive. Si l'on peut s'appuyer sur certains éléments relevant du droit prospectif, on peut supposer que la déduction analogique avec la reconnaissance tardive et limitée de la pénalisation des violences conjugales va dans ce sens. De plus, l'analyse de la politique criminelle suivie par le législateur algérien, qui s'efforce de s'adapter aux droits universels consacrés par le droit international des droits de l'homme, peuvent éclairer le chercheur sur la position de la politique criminelle algérienne dans les années à venir. Et, plus particulièrement, en ce qui concerne la protection pénale des personnes au sein de la famille.

274. Le droit algérien a connu une évolution lente en la matière de lutte contre les discriminations faites aux femmes au sein du couple. Pendant des décennies, le code algérien de la famille a reconnu une infériorité de la femme au sein du couple en sa qualité d'épouse soumise à un devoir d'obéissance envers son époux. Cependant, ce

statut inférieur de l'épouse n'a pas empêché la reconnaissance d'une protection pénale relative du conjoint par le recours aux règles de droit commun. Mais, cette protection pénale de la femme demeurait inefficace dans la pratique. Le recours systématique à l'application des infractions de droit commun constituait le seul moyen de la protection pénale des couples pour les comportements criminels commis dans le foyer conjugal. Certes les textes du code pénal étaient facilement applicables de manière générale pour les violences conjugales et aucune exception ne leur a été prévue, mais dans la pratique, le phénomène des violences conjugales représentait un intérêt très faible de la part du corps judiciaire en général et des services de la police en particulier. Cette tendance s'explique par un « conservatisme sociétal » dominant la société algérienne. Ainsi, le législateur pénal devait s'abstenir de s'immiscer dans le milieu familial en général et du couple en particulier.

275. Le phénomène de « La mondialisation du droit » a réussi à faire évoluer le droit pénal algérien grâce aux mécanismes internationaux des droits de l'homme, invitant au respect accru des libertés individuelles fondamentales. Face à l'ampleur statistique et sociale du phénomène des violences conjugales, et à cause de l'insuffisance du système pénal algérien de la protection de la personne au sein du couple, le législateur algérien a finalement reconnu le caractère spécifique des violences et infractions commises au sein du couple marié. Et ce par la récente loi du 30 décembre 2015 relative aux violences faites aux femmes et aux violences conjugales. La portée de cette dernière loi est très intéressante, notamment dans la mesure où elle reconnaît spécifiquement les violences physiques commises à l'encontre de l'épouse. Face au vide juridique qui constituait un obstacle à la reconnaissance législative et judiciaire des infractions intrafamiliales, le législateur algérien a finalement introduit les délits de violences volontaires à l'encontre

du conjoint, le délit des violences habituelles et le délit des violences financières ou psychologiques à l'encontre de l'épouse. Ce dernier délit suppose que seule l'épouse serait victime dans cette infraction. La réforme pénale des violences conjugales dans le droit algérien a également pour finalité l'unification de la pratique judiciaire des affaires relatives aux atteintes à la personne au sein du couple.

276. La protection pénale des membres du couple dans le droit algérien s'appuie sur la promotion internationale et nationale des droits des femmes. Cette dernière n'est plus considérée comme un membre inférieur au sein du couple marié, mais comme une personne à part entière au même titre que l'époux. Pendant assez longtemps, le droit algérien a adopté un système de protection des membres de la famille très limité en raison des considérations traditionnelles relatives à la famille. Ces dernières reposent notamment sur la solidarité entre les membres et la préservation de la paix familiale.

277. Depuis l'apparition du code de la famille de 2005 qualifié de laïc, la protection pénale des membres de la famille en général et du couple en particulier est marquée par une évolution remarquable, notamment en ce qui concerne la consécration de l'égalité entre les hommes et les femmes par le code pénal. L'incrimination des violences conjugales de façon spécifique et autonome par la loi du 30 décembre 2015 en est l'exemple. Cette mutation du droit algérien est le résultat d'une politique d'adaptation au droit international relatif aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Le législateur algérien s'efforce aujourd'hui de consacrer une protection pénale égalitaire des membres de la famille, sans oublier qu'il approuve, en même temps, une adaptation parallèle avec la Constitution.

278. L'évolution du droit algérien peut être considérée comme récente et donc en continuité. Si la dernière loi relative aux violences contre les femmes a ignoré certaines violences sexuelles notamment le viol conjugal, c'est que le temps d'adopter une protection pénale complète des membres du couple n'est peut-être pas arrivé. Le législateur algérien s'inspire souvent de son homologue français dans la protection pénale des membres du couple. Ce dernier adopte un système plus renforcé dans la mesure où il prend en compte le lien du couple avec une indifférence quant à sa nature. En effet, le code pénal français ne traite pas exclusivement le mariage mais il concerne également le concubinage et le pacs, contrairement au droit algérien qui reconnaît une seule forme de couple marié. L'effondrement du mariage dans le droit français constitue la caractéristique principale de la protection pénale du couple. Par ailleurs, le droit français s'efforce d'adopter une politique d'élargissement de la protection pénale au sein du couple. L'évolution incessante d'un droit pénal français autonome et protecteur des membres des couples est le résultat de la régression forte du monopole du mariage.⁵³¹ Ceci est également dû à la fin de l'exclusivité statutaire du mariage face au concubinage et au pacte civile de solidarité.⁵³²

⁵³¹ V. Olivia MAURY, *op. cit.*, p. 25.

⁵³² Cette tendance concerne également la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de la personne et les éventuelles incriminations qui lui sont liées dans le milieu familial. Le droit communautaire joue un rôle très important dans cette entreprise par le biais de la jurisprudence constante de la Cour Européenne des droits de l'homme CEDH concernant la non-discrimination à l'égard des personnes homosexuelles. Il s'agit de l'application jurisprudentielle de l'interdiction de la discrimination aux termes de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques, l'originale nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. ». V. CEDH, MC Et AC. C. Roumanie, le 12 avril 2016 ; Stasi. C. France, le 20 novembre 2011.

Titre 2 : Une considération institutionnelle de la famille

279. **Des divergences fondamentales.** — Le droit français se penche vers la création d'un ordre public familial. Il s'éloigne donc de la nature privée de la relation domestique.⁵³³ En revanche, le législateur algérien tend à faire perdurer les valeurs traditionnelles afin de préserver la tranquillité familiale. Ce postulat est valide tant substantiellement en ce que certaines infractions sont réputées comme nécessairement intrafamiliales, (**Chapitre 1**) qu'au sein du droit procédural qui leur sont applicable. (**Chapitre 2**)

⁵³³ Selon un auteur, « la paix des familles est éclipsée par la protection pénale renforcée des membres du groupe familial. V. Cass., crim. 2 juin 2015, n° 14-85.130, FS P+B+I : Juris-Data n° 2015-013014, obs. FRANÇOIS ROUSSEAU.

Chapitre 1. Le droit pénal de la sauvegarde de la paix familiale

280. **Le lien familial en tant fil conducteur du droit pénal de la famille.** — Le législateur algérien maintient un lien étroit et sérieux entre les obligations familiales notamment naturelles d'une part et le droit pénal dans une logique d'hierarchie familiale d'autre part. **(Section 1)** Par ailleurs, le lien familial a un impact spécifique dans le code pénal, aussi bien sur l'incrimination que sur la sanction. **(Section 2)** L'ensemble de ces mesures visent notamment la préservation d'une vie familiale normale.

Section 1. Les obligations familiales au service de la paix familiale

281. **La défense de l'institution familiale.** — Certaines infractions pénales relatives aux obligations familiales, à l'image du délit d'abandon de famille ont connu une mutation radicale dans le droit français⁵³⁴. Par exemple ce dernier s'attache désormais à une valeur relative au respect de l'autorité judiciaire⁵³⁵. Quant à lui, le législateur algérien se sert de certaines obligations familiales pour défendre la survie de la famille,

⁵³⁴ Ces mutations sociétales ont poussé le législateur à considérer le droit pénal traditionnel comme un système dépassé, et donc, qu'il ne soit plus adapté à l'évolution juridique et sociale de la famille. En réalité, l'aspect existentiel du lien familial devient une priorité juridique visant à assurer la survie des familles après les ruptures. Il en est par exemple ainsi du rôle joué par des infractions pénales actuelles comme l'abandon pécuniaire de famille ou de la non-représentation d'enfant.

⁵³⁵ Le droit français adopte uniquement une infraction d'abandon moral de famille visant la protection des obligations familiales pendant la vie familiale. En effet, l'article 227-17 du code pénal dispose que « 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 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. » L'infraction prévue par le présent article est assimilée à un abandon de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du code civil. Il se pose la question relative à la valeur protégée par ladite infraction, qui peut être d'ordre public ou d'ordre individuel privé. En réalité, la notion de l'Etat providence a imposé l'immixtion accrue du droit pénal dans la sphère familiale. Il s'avère donc que le délit d'abandon de famille dans le droit français implique deux valeurs qui s'entrecroisent naturellement, qui sont la protection de façon corrélative de l'individu et du groupe familial. De surcroît, la protection pénale de la famille dans la dimension de la parenté demeure forte. Cela explique la continuité dudit délit dans le code pénal français.

aussi bien au cours⁵³⁶ de la vie du lien familial, (§1) qu'après la rupture du lien conjugal.

(§2)

§1. La protection de la continuation de la famille

282. **Une considération de la famille traditionnelle, nucléaire et élargie.** — Le code pénal protège seulement les obligations nées d'une relation de famille légitime. La jurisprudence entend par cela l'existence d'un couple marié et des enfants. Le seul couple sans enfants n'y est donc pas pris en considération. Comme en témoignent la protection pénale de l'obligation alimentaire (A) et la sanction du défaut de scolarité. (B)

A. La protection pénale de la solidarité alimentaire familiale

283. **Une valeur participative.** — Théoriquement, l'abandon de famille peut comprendre plusieurs infractions annexes. Il peut s'agir de l'abandon au sens strict ou moral de famille, de l'abandon d'incapables, de la privation d'aliments, etc. L'ensemble de ces images implique concrètement la violation de l'obligation d'entraide pécuniaire entre les membres de la famille définie préalablement par le code civil⁵³⁷. (a) A ce stade tous les membres de la famille en sont concernés. (b)

⁵³⁶ Olivia MAURY, *op. cit.*, p141. S'agissant du droit français, ce dernier maintient une prise en considération relative des obligations familiales dans le code pénal. Certes, une conception pénaliste des obligations familiales existe dans ce système, mais elle s'affiche de façon réduite dans la vie du lien familial. Même si elle perdure différemment après la rupture du lien conjugal, car le droit pénal protège davantage l'ordre public que les intérêts familiaux de nature privée. A ce stade, cette orientation repose notamment sur la multiplication des divorces et la multiforme des statuts de familles.

⁵³⁷ Pour cela, il existe par exemple un droit de correction parental dans le droit algérien. Par ailleurs, ce privilège paternel n'est qu'une composante d'une obligation qui implique le devoir de subvenir aux

a. Une sanction spécifique de la violation des obligations parentales

284. **Une responsabilisation parentale.** — Le délit d'abandon de famille a été inscrit par l'ancien article 330 du code pénal.⁵³⁸ Par le biais de la loi du 30 décembre 2015, il a connu une aggravation de la sanction encourue⁵³⁹ et une légère amélioration de sa définition légale. À présent, le législateur sanctionne les deux parents nommément, et ce sur un pied d'égalité malgré l'existence d'une puissance paternelle.⁵⁴⁰ Matériellement, le délit d'abandon de famille est caractérisé dès lors que l'un des membres du couple quitte la résidence familiale ou, en cas de soustraction à certaines obligations familiales sans motif légitime pendant deux mois. Il s'agit par conséquent d'un abandon tripartite, physique, moral et financier de la famille. Ainsi, le lien familial de parenté se place au centre de la sanction d'abandon de famille,⁵⁴¹ puisque la présence

besoins de l'enfant et, d'assurer sa santé et notamment son éducation. Il traduit par conséquent l'orientation du droit pénal familial dans ce système, qui demeure traditionaliste ; dans la mesure où l'autorité familiale, et notamment parentale, continue de fonder la famille. C'est pourquoi le législateur pénal algérien n'a pas apporté de modifications concernant les règles pénalistes relatives aux obligations familiales. Le maintien du délit généraliste d'abandon de famille. C'est pourquoi la doctrine évoque des prérogatives familiales s'agissant de la violation de certaines obligations parentales. V. Pierre MURAT, *op-cit.*, [en ligne, consulté le 01 avril 2021]. <https://www-dalloz-fr.docelec.u-bordeaux.fr/documentation/Document?id=DZ/ACTION/FAMILLE/2019/NIVO/L06>.

⁵³⁸ Art. 330., C. pén. al. : « Sont punis d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de vingt-cinq mille dinars à cent mille dinars : le père ou la mère de famille qui abandonne, sans motif grave pendant plus de deux mois, la résidence familiale et se soustrait à toutes ses obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel résultant de la puissance paternelle ou de la tutelle légale : le délai de deux mois ne pourra être interrompu que par un retour au foyer impliquant la volonté de reprendre définitivement la vie familiale... ».

⁵³⁹ « Sont punis d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 50. 000 dinars à 200. 000 dinars : l'un des parents qui abandonne, sans motif grave pendant plus de deux mois la résidence familiale et se soustrait à toutes ses obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel résultant de la puissance paternelle ou de la tutelle légale ; le délai de deux mois ne pourra être interrompu que par un retour au foyer impliquant la volonté de reprendre définitivement la vie familiale... ».

⁵⁴⁰ B. ABDELBAKI, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁴¹ Art. 75., C. fam. : « - Le père est tenu de subvenir à l'entretien de son enfant à moins que celui-ci ne dispose de ressources. Pour les enfants mâles, l'entretien est dû jusqu'à leur majorité, pour les filles jusqu'à la consommation du mariage. Le père demeure soumis à cette obligation si l'enfant est physiquement ou mentalement handicapé ou s'il est scolarisé. Cette obligation cesse dès que l'enfant devient en mesure de subvenir à ses besoins. »

Art. 76., C. fam. : « - En cas d'incapacité du père, l'entretien des enfants incombe à la mère lorsque celle-ci est en mesure d'y pourvoir. »

d'enfants constitue une condition préalable à sa commission. Toutefois, ce délit ne s'applique qu'aux liens de mariage et de filiation légitimes. Le législateur algérien exclut donc l'enfant recueilli *makfoul* de cette protection. Car il considère que le fondement juridique de la *kafala* repose sur l'altruisme et non pas sur l'obligation parentale⁵⁴².

285. Par ailleurs, le traitement judiciaire de l'abandon de famille demeure fragile dans la pratique. Il a été constaté un manque considérable de dénonciations pénales nécessaires pour responsabiliser les parents défailants, ce qui représente la pierre angulaire dans cette incrimination. Ainsi, il aurait été préférable pour le législateur algérien de consolider le système juridique de signalement de la maltraitance envers les enfants et à renforcer le dispositif de déchéance de puissance paternelle. Pour ce faire, la création, de prime abord, d'une obligation de signalement et de dénonciation d'infraction commises contre les mineurs demeure indispensable. Un tel dispositif n'existe que par le biais du délit de non-dénonciation de crime inscrit à l'article 181 du code pénal, et qui ne semble pas s'étendre aux faits de maltraitance infantine en raison de sa qualification criminelle dépassant les atteintes aux mineurs qualifiés de délits. Il en est également ainsi de la création d'un cadre pénal mieux défini quant à la protection de l'enfance. Actuellement, le seul dispositif pénal applicable en la matière concerne certains cas d'exploitation économique⁵⁴³, de mendicité ou de négligence grave mettant

⁵⁴² Abdelbaki BOUZIANI, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁴³ V. Art. 139., C. pén. Al. : « Est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à trois (3) ans et d'une amende de 50.000 DA à 100.000 DA, quiconque exploite économiquement un enfant. La peine est portée au double lorsque l'auteur de l'infraction est un ascendant de l'enfant ou le responsable de sa sauvegarde. » ;

Et. Art. 140., C. pén. Al. : « Est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à trois (3) ans et d'une amende de 150.000 DA à 300.000 DA, quiconque porte ou tente de porter atteinte, par tous moyens, à la vie privée de l'enfant, en publiant ou en diffusant des textes et/ou photographies, pouvant nuire à ce dernier. » ;

la vie d'enfants en danger.⁵⁴⁴ Par ailleurs, la gestion des signalements relatifs aux faits de maltraitance envers les enfants s'inscrit principalement dans un droit social et civiliste qui reste à distance de toute intervention pénaliste. Seule une procédure amiable susceptible d'être engagée à l'encontre des parents défaillants est possible pour l'enfance en danger.⁵⁴⁵ Pour remédier à ce manque de moyens textuels, la loi du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfance a créé un délégué national habilité à recevoir les signalements et dénonciations, soit par un tiers soit par le mineur lui-même. En cas d'entrave à la mission dudit délégué ce manquement est passible de sanctions pénales⁵⁴⁶. Cela peut pourrît améliorer la sanction des manquements aux droits de l'enfance à l'instar des nouveaux dispositifs relatifs à la protection des aînés.

a. La sanction généralisée du manquement aux obligations alimentaires envers tous les membres de la famille

286. **Une obligation intergénérationnelle.** — Au contraire du lien familial issu de l'alliance qui repose sur une protection pénale relative,⁵⁴⁷ la parenté continue d'être sacralisée dans le droit algérien ⁵⁴⁸. Cela concerne aussi bien la relation entre parents

Et Art. 141... » « Sans préjudice des peines plus graves, est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à trois (3) ans et d'une amende de 150.000 DA ‡ 300.000 DA, quiconque exploite un enfant à travers tout moyen de communication sous toute forme et ‡ des fins contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public. »

⁵⁴⁴ Mahmoud KHELIFI, « Le signalement des enfants en danger, une responsabilité collective. » [En ligne] sur : <https://sudhorizons.dz/fr/les-news/l-edito/51387-signalement-d-enfants-en-danger-un-responsabilite-collective>, publié le 16 avril 2016, [consulté le 01 octobre 2018].

⁵⁴⁵ Algérie Presse Service, « Plus de 1.000 signalements d'enfants en danger traités en 2018 et au 1er trimestre 2019 », [en ligne], sur <http://www.aps.dz/algerie/90166-plus-de-1-000-signalements-d-enfants-en-danger-traites-en-2018-et-au-1er-trimestre-2019>., publié le 01 Juin 2019, [consulté le 10 mars 2020].

⁵⁴⁶ Warda BOUZID, « le droit de la protection de l'enfance, étude comparée entre le droit algérien et le droit international », thèse de doctorant en droit, Université de OUM EL BOUAKI, 2019, p.,129.

⁵⁴⁷ V. Titre premier de cette thèse, *supra* n° 41 et s.

⁵⁴⁸ Le postulat est le même s'agissant du droit français. V. Catherine ESCOFFIER-GIALDINI, *op. cit.*, p. 337.

enfants, qu'entre descendants et ascendants. Pour cela, la sanction du défaut d'entraide et solidarité relationnelles familiales se traduit par de nombreuses infractions, comme l'abandon volontaire de mineur⁵⁴⁹, ainsi que de privation d'aliments.⁵⁵⁰ En réalité, seule la première infraction est spécifique aux mineurs, puisque la seconde est générale, tous ceux qui sont considérés par le législateur comme incapables peuvent en être victimes. Mais la loi du 29 décembre 2010 relative à la protection des personnes âgées a précisé que l'infraction du délaissement des incapables est surtout applicable aux ascendants se trouvant dans une situation de vulnérabilité selon une interprétation large de la loi. En effet, par cette occasion, le législateur algérien a aspiré à consacrer pénalement une obligation d'aide familiale de nature morale. D'ailleurs, cette dernière n'est pas étrangère au droit civil ni au droit musulman elle englobe notamment une obligation alimentaire.⁵⁵¹ L'article 6 de ladite loi précise que « Les personnes en charge des personnes âgées doivent, lorsqu'elles disposent de moyens suffisants pour le faire,

⁵⁴⁹ Art. 314., C. pén. Al. : « - Quiconque expose ou fait exposer, délaisse ou fait délaisser, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger lui-même à raison de son état physique ou mental, est, pour ce seul fait, puni de l'emprisonnement d'un (1) à trois (3) ans. S'il est résulté de l'exposition ou du délaissement une maladie ou incapacité totale de plus de vingt (20) jours, la peine est l'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans. Si l'enfant ou l'incapable est demeuré mutilé ou estropié, ou s'il est resté atteint d'une infirmité permanente, la peine est la réclusion de cinq (5) à dix (10) ans. Si l'exposition ou le délaissement a occasionné la mort, la peine est la réclusion de dix (10) à vingt (20) ans. » ;

Art. 315., C. pén. Al. : « - Si les coupables sont les ascendants ou toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou l'incapable, ou en ayant la garde, la peine est : - L'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans dans les cas prévus au premier alinéa de l'article 314 ; - La réclusion de cinq (5) à dix (10) ans dans le cas prévu au deuxième alinéa dudit article ; - La réclusion de dix (10) à vingt (20) ans dans le cas prévu au troisième alinéa dudit article ; - La réclusion perpétuelle dans le cas prévu au quatrième alinéa dudit article.

⁵⁵⁰ « Législateur algérien le place dans les violences volontaires Art. 269. (Modifié) - Quiconque, volontairement, fait des blessures ou porte des coups à un mineur de seize ans ou le prive volontairement d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé, ou commet volontairement à son encontre toute autre violence ou voie de fait, à l'exclusion des violences légères, est puni d'un emprisonnement d'un (1) à cinq (5) ans et d'une amende de cinq cents (500) à cinq mille (5.000) DA. (1) et pas dans la partie relative au droit pénal de la famille.

⁵⁵¹ Art. 77. « - L'entretien des ascendants incombe aux descendants et vice-versa, selon les possibilités, les besoins et le degré de parenté dans l'ordre successoral. »

Art. 78. « - L'entretien consiste en la nourriture, l'habillement, les soins médicaux, le logement ou son loyer et tout ce qui est réputé nécessaire au regard de l'usage et de la coutume. »

assurer la prise en charge et la protection de leurs ascendants, notamment lorsqu'ils se trouvent dans un état de vulnérabilité en raison de leur ,âge ou de leur état physique et/ou mental avec respect, dévouement et considération ». L'Etat se charge à défaut d'apporter de l'aide aux personnes ne pouvant assurer une obligation alimentaire à leurs ascendants pour manque de moyens⁵⁵² Par conséquent, le manquement aux obligations d'aide et d'alimentation envers les ascendants est constitutif d'une infraction pénale autonome,⁵⁵³ car la loi du 29 décembre 2010 renvoie aux textes des articles 314 et 316 du code pénal punissant le fait du délaissement volontaire des personnes se trouvant dans une situation de vulnérabilité.⁵⁵⁴

287. Si le code pénal algérien adopte ainsi une considération particulière quant à la parenté, il n'épargne pas les autres droits non-matériels des membres de la famille, comme la moralité ou la scolarité des descendants.

⁵⁵² Art 7 en cas d'absence de moyen : aide de l'Etat.

⁵⁵³ Art. 33. « Quiconque délaisse ou expose une personne âgée au danger est puni, selon les cas, des mêmes peines prévues par le code pénal, notamment ses articles 314 et 316.

Art. 34. « Sans préjudice des dispositions prévues par le code pénal, est punie d'un emprisonnement de six (6) à dix-huit (18) mois et d'une amende de 20.000 à 200.000 DA toute personne qui contrevient aux dispositions des articles 6 et 30 (alinéa 1er) de la présente loi

Art. 30. « Il est fait obligation aux personnes qui ont la charge des personnes ,âgées disposant d'un revenu suffisant de participer aux frais de leur prise en charge au sein des établissements et structures prévus à l'article 25 ci-dessus.

⁵⁵⁴ Art. 314. « - Quiconque expose ou fait exposer, délaisse ou fait délaisser, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger lui-même à raison de son état physique ou mental, est, pour ce seul fait, puni de l'emprisonnement d'un (1) à trois (3) ans. S'il est résulté de l'exposition ou du délaissement une maladie ou incapacité totale de plus de vingt (20) jours, la peine est l'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans. Si l'enfant ou l'incapable est demeuré mutilé ou estropié, ou s'il est resté atteint d'une infirmité permanente, la peine est la réclusion de cinq (5) à dix (10) ans. Si l'exposition ou le délaissement a occasionné la mort, la peine est la réclusion de dix (10) à vingt (20) ans. »

Art. 316. « - Quiconque expose ou fait exposer, délaisse ou fait délaisser en un lieu non solitaire un enfant ou un incapable hors d'état de se protéger lui-même à raison de son état physique ou mental, est, pour ce seul fait, puni de l'emprisonnement de trois (3) mois à un (1) an. S'il est résulté de l'exposition ou du délaissement une maladie ou incapacité totale de plus de vingt jours, la peine est l'emprisonnement de six (6) mois à deux (2) ans. Si l'enfant ou l'incapable est demeuré mutilé ou estropié ou s'il est resté atteint d'une infirmité permanente, la peine est l'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans. Si la mort s'en est suivie, la peine est la réclusion de cinq (5) à dix (10) ans. ».

B. La sanction relative au manquement à l'obligation d'éducation

288. **Des obligations fondées sur le lien familial.** — Si selon un auteur⁵⁵⁵, le droit pénal français se retrouve désormais à distance des obligations familiales ; de la même manière qu'il joue un rôle limité notamment concernant l'éducation, il en est autrement pour le droit algérien dont l'existence d'une protection pénale des obligations parentales envers les enfants est confirmée. En effet, les valeurs protégées par la protection pénale de certaines obligations familiales, comme la scolarité, l'éducation et la santé des descendants repose surtout sur l'existence des devoirs parentaux. Il n'est donc sans fondement le rattachement du dispositif pénal applicable aux obligations parentales à des valeurs dites extérieures au cadre familial y compris dans le droit français. C'est pourquoi on ne peut imaginer une sanction unique qui reposerait sur le simple défaut de scolarité. Par exemple ; sans que ne se soit obligatoire l'existence préalable d'un lien familial filial impliquant une obligation parentale, ce dernier constitue un élément constitutif et substantiel de l'infraction inscrite à l'article 227-17-1 du code pénal français et relative au défaut de scolarité.⁵⁵⁶ D'autant que ce dernier l'enregistre dans les atteintes au mineur et à la famille. Il en est également ainsi de la contravention

⁵⁵⁵ Maury, Olivia, *op. cit.*, p. 125 et s.

⁵⁵⁶ « 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'Etat compétente en matière d'éducation, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. »

relative à l'absentéisme scolaire⁵⁵⁷, qui exige l'existence d'une soumission parentale à l'obligation scolaire⁵⁵⁸. Cela veut dire que les parents qui ne sont pas soumis à cette obligation ne sont pas concernés par cette infraction contraventionnelle.

289. S'agissant du droit algérien, le législateur a explicitement instauré une obligation de scolarité incombant aux parents. L'article 12 de la loi d'orientation sur l'éducation nationale consacre un principe d'obligation de l'enseignement pour tous⁵⁵⁹ et, adopte par là même l'incrimination du manquement à l'inscription scolaire des enfants. Le texte dudit article prévoit une sanction d'amende pour les parents qui violent l'obligation de scolarité de leur enfant entre l'âge de 6 jusqu'à 16 ans révolus. Ainsi, en cas de manquements à cette obligation, deux infractions pénales sont applicables,⁵⁶⁰ où il s'agit

⁵⁵⁷ Une création du Décret n° 2004-162 du 19 février 2004 portant modification du décret n° 66-104 du 18 février 1966 relatif au contrôle de la fréquentation et de l'assiduité scolaires 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. Art. 7 : « ... S'il constate la poursuite de l'absentéisme de l'enfant, en dépit de l'avertissement prévu au premier alinéa et des mesures éventuellement prises en vertu du deuxième alinéa, l'inspecteur d'académie, directeur des services départementaux de l'éducation nationale, saisit le procureur de la République des faits susceptibles d'être constitutifs de l'infraction prévue à l'article R. 624-7 du code pénal. Il informe de cette saisine les personnes responsables de l'enfant.

⁵⁵⁸ « Art. R. 624-7. - Le fait, pour l'un ou l'autre parent d'un enfant soumis à l'obligation scolaire ou pour 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 5-2 du décret n° 66-104 du 18 février 1966 relatif au contrôle de la fréquentation et de l'assiduité scolaires, de ne pas imposer à l'enfant l'obligation d'assiduité scolaire sans faire connaître de motif légitime ou d'excuse valable ou en donnant des motifs d'absence inexacts est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe. « Le fait de faciliter, par aide ou assistance, la commission de la contravention prévue au présent article est puni des mêmes peines. « Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, de l'infraction définie au présent article. « La peine encourue par les personnes morales est l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-41 ».

⁵⁵⁹ Art. 12 de la loi du 23 janvier 2008. « L'enseignement est obligatoire pour toutes les filles et tous les garçons âgés de 6 ans à 16 ans révolus. Toutefois, la durée de la scolarité obligatoire peut être prolongée de deux (2) années, en tant que de besoin, en faveur d'élèves handicapés. L'Etat veille, en collaboration avec les parents, à l'application de ces dispositions. Les manquements des parents ou des tuteurs légaux les exposent à une amende allant de cinq mille (5.000) à cinquante mille (50.000) dinars algériens. Les modalités d'application de cet article sont précisées par voie réglementaire. »

⁵⁶⁰ Selon certains auteurs, la protection pénale de l'obligation relative à l'éducation et à la scolarité des enfants est fragile, voire inexistante. Selon un auteur, si le code pénal ne contient aucune infraction pénale protégeant la scolarité des enfants, une prise en considération pénale de cette obligation est parfaitement absente⁵⁶⁰. D'ailleurs, les infractions applicables en la matière existent dans certains

du défaut de scolarité, où c'est l'absentéisme scolaire qui est retenu en tant qu'infraction autonome.

290. **Le défaut de scolarité.** — Les éléments constitutifs de cette infraction sont contenus principalement par le code pénal. Ils sont divisés entre des éléments de forme et des éléments de fond. Les premiers encadrent notamment les délais imposés par le législateur pour l'enregistrement scolaire et la procédure à suivre. En ce qui concerne les seconds, ils définissent le défaut de scolarité par l'omission volontaire de l'inscription de l'enfant dans un établissement scolaire dès l'âge de 6 ans. Par ailleurs, le décret exécutif du 4 janvier 2010 fixe de façon complémentaire les dispositions relatives à l'obligation de l'enseignement fondamental⁵⁶¹. En effet, l'article 2 de cette loi dispose que les parents ou les tuteurs ayant à leur charge des enfants en âge d'être scolarisés sont tenus de les inscrire à l'école fondamentale de leur secteur géographique. Les modalités de l'exécution de cette obligation de scolarité par les parents sont également définies par l'article 5 de la même loi ; en précisant que toute personne physique ou morale ayant l'autorité parentale ou le tutorat légal sur un enfant mineur d'âge scolaire doit procéder à son inscription dans l'établissement scolaire le plus proche, et ce dans un délai de six mois avant la rentrée scolaire. En cas de changement d'adresse familiale, la personne responsable est tenue d'en informer l'établissement scolaire le plus proche du domicile familial.

règlements ou décrets. Toutefois, l'intérêt desdites infractions n'est pas à ignorer. De surcroît, leur application trouve échos au sein des tribunaux. La protection pénale de l'enfant est par nature complémentaire. Le caractère contraignant du droit répressif suppose l'existence de textes spéciaux complétant les infractions de droit commun comme le délit d'abandon moral, ou l'incrimination du manquement aux obligations éducatives des parents.

⁵⁶¹ ALGERIE, Ministère de l'éducation nationale, décret exécutif du 4 janvier 2010, n° 10-02.

291. **L'absentéisme scolaire.** — Les parents d'un enfant sujet d'absentéisme scolaire encourrent la même sanction pénale du défaut de scolarité. En effet, aux termes de l'article 10 de la loi du 23 janvier 2008 pour l'orientation de l'éducation nationale, en cas de non-justification de l'absence ou d'absences répétées, les directeurs des écoles fondamentales adressent aux personnes responsables une mise en demeure et leur rappellent leurs obligations légales et les poursuites auxquelles elles s'exposent. Pour cela, en cas d'absences répétées et non justifiées de l'élève, durant un trimestre et en dépit de la mise en demeure citée à l'article 10 ci-dessus, le directeur de l'éducation de la *wilaya* –Préfecture- saisit le ministère public des manquements susceptibles d'être constitutifs de l'infraction prévue à l'article 12 de la loi du 23 janvier 2008 susvisée⁵⁶². Les parents encourrent donc une amende pénale. Ainsi, les parents demeurent responsables pénalement de l'éducation des enfants. Ces derniers, il n'est pas contestable constituent l'axe principal de la protection pénale des obligations familiales, la rupture du lien conjugal ne fait que prolonger cette obligation parentale.

§2. La subsidiarité de la protection pénale des obligations familiales après la rupture

292. **L'absence d'une relation directe avec le lien familial.** — La rupture du lien familial peut être génératrice de conflits familiaux parfois de nature pénale, car elle peut constituer un terrain criminogène. Par conséquent, la survenue de solutions législatives sanctionnatrices demeure indispensable. C'est pourquoi le législateur pénal a instauré des règles pénales encadrant les relations familiales après le divorce. Des réponses judiciaires peuvent donc intervenir en cas de manquements aux obligations familiales

⁵⁶² Art. 11 de la loi du 23 janvier 2008., n° 08-04 du 15 Muharram 1429 correspondant au 23 janvier 2008.

nées de la rupture du lien conjugal, notamment les décisions de justices relatives à l'exécution des obligations familiales et, plus particulièrement celles relatives à l'obligation alimentaire envers le conjoint, les descendants et les ascendants. Partant, aux termes de l'article 331 du code pénal,⁵⁶³ l'abandon pécuniaire de famille est érigé en infraction autonome. D'une autre façon, le délit de non-représentation d'enfant constitue par ailleurs une protection pénale de la préservation du lien familial entre les parents et leurs enfants⁵⁶⁴. Le point commun entre les infractions susvisées est l'existence préalable des décisions de justice mettant en applications certaines obligations familiales. La question se pose donc concernant la véritable valeur protégée par le code pénal algérien en la matière.

293. **Infraction annexe.** — Comme ce qui a été expliqué plus haut, le délit d'abandon de famille dans le droit français est désormais orienté vers un esprit de respect judiciaire⁵⁶⁵. Or dans le droit algérien, l'existence d'une décision émanant du juge aux affaires familiales n'est qu'un élément constitutif pas plus qu'une condition préalable

⁵⁶³ Art. 331., C. pén. Al. : « Est punie d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 50.000 DA à 300.000 DA, toute personne qui, au mépris d'une décision de justice rendue contre elle ou en méconnaissance d'une ordonnance ou d'un jugement l'ayant condamnée à verser une pension alimentaire à son conjoint, à ses ascendants, à ses descendants, est volontairement demeurée plus de deux mois sans fournir la totalité des subsides déterminés par le juge ni de s'acquitter du montant intégral de la pension. Le défaut de paiement est présumé volontaire, sauf preuve contraire. »

⁵⁶⁴ Art. 328. « - Quand il a été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice exécutoire par provision ou définitive, le père, la mère ou toute personne qui ne représente pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer, ou qui, même sans fraude ou violence, l'enlève, le détourne ou le fait enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde a été confiée, ou des lieux où ces derniers l'ont placé, est puni d'un emprisonnement d'un (1) mois à un (1) an et d'une amende de cinq cents (500) à cinq mille (5.000) DA. Si le coupable avait été déclaré déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement peut être élevé jusqu'à trois (3) ans. » ;

Art. 329. — « Hors le cas où le fait constitue un acte punissable de complicité, quiconque, sciemment, cache ou soustrait aux recherches un mineur qui a été enlevé ou détourné, ou qui le dérobe à l'autorité à laquelle il est légalement soumis, est puni d'un emprisonnement d'un (1) à cinq (5) ans et d'une amende de cinq cents (500) à deux mille cinq cents (2.500) DA ou de l'une de ces deux peines seulement. » ;

Art. 329 bis., « - L'action publique pour l'application de l'article 328 ne peut être exercée que sur plainte de la victime. Le pardon de la victime met fin aux poursuites pénales. ».

⁵⁶⁵ Olivia MAURY, *op. cit.*, p. 153.

de l'infraction d'abandon pécuniaire de famille ainsi que du délit de non-représentation d'enfant. Leurs finalités principales ne s'inscrivent donc pas dans la sanction pénaliste d'un manquement à une décision de justice. D'ailleurs, le défaut de notification de la nouvelle adresse ou de la résidence par le débiteur n'est pas incriminé, ce qui est contraire au droit pénal français. Par conséquent, la finalité poursuivie par le législateur algérien est la survie pécuniaire de la famille ainsi que la préservation du lien naturel familial, notamment après la rupture conjugale et surtout pour la protection des enfants du couple. De surcroît, le maintien de la condition civiliste d'aide et d'entretien de la famille n'est pas à négliger d'un point de vue pénal. Car cette obligation est fortement prise en considération dans ladite incrimination. Il en est par exemple ainsi de la pénalisation du fait de chercher, de provoquer une insolvabilité, ou de cacher sa solvabilité par le débiteur afin de s'échapper aux sanctions de l'article 331 du code pénal⁵⁶⁶. Ainsi il conviendrait de démontrer que cette infraction ne vise pas principalement le détournement des décisions de justice, même si cette dernière valeur en fait naturellement partie.

294. En effet, pour l'établissement du délit d'abandon pécuniaire de famille, il doit exister une décision de justice validant la créance de l'obligation alimentaire. Cette dernière est indispensable pour la preuve de l'existence d'une obligation familiale. Le juge doit donc vérifier l'exactitude des arguments avancés par la partie demanderesse, avant de valider, selon les conditions civilistes, l'existence ou non d'une obligation familiale. L'inexécution pendant une période de deux (2) mois de cette décision entraîne

⁵⁶⁶ Art. 331 alinéa 2., C. pén. ; : « L'insolvabilité qui résulte de l'inconduite habituelle, de la paresse ou de l'ivrognerie, n'est en aucun cas un motif d'excuse valable pour le débiteur. Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 37, 40 et 329 du code de procédure pénale, est également compétent pour connaître des délits visés au présent article, le tribunal du domicile ou de la résidence de la personne qui doit recevoir la pension alimentaire ou bénéficier des subsides. »

l'application de l'article 331 du code pénal relatif à l'abandon pécuniaire de famille. Par ailleurs, le pardon de la victime, après paiement des sommes exigibles, met fin aux poursuites pénales⁵⁶⁷. Cela est justifié par la priorité réservée à la paix familiale dans ledit délit.

295. Pareillement, en ce qui concerne la non-représentation d'enfant, l'article 327 du code pénal algérien⁵⁶⁸ n'exige pas de décision judiciaire pour l'exécution de l'obligation de présenter l'enfant à celui qui a le droit de le réclamer. Il faut donc se référer aux textes du code civil afin de définir le droit de garde de l'enfant en dehors du contexte du conflit conjugal. Toutefois, cet article ne s'applique pas aux parents, mais à celui qui est chargé temporairement de la garde de l'enfant, comme une institutrice, une nourrice ou une école interne. Le droit de garde des parents est protégé à l'encontre des tiers pouvant porter atteinte aux relations familiales internes. Concernant le texte de l'article 328 relatif à la non-représentation de l'enfant commise par les conjoints après la rupture. L'existence d'une décision de justice demeure également une condition participative à l'existence de l'infraction, et non pas une condition fondatrice de l'infraction. En effet, le juge civil bénéficie en la matière d'un « rôle prépondérant » selon les termes d'un auteur⁵⁶⁹ dans l'établissement de ladite infraction. Car il démontre le caractère obligataire ou non de la représentation d'enfant. Si l'un des conjoints puisse justifier l'existence d'une décision de justice statuant sur le droit de garde en sa faveur, et l'inexécution de cette décision par l'autre conjoint, le délit de non-représentation d'enfant est établi.

⁵⁶⁷ Art. 332. « - Toute personne condamnée pour l'un des délits prévus aux articles 330 et 331 peut, en outre, être frappée, pour un (1) an au moins et cinq (5) ans au plus, de l'interdiction des droits mentionnés à l'article 14 du présent code. ».

⁵⁶⁸ Art. 327. « Quiconque, étant chargé de la garde d'un enfant, ne le représente point aux personnes qui ont droit de le réclamer est puni de l'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans. »

⁵⁶⁹ Olivia MAURY, *op. cit.*, p172.

296. Le législateur algérien ne sert pas uniquement du droit civil définissant les différentes obligations familiales pour protéger le cadre de la famille. Il sanctionne aussi différemment les infractions commises essentiellement dans un cadre familial, que ce soit de façon active ou passive.

Section 2. Le lien familial au service de la paix des familles

297. **Un droit traditionnel.** — L'autonomie des infractions familiales dans le code pénal algérien traduit la place centrale réservée au lien familial dans la société⁵⁷⁰. En réalité, ce n'est pas une volonté de renforcer la protection pénale des membres de la famille que de s'appuyer sur la prise en compte particulière de leur qualité en tant que conjoint, ascendant ou descendant, comme c'est le cas du droit français. Mais, cela constitue le fruit d'une considération porteuse d'un symbolisme législatif fort, qui vise surtout à se servir du lien familial pour protéger l'institution familiale d'un éventuel danger de disparition. Le lien familial dans le code pénal algérien constitue donc soit un élément aggravant de la qualification pénale, (§1) soit un élément atténuant de la sanction pénale dans certains cas, (§2) toujours est-il que cela concerne la finalité d'éterniser l'existence de l'institution familiale.

⁵⁷⁰ Une valeur sacralisée dans une société où l'appartenance tribale continue à être considérée, sans oublier que la société algérienne est régie partiellement par la culture islamique dans le droit de la famille et de l'état des personnes.

§1. Le lien familial un élément aggravant de la qualification pénale

298. **Un moyen de protection.** — Dans un système assez traditionnaliste, la nomination des atteintes touchant l'institution familiale de façon expresse bénéficie d'une place importante chez le législateur. Il est donc moins une protection pénale renforcée de l'individu membre du foyer, qu'une sanction spécifique des violations de la paix familiale, qui doit régner dans la famille première cellule de la société. **(A)**

A. La reconnaissance textuelle des infractions familiales

299. **Une volonté de persuasion législative.** — Selon la doctrine, les qualifications spécifiques des infractions intrafamiliales les plus capitales concernent des infractions comme l'infanticide, le parricide, le féminicide ou l'inceste, etc. Ces qualifications sont qualifiées de traditionnelles car elles visaient de prime abord la protection de l'institution familiale. Cela concerne notamment des systèmes juridiques archaïques comme l'ancien droit français, ou le droit romain. A son tour, le code pénal algérien est assez lucide en la matière, il prévoit une sanction pénale plus sévère pour les infractions commises entre membres de même famille d'une part, **(a)** et réserve des qualifications autonomes de certaines infractions intrafamiliales dans la partie relative aux crimes et délits contre la famille et les bonnes mœurs d'autre part. **(b)**

a. Considération indirecte des personnes dans le cercle familial

300. Le législateur algérien assure en effet une prise en compte particulière du lien familial, notamment lorsqu'il s'agit des relations familiales verticales. Il en est plus spécialement ainsi des violences volontaires qui peuvent être commises contre les mineurs de manière générale avec une considération spécifique du lien filial, et celles commises exclusivement sur les ascendants.

301. **La généralisation des atteintes sur les mineurs**⁵⁷¹. — En effet, il n'existe pas d'infraction particulière pour les atteintes à l'intégrité physique ou à la vie de l'enfant membre de la famille dans le code pénal algérien. Toutefois, la descendance est prise en considération en tant que circonstance aggravante pour l'infraction relative aux violences volontaires commise sur un mineur de 16 ans aux termes de l'article 269 du code pénal⁵⁷². Au même titre que les infractions de nature physique commises contre

⁵⁷¹ Art. 270. « Lorsqu'il est résulté des coups, blessures, violences, voies de fait ou privations visés à l'article précédent, une maladie, une immobilisation ou une incapacité totale de travail de plus de quinze jours, ou s'il y a eu préméditation ou guet-apens, la peine est de trois (3) à dix (10) ans d'emprisonnement et de cinq cents (500) à six mille (6.000) DA d'amende. Le coupable peut, en outre, être frappé pour un (1) an au moins et cinq (5) ans au plus de l'interdiction des droits mentionnés à l'article 14 du présent code et de l'interdiction de séjour. (2) Art. 271. - Lorsqu'il est résulté des coups, blessures, violences, voies de fait ou privations visées à l'article 269, une mutilation, amputation, privation de l'usage d'un membre, cécité, perte d'un œil ou autres infirmités permanentes, la peine est la réclusion à temps, de dix (10) à vingt (20) ans. Si la mort en est résultée sans intention de la donner, la peine est le maximum de la réclusion à temps de dix à vingt ans. Si la mort en est résultée sans intention de la donner, mais par l'effet de pratiques habituelles, la peine est celle de la réclusion perpétuelle. Si les coups, blessures, violences, voies de fait ou privations ont été pratiquées avec l'intention de provoquer la mort, l'auteur est puni comme coupable d'assassinat ou de tentative de ce crime.

⁵⁷²« Quiconque, volontairement, fait des blessures ou porte des coups à un mineur de seize ans ou le prive volontairement d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé, ou commet volontairement à son encontre toute autre violence ou voie de fait, à l'exclusion des violences légères, est puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de cinq cents 500 à cinq mille 5.000 DA. » ; Art. 272. - Lorsque les coupables sont les père ou mère légitimes, autres ascendants légitimes, ou toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou ayant sa garde, ils sont punis : 1- dans le cas prévu à l'article 269, des peines portées à l'article 270 ; 2- dans le cas prévu à l'article 270, de la réclusion à temps, de cinq (5) à dix (10) ans ; 3- dans les cas prévus aux alinéas 1 et 2 de l'article 271, de la réclusion perpétuelle ; 4- dans les cas prévus aux alinéas 3 et 4 de l'article 271, de la peine de mort. »

les ascendants, les violences physiques commises à l'encontre des descendants sont regroupées dans les qualifications de coups et blessures commises contre les proches membres du cercle familial.

302. Ainsi, les coups et blessures commises contre un descendant sont donc définis par l'article 272 du code pénal. Ce dernier prévoit des sanctions pénales plus sévères lorsque les coupables sont les père ou mère légitimes, autres ascendants légitimes, ou toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou ayant sa garde. Par ailleurs, les coups et blessures commis sur les ascendants sont définis par l'article 267 du code pénal.⁵⁷³

303. **Une infraction à caractère familial.** — De plus, l'administration de substances nuisibles à la santé est d'application spécifique pour les membres de la famille. En effet, le législateur sanctionne la confiance supposément naturelle qui existe au sein des familles, et qui peut faciliter l'accomplissement de l'acte incriminé. Ainsi, l'article 276 du code pénal précise que lorsque le fait d'administration de substances nuisibles à la santé a été commis par un ascendant, descendant, conjoint ou successible de la victime ou une personne ayant autorité sur elle, ou en ayant la garde, les peines sont

⁵⁷³ Art. 267. (Modifié) « - Quiconque, volontairement, fait des blessures ou porte des coups à ses père ou mère légitimes, ou autres ascendants légitimes, est puni ainsi qu'il suit : 1- de l'emprisonnement à temps de cinq (5) à dix (10) ans, si les blessures ou les coups n'ont occasionné aucune maladie ou incapacité totale de travail de l'espèce mentionnée à l'article 264 ; 2- du maximum de l'emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans, s'il y a eu incapacité totale de travail pendant plus de quinze (15) jours ; 3- de la réclusion à temps de dix (10) à vingt (20) ans, si les blessures ou les coups ont été suivis de mutilation, amputation ou privation de l'usage d'un membre, cécité, perte d'un œil ou autres infirmités permanentes ; 4- de la réclusion perpétuelle, si les coups portés ou les blessures faites volontairement, mais sans intention de donner la mort, l'ont pourtant occasionnée. Lorsqu'il y a eu préméditation ou guet-apens, la peine est : - le maximum de l'emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans, dans le cas prévu au paragraphe 1^o ci-dessus ; - la réclusion à temps de dix (10) à vingt (20) ans, s'il est résulté des blessures faites ou coups portés, une incapacité totale de travail pendant plus de quinze (15) jours ; - la réclusion perpétuelle, dans les cas prévus au paragraphe 3^o du présent article

aggravées⁵⁷⁴. Ainsi il ne faut pas épargner l'aspect somme toute prédictif de la prise en compte du lien familial par le droit répressif.

b. La moralisation du lien familial filial

304. **La moralisation pénale du lien familial.** — Cela concerne notamment les relations verticales, qui s'inscrivent dans une volonté législative d'attachement de certains comportements attentatoires à la personne au caractère grondeur de la sanction. Plus concrètement, ce postulat concerne les atteintes à l'une des valeurs les plus sacrées du droit criminel qu'est la vie humaine, et ce d'autant plus s'agissant de la vie des membres de la même famille. C'est pourquoi le code pénal algérien continue de contenir des incriminations familiales autonomes. En effet, si la qualification de « féminicide⁵⁷⁵ » n'existe pas dans le code pénal algérien ; puisque le lien conjugal constitue uniquement une circonstance aggravante pour les coups et blessures

⁵⁷⁴ Art. 275 « Est puni d'un emprisonnement de deux (2) mois à trois (3) ans et d'une amende de cinq cents (500) à deux mille (2.000) DA quiconque cause à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel en lui administrant, de quelque manière que ce soit, sciemment, mais sans intention de donner la mort, des substances nuisibles à la santé. Lorsqu'il en est résulté une maladie ou incapacité de travail d'une durée supérieure à quinze (15) jours, la peine est celle de l'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans. Le coupable peut, en outre, être frappé pour un (1) an au moins et cinq (5) ans au plus de l'interdiction d'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 14 et de l'interdiction de séjour. Lorsque les substances administrées ont causé soit une maladie incurable, soit la perte de l'usage d'un organe, soit une infirmité permanente, la peine est la réclusion à temps, de cinq (5) à dix (10) ans. Lorsqu'elles ont causé la mort sans l'intention de la donner, la peine est la réclusion à temps, de dix (10) à vingt (20) ans. » ;

Art. 276. « - Lorsque les délits et crimes spécifiés à l'article précédent ont été commis par un ascendant, descendant, conjoint ou successible de la victime ou une personne ayant autorité sur elle, ou en ayant la garde, la peine est : 1- dans le cas prévu à l'alinéa 1 de l'article 275, l'emprisonnement de deux (2) à cinq (5) ans ; 2- dans le cas prévu à l'alinéa 2 de l'article 275, la réclusion à temps, de cinq (5) à dix (10) ans ; 3- dans le cas prévu à l'alinéa 4 de l'article 275, la réclusion à temps, de dix (10) à vingt (20) ans ; 4- dans le cas prévu à l'alinéa 5 de l'article 275, la réclusion perpétuelle. ».

⁵⁷⁵ Les juristes de droit musulman ne réservent pas de place particulière à l'épouse victime d'infraction pénale, notamment s'agissant du crime de meurtre, cet oubli a eu peut-être un impact sur le droit pénal algérien qui a tardé à consacrer une protection pénale renforcée contre les violences conjugales.

volontaires ayant causé la mort sans l'intention de la donner, il en est autrement pour les qualifications d'infanticide⁵⁷⁶ ou du parricide⁵⁷⁷. Ces dernières infractions représentent des crimes dans ledit code pénal. Ils constituent une atteinte à des péchés capitaux de la moralité musulmane,⁵⁷⁸ et ce malgré les divergences jurisprudentielles qui ne réservent pas de façon majoritaire un traitement plus sévère pour ces infractions. Il est donc peu probable que le législateur algérien abandonne la nomination spécifique de ces infractions purement familiales. Cette réalité législative s'applique également à l'inceste.

305. **L'autonomie de l'incrimination de l'inceste⁵⁷⁹.** — Au contraire du droit français, le législateur algérien a érigé l'inceste en tant qu'infraction autonome.⁵⁸⁰ En

⁵⁷⁶ L'article 259 définit l'infanticide en précisant que : « L'infanticide est le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né. » ; Les sanctions de l'infanticide sont définies par l'article 261 « Tout coupable d'assassinat, de parricide ou d'empoisonnement, est puni de mort. Toutefois, la mère, auteur principale ou complice de l'assassinat ou du meurtre de son enfant nouveau-né est punie de la réclusion à temps, de dix à vingt ans, mais sans que cette disposition puisse s'appliquer à ces co-auteurs ou complices. ». Par ailleurs, le crime de parricide n'est jamais excusable. » ; Art. 282. « - Le parricide n'est jamais excusable. »

⁵⁷⁷ Défini à l'article 258 comme suit « Est qualifié parricide le meurtre des pères ou mères légitimes, ou de tout autre ascendant légitime ».

⁵⁷⁸ En réalité, la particularité de la prise en compte aggravante du lien familial pour les infractions intrafamiliales dans le droit islamique repose sur une confirmation divergente. En effet, les juristes sont divisés en ce qui concerne l'aggravation ou non des infractions comme le parricide, l'infanticide ou le féminicide. La majorité des juristes ne réservent pas de traitement particulier de ces infractions. Selon les différentes sources jurisprudentielles, les infractions intrafamiliales sont soumises aux règles du droit commun, excepté en le crime d'infanticide. En effet, la sanction prévue à cette infraction n'est pas la peine de mort *qisas* en application de la Loi de Talion, mais la sanction de la compensation financière dite du « prix du sang » *diyya* destinée au trésor public à l'absence d'un autre représentant légal de la victime, ainsi que l'exclusion de l'héritage pour le père auteur de l'homicide envers son descendant. V. Abdelkader AUDA, *op. cit.*, p. 545.

⁵⁷⁹ Malgré l'apparence conservatrice de la société algérienne, le phénomène des violences sexuelles incestueuses n'est pas à négliger. Selon les statistiques de la gendarmerie nationale entre les périodes de 2000 et 2006, 113 victimes d'inceste ont été recensées, 80% des cas d'inceste ont été commis par les pères sur leurs filles. L'inscription de l'inceste dans le code pénal algérien date de l'Ordonnance du 17 juin 1975 portant modification du code pénal.

⁵⁸⁰ Sont considérées comme incestes, les relations sexuelles entre : « 1- parents en ligne descendante ou ascendante ; 2- frères et sœurs germains, consanguins ou utérins ; 3- une personne et l'enfant de l'un de ses frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins ou avec un descendant de celui-ci ; 4- la mère ou le père et l'époux ou l'épouse, le veuf ou la veuve de son enfant ou d'un autre de ses descendants ; 5- parâtre ou marâtre et le descendant de l'autre conjoint ; 6- des personnes dont l'une est l'épouse ou l'époux d'un frère ou d'une sœur. La peine est de dix (10) ans à vingt (20) ans de réclusion dans les 1ers

effet, selon sa définition dans le code pénal, l'inceste nécessite naturellement l'existence d'un lien familial entre deux personnes ou d'un empêchement légal du mariage aux termes du code civil et, en dépit d'une connaissance de cause, ils consomment une relation sexuelle dite incestueuse. Par ailleurs, cette infraction suppose l'existence d'un consentement à l'acte sexuel, car elle ne constitue pas une atteinte sexuelle imposée. Dans ce sens, la Cour d'appel de Tiaret par un arrêt du 2 septembre 2008 a jugé qu'une personne n'est pas coupable d'inceste lorsqu'elle est mineure de moins de 16 ans, dès lors qu'elle subit une relation sexuelle incestueuse sans son consentement. Elle réitère la validation de l'objectif de l'article 337.bis, du code pénal définissant l'inceste en tant qu'acte sexuel consenti, et requalifie les faits en viol sur un mineur de 16 ans. Force est donc de constater que la définition de l'inceste dans le code pénal algérien est différente de celle prévue par le code pénal français pour les infractions sexuelles incestueuses⁵⁸¹. Si dans ce dernier, l'inceste représente une qualification spécifique applicable aux infractions sexuelles intrafamiliales, le droit algérien sanctionne la substance même de la relation sexuelle incestueuse. C'est donc une valeur traditionnelle qui est visée dans ce système ; en l'occurrence la préservation du lien familial contre une interdiction civiliste considérée comme attentatoire à l'institution familiale et à son existence⁵⁸².

et 2èmes cas, de cinq (5) ans à dix (10) ans d'emprisonnement dans les 3ème, 4ème et 5ème cas et de deux (2) ans à cinq (5) ans d'emprisonnement dans le 6ème cas. Les relations sexuelles entre le titulaire du droit de recueil légal (kâfil) et l'enfant recueilli (makfoul) sont passibles de la peine prévue pour l'inceste commis entre parents en ligne descendante ou ascendante. La condamnation prononcée contre le père, la mère ou le titulaire du droit de recueil légal (kâfil) comporte la déchéance de la tutelle et /ou du recueil légal. ».

⁵⁸¹ Art. 222-31-1., C. pén. : « Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis 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 la victime une autorité de droit ou de fait. »

⁵⁸² L'interdiction civiliste du mariage incestueux dans le droit algérien est dérivée d'une norme coranique. Coran n°4-23 : « Vous sont interdites vos mères, filles, sœurs, tantes paternelles et tantes maternelles filles d'un frère et filles d'une sœur, mères qui vous ont allaités, sœurs de lait, mères de vos

Aux termes de cette jurisprudence, l'inceste est une relation sexuelle consentie, consommée malgré l'existence d'un empêchement légal au mariage entre les auteurs, que ce soit par alliance ou par filiation. L'inceste est par conséquent applicable pour les personnes majeures de plus de 18 ans, et pour les relations sexuelles incestueuses entre les mineurs en application des règles du droit pénal des mineurs, c'est-à-dire, en différenciation des sanctions selon que l'auteur est mineur de 18 ans ou mineur de 16 ans.

306. Peut-on ainsi confirmer que l'inceste est une protection pénale du mariage dans le droit algérien ? A vrai dire, le législateur algérien s'inspire ici vertement du droit musulman afin de sanctionner une atteinte considérée comme telle par les juristes musulmans. Les prohibitions matrimoniales fixées par le Coran⁵⁸³ ne visent en vérité qu'une protection juridique de la filiation et des descendance *Nasl*.⁵⁸⁴ Le lien familial joue donc un rôle multiforme dans le droit pénal. S'il constitue essentiellement un élément aggravant des incriminations de droit commun, il est dans certains cas comme de l'inceste un élément constitutif même de l'infraction, il peut par ailleurs être un élément atténuant l'infraction pénale.

femmes, belles-filles sous votre tutelle et issues des femmes avec qui vous avez consommé le mariage ; ... ».

⁵⁸³ « Vous sont interdites [...] les épouses de vos fils ». Coran., (4, 23).

⁵⁸⁴ORTIER, Corinne. *Chapitre 9. Filiation versus inceste en islam. Parenté de lait, procréations médicalement assistées, adoption et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique* In : *L'argument de la filiation : Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes* [en ligne]. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2011 (consulté le 21 septembre 2022). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/editionsmsh/8267>>. ISBN : 9782735118601. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.editionsmsh.8267>. « Le sang n'est donc pas conçu en islam comme le véhicule substantiel de la filiation mais comme la métaphore des relations de parenté, de même que c'est le cas en Occident lorsqu'on parle de « parents par le sang ». Le sang, qui peut par ailleurs faire l'objet de transfusion en islam comme en Occident, n'est pas considéré à la manière du sperme comme transmettant un principe de filiation. Il apparaît que l'étude des représentations de la filiation en islam demande d'opérer une conversion de regard vers une autre substance que le sang, le sperme ».

§2. Le lien familial, un élément atténuant de la sanction

307. **Des exceptions fondamentales plus que de simples exigences techniques.** —

Ce dernier rôle est joué par le lien familial en vue de maintenir la paix familiale. Il en est plus particulièrement ainsi de l'excuse légale prévue pour l'infidélité conjugale.⁵⁸⁵ En effet, l'article 279 du code pénal prévoit une excuse légale pour le meurtre, les blessures et les coups, qui sont excusables, s'ils sont commis par l'un des époux sur son conjoint ainsi que sur le complice à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère. La prise en considération particulière du lien familial est intéressante dans ce cas, car elle explique l'orientation du droit pénal familial dans le système algérien. Puisqu'en la matière, la fidélité conjugale est jugée plus importante que l'intérêt public à la sanction au nom de l'exercice de l'action publique au profit de la société. La sanction du trouble social qui peut être atteint par la victime d'un adultère qui se venge de l'infidélité conjugale se retrouve par conséquent allégée⁵⁸⁶. Cela traduit la frilosité du législateur pénal algérien, qui refuse d'intervenir au sein des familles dans certains cas.

308. En outre, le lien familial peut être pris en considération, aucunement pour la préservation de la paix familiale, mais plutôt pour la protection d'une valeur

⁵⁸⁵ « Est punie d'un emprisonnement d'un (1) à deux (2) ans toute femme mariée convaincue d'adultère. Quiconque consomme l'adultère avec une femme la sachant mariée est puni de la même peine. Est puni d'un emprisonnement d'un (1) à deux (2) ans, tout homme marié convaincu d'adultère ; la femme coauteur est punie de la même peine, sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent. La poursuite n'est exercée que sur plainte du conjoint offensé. Le pardon de ce dernier met fin aux poursuites. »

⁵⁸⁶ Art. 283. « - Lorsque le fait d'excuse est prouvé, la peine est réduite : 1- à un emprisonnement d'un (1) à cinq (5) ans, s'il s'agit d'un crime puni de mort ou de la réclusion perpétuelle ; 2- à un emprisonnement de six (6) mois à deux (2) ans s'il s'agit de tout autre crime ; 3- à un emprisonnement d'un (1) mois à trois (3) mois s'il s'agit d'un délit. Dans les cas prévus sous les numéros 1 et 2 du présent article, le coupable peut, en outre, être interdit de séjour pendant cinq (5) ans au moins et dix (10) ans au plus. »

individuelle, en l'occurrence la santé de la mère auteure d'infanticide. Le lien de parenté joue alors un rôle atténuant de la sanction pénale encourue. Aux termes de l'article 261 du code pénal « Tout coupable d'assassinat, de parricide ou d'empoisonnement est puni de mort. Toutefois, la mère, auteur principale ou complice de l'assassinat ou du meurtre de son enfant nouveau-né est punie de la réclusion à temps, de dix à vingt ans, mais sans que cette disposition puisse s'appliquer à ces co-auteurs ou complices. ». Dans ce cas d'espèce substantiel, les poursuites pénales sont perturbées par l'existence de l'élément familialiste au sein de l'infraction, ce n'est au demeurant pas le seul cas puisque le droit pénal notamment de la procédure en connaît plusieurs.

Chapitre 2. Le maintien d'un ordre familial privé applicable aux poursuites des infractions intrafamiliales

309. Certaines règles pénales sont d'ordre exceptionnel, elles ne s'appliquent que pour un certain nombre d'incriminations afin de préserver des valeurs qui leur sont propres. De ce fait, les immunités familiales constituent un empêchement aux poursuites pénales pour la sauvegarde de la tranquillité familiale dans le droit algérien. Le droit français a procédé à une refonte de ce système au vu de la mutation du droit pénal familial. **(Section 1)** Par ailleurs, le rôle de la plainte dans le droit algérien continue de jouer une mission essentielle quant à la protection de l'institution familiale. **(Section 2)**

Section 1. L'existence partagée des immunités familiales dans les droits français et algérien

310. Le législateur pénal est confronté à une nécessité de tenir compte de la cohésion et de la solidarité familiales dans sa politique criminelle. Cette confirmation est à nuancer s'agissant du droit français relatif aux immunités familiales. (§1) Mais un point en commun existe entre les droits français et algérien quant aux immunités familiales relatives aux atteintes à l'autorité publique notamment. (§2)

§1. Le fondement sous-jacent des immunités familiales dans le droit français

311. **Une considération contradictoire.** — Malgré une considération forte du lien familial par le biais des immunités accordées aux infractions intrafamiliales, cette vision participe en tout état de cause à l'individualisation de la protection pénale de la famille. Par conséquent, toute considération de droit pénal semble être orientée vers la protection de l'individu membre de la famille dans le droit français, et ce de façon primordiale par rapport à l'institution familiale. L'absence de l'intérêt familial dans le fondement de l'immunité familiale est imposée par l'esprit général de l'individualisme pénal. L'écart de la notion de la copropriété dans le fondement des immunités familiales pour les atteintes aux biens familiaux en est l'exemple. Ce fondement actuel est détaché de l'institution familiale. Les limites relatives aux personnes concernées par les immunités familiales s'inscrivent dans la même lignée d'idées. (A) Notamment, l'immunité doit

être spécialement écartée lorsque les intérêts de certains membres familiaux constituent l'enjeu principal de la protection juridique. (B)

A. Le régime restreint des immunités familiales

312. **Une définition classique.** – Les limites imposées aux immunités familiales représentent la preuve de l'individualisme de la protection pénale de la famille⁵⁸⁷. L'auteur de l'infraction couverte par les immunités bénéficie sous certaines conditions d'une exception d'appliquer la sanction pénale encourue à l'acte commis. La responsabilité civile n'est néanmoins pas écartée, le dédommagement de la victime demeure possible en cas de plainte de partie civile concernant les atteintes aux biens. Seule donc la responsabilité pénale est irrecevable, l'action civile assure ainsi une certaine protection juridique du membre de la famille, ce qui prouve sans doute le caractère imposé des immunités familiales au niveau du droit pénal. Par conséquent la protection pénale des intérêts individuels constitue le fondement réel de l'immunité familiale dès lors que dans ces hypothèses exceptionnelles l'application du code pénal reste écartée.

313. Quant aux atteintes aux personnes, elles ne sont pas concernées par les immunités familiales au regard des valeurs atteintes par telles infractions. La protection pénale de l'intégrité physique et morale de la personne relève de l'individualisme du droit pénal, par conséquent toute atteinte aux libertés individuelles est contraire à l'ordre

⁵⁸⁷ Pierre MOUSSERON, *Les immunités familiales*, RSC, 1998., p. 291.

public. Le principe évoque que le ministère public défend les intérêts de la société, accessoirement les infractions au sein de la famille sont également concernées.⁵⁸⁸

314. **La nouvelle politique criminelle.** — L'atteinte à la personne au sein de la famille est plus grave que celle des biens ou de l'autorité publique, ce qui l'épargne naturellement des immunités familiales. Le cadre familial demeure restreint, seulement certaines hypothèses suppriment les poursuites pénales, car l'intérêt de l'individu soit strictement lié et connecté à l'intérêt familial. Ce dernier quant à lui ne peut pas être séparé du membre de la famille. Il est donc force de constater que le législateur est face à un dilemme de protection pénale d'un double intérêt, celui en rapport avec les intérêts financiers s'agissant des atteintes aux biens, ainsi que l'intérêt familial reposant sur les liens émotionnels et effectifs qui peuvent être lésés par la sanction pénale. Il paraît initialement que l'intérêt de l'institution familiale est primordial. Or le nouvel individualisme du code pénal néanmoins fidèle aux mœurs se focalise sur les libertés individuelles en épargnant la protection pénale stricte du groupe familial. La limitation des personnes bénéficiant des immunités familiales constitue la seconde face de la prise en compte restreinte du lien familial.

B. La personnalisation restreinte des immunités familiales

315. **Une exception du droit français.** — En ce qui concerne les personnes bénéficiant des immunités familiales, la liste est limitée en fonction de la nature des infractions associées. C'est-à-dire que les personnes couvertes par l'immunité familiale ne sont pas les mêmes pour les infractions relatives à l'autorité publique ou pour les

⁵⁸⁸Pierre MOUSSERON, *op. cit.*

infractions contre les biens. En revanche, la limitation est plus stricte pour cette dernière catégorie.⁵⁸⁹

316. **Des exigences avant tout civilistes.** — En effet, le code pénal français exclut plusieurs membres de la famille au sens large des immunités familiales, notamment dans son article 311-12 relatif au vol qui précise que « ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par une personne : 1° Au préjudice de son ascendant ou de son descendant, 2° Au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à résider séparément. » L'analyse de cet article prévoit que le couple en concubinage n'est pas couvert par l'immunité familiale par rapport aux infractions contre les biens, la définition légitime de la famille constitue donc le principe. L'exclusion du concubinage relève notamment de l'indépendance matrimoniale au sein du couple, ce qui est assez différent en ce qui concerne le couple marié ou bien le couple lié par le pacs. Car ces derniers systèmes relèvent de la règle juridique, contrairement au concubinage qui constitue principalement un fait. L'article 386 du code pénal algérien adopte le même esprit des immunités familiales relatives aux biens et applicable au cercle restreint de la famille nucléaire.

317. **Une continuité de protection individuelle.** — Dans ce même ordre d'idées, la séparation de corps ou de résidence entre les membres de couple fait obstacle à l'application des immunités familiales. Les atteintes aux biens font préjudice de l'un des membres du couple dans cette hypothèse. Ainsi le code pénal prévoit une extension de la protection juridique au sein du couple en cas de conflits, ce qui participe à cette

⁵⁸⁹ V. Yannick ZEMRAK, La répression des violences conjugales : contribution du juge pénal à la victoire de Lilith sur Ève, *Droit de la famille*, Juillet 2008, n° 7-8, 18.

exclusion du bénéfice de l'immunité familiale en cas d'infractions contre les biens familiaux. Néanmoins, la loi du 11 mai 1998 relative au CESEDA a étendu aux concubins le bénéfice de l'immunité en cas de délit d'aide au séjour irrégulier.⁵⁹⁰ C'est le cas également pour la majorité des infractions contre l'autorité publique. En ce qui concerne les frères et sœurs, ceux-ci ne sont pas concernés par les immunités familiales dans le cadre des atteintes aux biens, contrairement donc aux infractions relatives à l'autorité publique dans lesquelles ils bénéficient légitimement de l'immunité familiale. Par ailleurs, les ascendants et descendants constituent naturellement les personnes les plus concernées par les immunités familiales, malgré l'absence d'une définition juridique de famille. Ce d'autant plus car il n'y a pas de différence entre la famille naturelle et la famille adoptive en ce qui concerne les immunités familiales. Tant l'enfant adoptif que l'enfant naturel sont couverts par cette immunité notamment pour les infractions contre les biens. Contrairement donc au droit algérien dans lequel la légitimité de la famille constitue une condition principale pour bénéficier des immunités familiales. L'enfant naturel est exclu de l'immunité. En revanche, l'enfant accueilli par le système d'accueil légal (*kafala*) peut bénéficier des immunités familiales soit pour les atteintes à l'autorité publique ou pour les atteintes aux biens.

318. Les immunités familiales sont également d'application limitée dans certaines situations définies par le code pénal. Notamment grâce à la loi du 28 décembre 2015⁵⁹¹ qui a modifié l'article 311-12 du code pénal. Le nouveau texte dudit article précise désormais que « Le présent article n'est pas applicable :a) Lorsque le vol porte sur des objets ou des 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

⁵⁹⁰ Pierre MOUSSERON, *op. cit.*

⁵⁹¹ Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement : JO n°301 du 29 déc. 2015, p. 24268.

moyens de paiement, b) 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.»

319. **Une politique d'utilité législative.** — La loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs a déjà modifié l'article 311-12 du code pénal afin d'assurer une protection pénale plus efficace de la vie conjugale. Et ce en mettant fin aux immunités familiales relatives aux atteintes contre les biens, lorsque notamment 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 paiement⁵⁹². La protection renforcée du membre du couple représente ainsi une exception quant à la valeur suprême dont bénéficie le principe de la paix familiale. Cela concerne spécifiquement le droit français, en revanche cette valeur perdue fortement dans le droit algérien.

§2. La primauté de la règle morale sur le droit, un rapprochement des droits français et algérien

320. Le fondement substantiel des immunités familiales est divisé entre la prise en considération de l'obligation relative à la solidarité familiale **(A)**, ainsi que celle relative à la préservation de la cohésion familiale. **(B)** Les droits français et algérien se rejoignent s'agissant des immunités relatives à l'autorité publique.

⁵⁹² Agnès Cerf-Hollender, Limitation de l'immunité familiale et ouverture de l'action civile aux associations, *EDFP*, 15 février 2016 - n° 02, p. 7. LEFP févr. 2016, n° EDPF-516031-51602, p. 7.

A. Le caractère obligatoire de la solidarité familiale

321. **Une prise en compte inévitable.** — Lorsque le principe de la solidarité familiale est invoqué en rapport avec les immunités familiales, les infractions concernées en la matière sont plus concrètement celles relatives à l'autorité publique. Cette obligation de solidarité familiale prime sur l'intérêt général de la sanction. Cela est confirmé en dépit de l'absence de base légale de toute obligation de solidarité familiale en ce qui concerne les infractions contre l'autorité publique couvertes par l'immunité. Comme c'est le cas pour la non-dénonciation de crime, du recel de criminel, de l'abstention de témoigner en faveur d'un innocent, de l'aide au séjour d'un étranger en situation irrégulière, etc.

322. **Un rôle essentiel dans le maintien de la cohésion familiale.** — Cette idée constitue le fondement juridique sur lequel s'appuient les immunités familiales. De prime abord, il n'est pas sans intérêt de préciser que ce principe d'écart de la sanction pénale est ancien⁵⁹³. Les articles 64, 62,63 de l'ancien code pénal français validaient déjà la primauté de la solidarité familiale en ce qui concerne certaines infractions relatives à l'autorité publique comme la non-dénonciation de crime ou le recel de malfaiteurs. Par ailleurs, le nouveau code pénal s'est aligné sur la jurisprudence relative aux immunités familiales applicables aux infractions contre les biens. Le code pénal contient désormais une liste complète d'infractions concernées par l'immunité familiale. Ce cadre juridique se divise ainsi entre les atteintes à l'autorité publique et les atteintes aux biens⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Pierre MOUSSERON, op. cit.

⁵⁹⁴ La liste des infractions relatives à l'autorité publique qui sont concernées par les immunités familiales se réfère aux atteintes portées à l'ordre public et à la justice également. C'est le cas notamment des atteintes à l'action de justice dans le code pénal français, ce qui caractérise le délit de non-dénonciation de crime. L'article 434-1 du code pénal précise donc que « Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont

323. Le fondement principal des immunités familiales concerne le refus de l'intervention pénale au sein de la sphère familiale, lorsque des atteintes aux biens ont été commises par un membre de la famille au détriment d'un autre membre du groupe familial. Le cadre familial pourrait constituer le juge intérieur pour les atteintes aux biens entre les membres de la famille, le législateur a donc cédé le règlement de conflits familiaux aux protagonistes concernés. Le cadre alternatif à l'intervention pénale est privilégié pour l'intérêt de l'institution familiale, et ce de façon indirecte au bénéfice de

susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Sont exceptés des dispositions qui précèdent, sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs : 1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime, 2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui. ». D'autres infractions proches sont également couvertes de l'immunité familiale. Elles concernent les dispositions des articles 434-6 du code pénal sur le recel de malfaiteurs, l'article 434-1 sur le délit d'omission de témoigner en faveur d'un innocent, ou le délit de recel d'insoumis selon l'article L128 du code du service national. Ensuite, en 1998 : le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger. Les atteintes à l'autorité publique qui sont commises par les membres de la famille ne sont pas punissables en bénéficiant de l'immunité familiale prévue par le code pénal. Cela constitue une prise en compte du lien familial dans l'intervention pénale au sein de la sphère familiale. Les obligations de la solidarité familiale constituent la raison pour laquelle, le législateur refuse d'intervenir dans le milieu familial dans ces hypothèses. Plus particulièrement dans le but de sauvegarde de ces liens familiaux, par le respect des obligations familiales engendrant une certaine solidarité entre les membres de la famille, toute punition de cette norme morale qui est la solidarité serait donc contradictoire et, donc contraire à la philosophie de la règle juridique. Le fondement des immunités familiales relatives aux atteintes aux biens, prend une autre forme de justifications juridiques et pratiques. Contrairement aux atteintes à la personne, les atteintes aux biens sont couvertes par les immunités familiales. Le fondement juridique des immunités familiales en la matière des atteintes contre les biens au sein de la famille notamment, a été inscrit dans l'article 380 de l'ancien code pénal, le texte concernait les soustractions commises au sein de la famille. Le vol constituait donc une exceptionnalité unique par rapport aux immunités familiales, seul donc le vol était couvert par cette immunité familiale. Cependant, la jurisprudence avait étendu cette immunité à d'autres infractions relatives aux biens, c'est le cas de l'escroquerie, de l'abus de confiance, le recel, et enfin le chantage. Législateur a donc intégré cette jurisprudence dans le nouveau code pénal, en y insérant une liste entière des infractions contre les biens, couvertes par l'immunité familiale. Le fondement juridique des immunités familiales en matière d'infractions contre les biens est souvent lié à la problématique de preuve relative également à la copropriété. Cette notion doctrinale implique l'existence d'une propriété collective appartenant à la famille, ce qui empêche de retenir la qualification du vol en milieu familial strict. Par ailleurs, ce fondement juridique de l'immunité familiale en matière d'infractions contre les biens n'est plus acceptable dans la doctrine. Selon une analyse contemporaine de la doctrine, le droit civil en ce qui concerne notamment l'administration des biens au sein de la famille participe à l'écart de l'idée de copropriété comme fondement principal des immunités familiales en matière d'atteintes aux biens. Cela peut donc concerner les époux, mais également tous les membres de la famille élargie ce qui implique les frères et sœurs, ou bien les ascendants et les descendants.

l'auteur ainsi qu'à la victime de l'infraction couverte par une immunité. Seulement la responsabilité civile est possible ce qui pourrait concerner la médiation entre les membres de la famille par rapport plus concrètement au dédommagement civil. Ce cadre alternatif aux poursuites pénales est idéal pour préserver et sauvegarder le lien familial ainsi que la cohésion au sein de la famille. Par ailleurs, l'immunité familiale est limitée à certaines hypothèses encadrées par le droit pénal, cette restriction interroge la doctrine sur la place effective de l'intérêt du lien familial dans sa prise en compte par le code pénal.

324. **Un fondement de considérations familiales.** — C'est le cas notamment du lien émotionnel entre les membres de la famille. L'immunité familiale qui couvre les infractions relatives à l'autorité publique est donc plus large aux infractions contre les biens. Pour cela, le concubin en est également concerné lorsqu'il commet une des infractions relatives à l'autorité publique. Contrairement aux atteintes contre les biens, dans lesquelles le concubin n'est pas exonéré de la responsabilité pénale. La prise en considération de l'obligation morale de la solidarité familiale fait obstacle à la sanction pénale. La jurisprudence pénale précise par exemple que l'incrimination d'aide à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger en France ne saurait viser les attitudes inspirées par l'amour et l'affection.⁵⁹⁵ En l'espèce le concubin se trouvait dans une situation irrégulière sur le territoire français après expiration de son « visa touristique ». Le lien affectif justifie le comportement criminel du membre de la famille. Ce qui est également justifié par une obligation d'aide et de solidarité ou de secours familial.

⁵⁹⁵ TGI de Toulouse du 30 octobre 1995, n° XTGIT301095X.

325. **Une considération algérienne identique.** — En ce qui concerne le droit pénal algérien, l'obligation de la solidarité familiale constitue de la même manière le fondement principal des immunités familiales relatives à l'autorité de l'Etat. Néanmoins, la légitimité du lien familial demeure une condition préalable afin de bénéficier de ladite immunité à cause notamment de l'absence du concubinage ainsi que du PACS dans le droit de la famille algérien. Seuls les membres de la famille légitime peuvent être couverts de l'immunité familiale. Ce qui exclut *in fine* les enfants naturels. Pour cela, il ne peut y avoir on de solidarité familiale issue de la filiation naturelle, c'est également la même situation en ce qui concerne l'union libre en dehors du cadre du mariage, tel que le mariage religieux ou coutumier.⁵⁹⁶

326. De surcroît, il n'existe pas de définition juridique de la solidarité familiale hormis le cadre familial relatif à l'obligation alimentaire. Dans la jurisprudence du droit islamique, cette obligation d'aide et de secours familial est légitime si la loi n'est pas transgressée. Cette loi pourrait concerner les devoirs religieux ainsi que les devoirs civils, notamment dans le cadre des incriminations. Pour cela, il ne peut y avoir un système des immunités familiales dans le cadre des infractions contre l'autorité publique dans le droit musulman, contrairement au droit positif, français comme algérien

327. **Une considération islamique identique.** — Néanmoins, en ce qui concerne les atteintes contre les biens, la jurisprudence des différentes écoles de droit islamique accepte dans la majorité les immunités familiales notamment pour le délit de vol. Par conséquent, le vol commis entre les ascendants et les descendants ou bien entre les

⁵⁹⁶ Yamina HOUHOU, La lutte contre les violences conjugales en droit algérien, *Dr. famille*, 6 juin 2013., p. 10.

conjoint n'est pas punissable. Dans ce cas, le principe des immunités familiales repose sur l'obligation alimentaire qui prime sur le droit de la société à la sanction pénale à l'encontre de l'auteur de l'infraction pénale. L'obligation alimentaire constitue donc le fondement légal des immunités familiales dans la jurisprudence de droit musulman, ce qui implique également les autres atteintes contre les biens dans le cadre familial. Il en est ainsi pour le recel, l'escroquerie, l'abus de confiance, l'extorsion..., au préjudice des membres de la famille, et exclusivement entre les ascendants, descendants et entre les conjoints.

328. Par ailleurs, les obligations familiales, quelle que soit leur nature, à la fois alimentaire et morale, légale ou naturelle, composent les fondements des immunités familiales. De surcroît, les considérations de la politique criminelle participent également dans la mise en œuvre des immunités familiales, c'est le cas notamment de la prise en compte de la cohésion familiale par le législateur dans la définition de l'infraction, ainsi que dans la détermination de sa sanction.

B. L'effet déchargeant du respect de la cohésion familiale

329. **Un droit traditionnel.** – Les immunités familiales relatives aux infractions contre les biens sont justifiées par l'idée de l'obligation alimentaire dans la jurisprudence du droit musulman. Cette obligation pèse sur les relations au sein du cadre familial, entre ascendants et descendants de façon réciproque, d'un côté, ainsi qu'entre les membres du couple d'un autre côté. Leur fondement est différent dans le droit positif. En effet, comme il a été mentionné précédemment,⁵⁹⁷ le fondement réel de l'immunité

⁵⁹⁷ V., *supra.*, n°321.

familiale relative aux atteintes aux biens concerne les exigences de la politique criminelle qui implique le devoir de protection juridique de la famille. Pour cela, le repos de famille ainsi que la prise en considération de la cohésion familiale et de l'intérêt général de ses membres priment sur la règle pénale ; notamment en ce qui concerne la sanction des infractions commises au sein du cadre familial. Selon certains auteurs, l'intervention négative du législateur dans le cadre des immunités familiales se justifie par l'idée dans laquelle « les linges sales se lavent en famille »⁵⁹⁸. L'intervention pénale porterait atteinte aux intérêts familiaux, ce qui est déjà atteint par l'infraction pénale commise au sein du groupe familial ; à cause en particulier des atteintes aux biens d'un membre de la famille. En effet, les considérations liées à l'intérêt général de la famille constituent une règle morale pour laquelle les principes de la politique criminelle la considèrent comme primordiale dans la protection pénale de la famille. Ainsi, il ne peut être confirmé que la primauté de la cohésion familiale sur la règle pénale est une obligation imposée au législateur, mais elle constitue un visage de la politique criminelle relative à la famille ainsi qu'à sa protection juridique.

330. La réponse pénale propre à la situation familiale représente à son tour un aspect essentiel de la politique pénale du législateur dans le procédé de la protection pénale de la famille. Et ce en tant qu'une institution relativement indépendante incluant ses membres concernés par la peine qui pourrait être prononcée à l'encontre d'un autre membre de la famille. Par ailleurs, en ce qui concerne les infractions en dehors du cadre familial, c'est-à-dire qui ne sont pas de caractères intrafamilial, le rapport entre la sauvegarde des liens familiaux dans la phase de la condamnation pénale par le juge, jusqu'à l'application des peines par le système pénitentiaire est fortement pris en

⁵⁹⁸ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 2014., p. 490, n°829.

considération par les différentes législations pénales ; par le biais notamment des considérations familiales qui doivent être prises en compte par la politique pénale. Le droit pénal est donc le garant de la sauvegarde des liens familiaux en ce qui concerne la peine.

Section 2. Le rôle persistant d'une justice familiale privée

331. **Une justice familiale privatisée.** — La plainte représente d'une part une condition dite *sin qua non* aux poursuites pénales par le ministère public, ce dernier ne pouvant déclencher les poursuites que lorsqu'une plainte aura été déposée permettant la mise en mouvement de l'action publique. Et constitue d'autre part en cas de retrait un pardon légal obligeant l'abandon de poursuites. La catégorie d'infractions concernées par ce rôle spécifique de la plainte est clairement définie par le code pénal⁵⁹⁹. Elles concernent les infractions portant sur les biens et les infractions portant sur les personnes, mais selon des règles différentes. Ce qui revient à dire que le conditionnement des poursuites pénales au dépôt de plainte de la victime dans certaines infractions portant sur les personnes illustre la privatisation de l'ordre familial. (§1) Ainsi, il a été constaté un élargissement de la notion de famille en ce qui concerne les infractions portant sur les biens. (§2)

⁵⁹⁹ Art. 369., C. pén. Al. : « - Les vols commis entre parents, collatéraux ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne peuvent être poursuivis que sur plainte de la personne lésée. Le retrait de plainte met fin aux poursuites. À l'égard de tous autres individus qui auraient recelé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, il est fait application des peines prévues aux articles 387 et 388 à l'encontre des coupables de recel ».

§1. La notion élargie de la famille quant aux atteintes aux biens

332. En effet, les infractions pour lesquelles le législateur conditionne les poursuites par un dépôt de plainte sont listées de façon exhaustive par le code pénal, il s'agit du vol⁶⁰⁰, de l'escroquerie⁶⁰¹, du recel⁶⁰², et de l'abus de confiance⁶⁰³. Celles-ci lorsqu'elles sont commises dans le cercle familial élargi, le dépôt de plainte de la victime est nécessaire pour engager les poursuites par le ministère public. Les membres de la famille concernées par cette restriction législative sont les collatéraux et les alliées jusqu'au quatrième degré. Les ascendants, descendants et conjoints ne sont pas concernés par la restriction de dépôt de plainte, car ceux-là sont concernés par l'immunité familiale qui existe déjà pour la famille restreinte. Cette restriction pénale est complémentaire en ce qui concerne l'immunité familiale.

§2. La paralysie de l'action publique au profit de la paix familiale

333. **Emprise privatiste.** — Les infractions portant sur les personnes concernées par la condition *sin qua non* de la plainte dans le cercle familial sont de façon exhaustive : l'abandon général de famille, la non représentation d'enfant, l'enlèvement de mineure suivi d'un mariage avec celle-ci, l'adultère, et finalement la diffamation et l'injure. Les poursuites entre les membres de la famille concernant lesdites infractions sont donc conditionnées par le dépôt de plainte de la victime, de surcroît, le pardon de ceux-là met

⁶⁰⁰ Art. 369., C. pén. Al.

⁶⁰¹ Art. 373., C. pén. Al.

⁶⁰² Art. 377., C. pén. Al.

⁶⁰³ Art. 389., C. pén. Al.

fin aux poursuites pénales. Dans la pratique, cela ne pose pas de problème hormis pour l'adultère. En effet, que ce soit pour l'abandon de famille ou pour la non représentation d'enfant, seule la victime lésée des faits incriminés peut déclencher les poursuites au nom de l'action publique. Or la nature intrafamiliale de l'enlèvement de mineur⁶⁰⁴ lorsque le ravisseur se marie avec la victime après l'avoir enlevée est discutable. Mais les règles applicables pour cette infraction s'appuient sur la préservation de la paix familiale. Pour cela, seul le tuteur matrimonial ou le représentant légal de la victime a le droit de déposer plainte⁶⁰⁵. Par ailleurs, le mariage est valide aux termes de l'article 33 du code de la famille.

334. Au demeurant, dans le droit musulman le dépôt de plainte n'est pas exigée de la victime de l'adultère en l'occurrence le mari bafoué, tant que cette infraction constitue une violation d'un droit dit divin dans la jurisprudence islamique, au contraire à la violation des droits dits privés comme par exemple l'homicide pour lequel il se trouve un pardon légal de la victime sous la loi de Talion. Dans le droit algérien, le dépôt de plainte est obligatoire car cette infraction est de nature privée à l'instar de l'ancienne

⁶⁰⁴ Art. 326., C. pén. Al. : « Quiconque, sans violences, menaces ou fraude, enlève ou détourne, ou tente d'enlever ou de détourner un mineur de dix-huit ans, est puni d'un emprisonnement d'un (1) à cinq (5) ans et d'une amende de cinq cents (500) à deux mille (2.000) DA. Lorsqu'une mineure ainsi enlevée ou détournée a épousé son ravisseur, celui-ci ne peut être poursuivi que sur la plainte des personnes ayant qualité pour demander l'annulation du mariage et ne peut être condamné qu'après que cette annulation a été prononcée. ».

⁶⁰⁵ Art. 326., C. pén. Al. ; Art. 11 et suivants. C. fam.

V. Art. 11. C. fam. : « La conclusion du mariage pour la femme incombe à son tuteur matrimonial qui est soit son père, soit l'un de ses proches parents. Le juge est le tuteur matrimonial de la personne qui n'en a pas ». ;

Art. 12., C. fam. : « Le tuteur matrimonial (wali) ne peut empêcher la personne placée sous sa tutelle de contracter mariage si elle le désire et si celui-ci lui est profitable. En cas d'opposition, le juge peut autoriser le mariage, sous réserve des dispositions de l'article 9 de la présente loi. Toutefois, le père peut s'opposer au mariage de sa fille mineure si tel est l'intérêt de la fille ». ;

Art. 13., C. fam. : « Il est interdit au wali (tuteur matrimonial) qu'il soit le père ou autre, de contraindre au mariage la personne placée sous sa tutelle de même qu'il ne peut la marier sans son consentement ».

incrimination de l'adultère dans le droit français⁶⁰⁶. Si le mari bafoué ne dépose pas plainte, la présomption d'un pardon légal écarte les poursuites.⁶⁰⁷ En cas de décès du mari complice, les poursuites à l'encontre du complice sont abandonnées sauf déclenchement préalable de l'action pénale.⁶⁰⁸

335. S'il existe bien un aspect confirmant l'institutionnalisation de la famille dans le droit algérien c'est dans la consécration pénale et juridique confirmée de la valeur relative à la paix familiale qu'il s'affiche clairement. En effet, cette valeur continue d'être primordiale chez le législateur s'agissant de l'intervention pénale au sein des familles en général et des couples en particulier. Par ailleurs, la sauvegarde de la paix familiale en tant que valeur suprême de la politique criminelle familiale dans le droit algérien ne s'attache pas uniquement à la sécurité familiale, car les obligations familiales sont également soumises à une considération pénale forte imposant le respect de ces dernières sous peine de sanctions pénales.

⁶⁰⁶ Olivia Maury, *op. cit.*, p. 97. : « [...] sous l'égide du code pénal de 1810 bien que la jurisprudence ait longtemps affirmé que le délit d'adultère ne constituait pas une infraction de nature privée. » V. T.J. Paimboeuf, 11 mai 1942, *Gaz. Pal.* 1942, 1, jurispr., p. 263. « [...] il considère que c'est une erreur de considérer l'adultère comme infraction privée parce qu'il ébranle les foyers et les fondements de la société [...] ».

⁶⁰⁷ Mahmoud LEINKAR, *op. cit.*, p. 289.

⁶⁰⁸ Olivia Maury, *op. cit.*, p. 97.

Conclusion de la seconde partie

336. **Résistance algérienne partielle.** — Le droit algérien refuse ainsi de consacrer un principe d'ordre public dans le droit pénal de la famille. Dans la doctrine criminelle algérienne, l'individualisme idéologique n'est pas le fondement principal de l'intervention pénale au sein de la famille au regard de la nature privée de la justice familiale. Le législateur algérien refuse ainsi d'établir une intervention massive au sein du cercle familial. Il assure par conséquent une protection pénale structurelle de la famille. En d'autres termes, le droit algérien continue de prendre en considération le lien familial en tant qu'élément spécifique aussi bien dans l'incrimination que dans les règles pénales relatives à la sanction.

337. **Evolution progressive.** — Dans le droit algérien les évolutions sociales et juridiques sont certes considérables mais elles sont assez timides. En effet, la valeur relative à la sauvegarde de la paix familiale continue de faire barrage face à la protection pénale individuelle renforcée du membre du couple au sein de la famille. Cette valeur de la paix familiale se confirme davantage en ce qui concerne l'institutionnalisation de la famille. Pour le droit algérien le groupe familial demeure un socle social, l'intervention pénale au sein de celui-ci doit s'arrêter à certaines infractions les plus graves portant aussi bien atteinte à l'ordre privé que public. Toutefois, certaines infractions sont restreintes, le rôle joué par le droit pénal de la famille demeure éloigné à cause des valeurs classiques comme notamment la paix familiale et le respect des obligations familiales.

338. **Un affrontement d'orientation pénale.** — Par ailleurs la notion de « l'Etat providence » et l'individualisme idéologique ne doivent pas avoir raison sur l'ordre familial privé selon cette vision algérienne. A ce stade, les limites aussi bien techniques que politiques de « la mondialisation du droit » s'affichent assez confirmées. Le droit algérien continue de s'inspirer des valeurs traditionnelles de la société algérienne notamment celles inspirées par la jurisprudence de droit musulman. Pour cela les différences avec le droit français en la matière existent, malgré les influences de ce dernier sur le droit algérien. En revanche, un caractère de relativité de l'institutionnalisation de la famille s'impose dans le droit algérien. En effet ce dernier adopte un paradigme et une philosophie occidentale positiviste du droit pénal familial, comme par exemple l'adoption des principes universels de la liberté sexuelle où le droit musulman se trouve écarté. De là l'institutionnalisation de la famille dans le droit algérien n'est pas complète. L'individualisation de la relation familiale est apparente en ce qui concerne certaines infractions comme l'adultère par exemple qui demeure une infraction privée au contraire du droit musulman. Mais aussi de l'absence d'une protection pénale parfaitement forte du contrat et de l'institution familiale. De surcroît, la jurisprudence civile peut élargir la protection pénale de l'enfant au sein de la famille lorsqu'elle reconnaît la filiation non fondée sur les liens légitimes de mariage. L'universalisme des droits de l'enfant participe davantage dans l'ouverture du droit algérien, grâce notamment à une politique conformiste aux différentes conventions internationales relatives aux droits de l'enfance telle celle de New-York⁶⁰⁹.

339. **La famille représente une sphère privée par excellence.** — La privatisation de la justice familiale pénale est par conséquent nécessaire dans la sauvegarde de la paix familiale pour le législateur algérien. L'existence d'un ordre public familial demeure

⁶⁰⁹ Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

faible en ce qui concerne ce dernier. L'immixtion hésitante du droit répressif au sein de la famille est la parfaite illustration de cette absence d'une justice publique pour les infractions intrafamiliales. En effet, le lien familial constitue parfois un objet de restrictions procédurales applicables aux infractions intrafamiliales. Tandis que cette valeur s'éclipse dans le droit français, soit par la disparition des infractions classiques applicables pour la plainte familiale, soit par la limitation de ce rôle.⁶¹⁰ La privatisation de la justice familiale s'affiche primordiale pour le législateur algérien la considérant comme une valeur suprême de sauvegarde de la paix familiale. La notion de l'Etat providence n'a pas encore trouvé son chemin dans ce système algérien par l'individualisation parfaite de la relation familiale. Les débats parlementaires lors de l'adoption de la loi du 30 décembre 2015 relative aux violences conjugales et à la criminalité intrafamiliale ont vu la validation de ce principe législatif de la sauvegarde primordiale de la paix familiale se confirmer en tant que principe directeur de la politique criminelle applicable au droit pénal de la famille⁶¹¹. En effet, le maintien du rôle privatisé de la plainte dans les infractions intrafamiliales a constitué un sujet de consensus dans les différents avis parlementaires, hormis quelques voix appelant à un traitement plus individualiste et sévère des violences conjugales ou domestiques.

⁶¹⁰ Olivia MAURY, *op. cit.*, p. 93.

⁶¹¹ ALGERIE, ASSEMBLEE POPULAIRE NATIONALE, Journal officiel des débats parlementaires. [En ligne, Consulté le 05 juin 2016]. <http://www.apn.dz/fr/>.

Conclusion générale

L'objet de la présente recherche était d'examiner l'existence ou l'absence des valeurs communes entre les deux droits français et algérien dans la protection pénale de la famille. Pour ce faire, la démarche suivie s'attachait à l'étude de l'influence internationale commune sur les deux systèmes juridiques, ou en d'autres termes à la manière dont le droit international des droits de l'homme participe dans l'émergence d'une protection pénale convergente de la famille dans les deux pays. En réalité, le droit pénal contemporain de la famille semble se construire et se forger selon une vision « occidentale » de la famille. Le droit pénal français, en étant justement un droit de pays occidental, participe donc de façon pionnière et décisive dans l'élaboration du droit international des droits de l'homme. Par conséquent, le droit algérien s'inspire à la fois de la vision française de la protection pénale de la famille et des recommandations internationales dans la protection des libertés individuelles. Toutefois, cette acceptation « douce » du droit pénal contemporain de la famille dans le droit algérien demeure incomplète à cause d'une double résistance sociale et juridique qui s'emploie face à l'influence de la « mondialisation du droit » sur le droit national algérien⁶¹².

Somme toute, les enseignements qui ressortent finalement de cette recherche sont les suivants :

⁶¹² Kaarlo Tuori, « Vers une théorie du droit transnational », *Revue internationale de droit économique* 2013/1 ((t. XXVII)), p. 9-36. DOI 10.3917/ride.259.0009., p. 11. En ligne : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2013-1-page-9.htm>, consulté le 08/07/2017.

1. Premièrement, le droit international joue une influence forte sur le droit national.—

Ce qui peut pousser à l'harmonie et au rapprochement des différents systèmes juridiques dans le monde. Comme en témoigne la protection pénale de la famille dans le droit comparé français et algérien, et peut par la même occasion être acceptable en ce qui concerne d'autres matières juridiques, notamment de nature pénaliste. Cette recherche confirme donc l'existence d'un caractère dualiste du droit pénal. En effet, le droit international s'invite régulièrement dans l'élaboration des lois nationales, et cela atteste d'une influence commune entre les droits français et algérien.⁶¹³

2. Ainsi, il existe un rapprochement solide entre les droits français et algérien en ce qui concerne la protection pénale des libertés individuelles au sein du groupe familial, notamment de l'épouse et de l'enfant membres de la famille. — Les raisons de ce rapprochement s'attachent plus précisément à l'influence mutuelle et dynamique entre le droit français et le droit international d'une part, ainsi que de l'influence du droit français sur le droit algérien d'autre part. Autrement dit, il a été observé que la politique criminelle algérienne a adopté de nouvelles convictions politiques et idéologiques dans la matière de la protection pénale de la famille. Des adaptations techniques issues du droit français sont aussi inscrites dans l'ordre juridique algérien qui s'est inspiré de certaines solutions de la Cour de cassation française, ou de certains textes du nouveau code pénal français. Ce rapprochement juridique entre les droits français et algérien se manifeste plus précisément dans la protection pénale renforcée de l'individu dans la famille.

⁶¹³ Kaarlo Tuori, *op. cit.*

3. Il convient ici de préciser que le degré de la protection pénale individuelle au sein de la famille diverge entre les droits français et algérien. — Si le droit français assure un individualisme accru et confirmé en ce qui concerne la protection pénale du membre du couple, notamment dans le cadre des violences conjugales,⁶¹⁴ le législateur algérien maintient un individualisme « modéré » de cette protection pénale de la famille. Ce dernier, estime que l'institution familiale a la légitimité de continuer à exiger une prise en considération renforcée des valeurs qu'elle représente ; comme la paix familiale, la légitimité du lien familial, la fidélité conjugale, l'entraide familiale, la solidarité, etc. Par ailleurs, des divergences sont souvent d'ordre culturel et parfois de nature juridique existent entre les droits français et algérien. Certaines indications sociales et culturelles caractérisent naturellement chaque société, ce qui reflète des applications différentes dans chaque politique criminelle nationale. Dans la même ligné d'idées, le droit pénal s'adapte dans la considération de chaque valeur pénale protégée selon des règles juridiques d'incrimination et de sanction spécifiques. Par exemple, la définition juridique de la famille n'est possible que si elle représente une entité sociale indépendante. Si le droit pénal français ne définit pas la famille, le droit algérien la définit comme une entité sociale indépendante fondée sur le lien familial de sang et de l'alliance. Par conséquent, la protéger pénalement devient important dans la politique criminelle nationale.

⁶¹⁴ Dans lequel toutes les atteintes sont punissables, même les plus intimes comme le viol ou la vie privée ; et dans lequel le lien familial n'est plus un empêchement face aux poursuites pénales pour certaines infractions intrafamiliales. De surcroît, ce système juridique affirme un principe d'ordre public familial qui l'emporte sur l'ordre privé. Par conséquent, le droit pénal familial devient un droit spécial de la protection de l'individu au sein de la famille que ce soit de l'enfant ou du conjoint victime de violences conjugales. En effet, l'institution familiale n'est plus reconnue en tant qu'entité juridique indépendante, ses composantes la filiation et le mariage deviennent donc un paradigme au service de l'individu ; pour cela, la protection pénale qui leur est réservée est indirecte voire absente dans certaines situations.

4. Deuxièmement, le droit ne doit pas être le seul moyen des réformes sociales et sociétales. — Cela est conforme aussi bien pour le droit algérien que pour le droit français. Comme en témoigne notamment le droit français des violences conjugales qui s'avère insuffisant dans la lutte contre le phénomène des violences domestiques commises plus particulièrement sur les femmes, des efforts de nature pluridisciplinaire sont également invités à accompagner le droit répressif dans cette mission comme le travail éducatif, social, sociétal, médical, etc. En d'autres termes, il convient de relever la dangerosité du décalage entre la société d'une part, et l'ordre juridique d'autre part⁶¹⁵. Non uniquement cela est inefficace sur le terrain comme le droit pénal des couples dans les droits français et algérien qui demeurent imparfaits, mais la dualité des règles juridiques applicables dans la société algérienne par exemple- dans laquelle la loi trouve une résistante sociale issue de certaines traditions et coutumes contraires à l'ordre juridique- peut être dangereuse dans la mesure où cette dualité peut conduire à l'anarchie au sein de la société et à l'absence de l'Etat de droit.

5. La réponse générale aux questionnements de cette étude serait peut-être à rechercher dans l'analyse de Montesquieu. — Qui, dans l'Esprit des lois a précisé que « *Lorsqu'on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois...* »⁶¹⁶. De ce fait, cela appelle à la vigilance quant à l'incrimination de certains faits qualifiés d'injustes ou des manquements aux règles morales, naturelles ou sociales. Selon lui, la législation ne devrait pas avoir son mot à dire en la matière, cela serait même de la tyrannie et de la dictature. Mais, mieux vaut le faire par le changement radical des mœurs par « le bas », en s'attaquant à la racine des problèmes sociaux, cela

⁶¹⁶ MONTESQUIEU - *L'Esprit des lois*, op. cit.

seul peut faire évoluer la société. Selon lui, « *il vaut mieux les changer par d'autres mœurs et d'autres manières.* »⁶¹⁷. La loi ne change donc pas les mœurs, c'est plutôt l'inverse qui se passe ; ce sont les mœurs qui imposent des changements au sein des législations. D'autre part, « utiliser le droit pénal pour faire triompher des idées morales, philosophiques ou religieuses est aujourd'hui considéré comme archaïque. »⁶¹⁸. Ces principes philosophiques qui gouvernent aujourd'hui la politique criminelle contemporaine-pour le moins dans les pays industrialisés- concernent plus particulièrement le droit pénal de la famille, le sujet de la présente étude. Le constat principal de celle-ci est que le cheminement de cette matière juridique s'inscrit dans la même idée de Montesquieu. En d'autres termes, cette évolution a suivi un développement logique des changements des mœurs, qui ont imposé le changement entier de la protection pénale de la famille. Bien évidemment, il s'agit d'une évolution graduelle et progressive, et pas d'une évolution brusque ou soudaine. Ce d'autant plus en ce qui concerne l'étude comparée entre deux systèmes donnés, comme les droits français et algérien. Cette recherche démontre ainsi que le droit pénal algérien s'efforce de s'inspirer du droit français afin de changer les manières sociales et les mœurs en

⁶¹⁷ MONTESQUIEU - *L'Esprit des lois*, Livre XX, extrait du chapitre XIV. « Nous avons dit que les lois étaient des institutions particulières et précises du législateur, et les mœurs et les manières des institutions de sa nation en général. De là, il suit que, lorsque l'on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois, cela paraîtrait trop tyrannique : il vaut mieux les changer par d'autres mœurs et d'autres manières. Ainsi, lorsqu'un prince veut faire de grands changements dans sa nation, il faut qu'il réforme par les lois ce qui est établi par les lois, et qu'il change par les manières ce qui est établi par les manières : et c'est une très mauvaise politique, de changer par les lois ce qui doit être changé par les manières. La loi qui obligeait les Moscovites à se faire couper la barbe et les habits, et la violence de Pierre Ier qui faisait tailler jusqu'aux genoux les longues robes de ceux qui entraient dans les villes, étaient tyranniques. Il y a des moyens pour empêcher les crimes, ce sont les peines : il y en a pour faire changer les manières, ce sont les exemples. [...] En général, les peuples sont très attachés à leurs coutumes ; les leur ôter violemment, c'est les rendre malheureux : il ne faut donc pas les changer, mais les engager à les changer eux-mêmes. Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique. La loi n'est pas un pur acte de puissance ; les choses indifférentes par leur nature ne sont pas de son ressort ».

⁶¹⁸ Comme le préconisait le Conseil de l'Europe dans son rapport d'activité relatif à la décriminalisation. V. Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à Strasbourg le 7 mars 1980.

oubliant que cela devrait se faire par l'évolution sociétale et le changement des mentalités et donc aucunement par la légifération notamment pénaliste.

- 6. Troisièmement, il convient de souligner l'intérêt de renforcer les études sur la démarche dynamique du droit pénal comparé.** — Etudier le droit pénal comparé selon la démarche méthodologique dite dynamique pourra être utile dans l'élaboration d'une théorie générale du « droit pénal transnational », mais aussi afin de permettre de comprendre les phénomènes des influences internationales mutuelles dans le droit pénal⁶¹⁹. Ensuite, cela permettra de mesurer et clarifier le phénomène de la mondialisation du droit et, par conséquent de tirer des leçons pratiques pour le droit national, afin de trouver d'autres mécanismes de rapprochement autre que juridiques. Pour ce faire, il conviendrait de participer à l'élargissement des études qui peuvent non seulement concerner le droit pénal familial, mais toutes autres matières juridiques et/ou pénales, notamment dans le champ de la protection pénale de la famille. Pour cela, l'ouverture vers d'autres systèmes de droit pénal de traditions juridiques différentes semble indispensable et intéressante afin de consolider le résultat des recherches visées.
- 7.** Par ailleurs, ladite démarche comparative pourra répondre à un questionnement secondaire abordé d'une partie dans cette thèse, et qui concerne l'efficacité de l'influence internationale sur le droit pénal national. En effet, si le droit ne semble pas

⁶¹⁹Selon un auteur : « L'internationalisation aux fins de protection des droits fondamentaux produirait donc des résultats beaucoup plus satisfaisants que l'internationalisation aux fins de répression et emploierait des procédés beaucoup plus efficaces. Il faut toutefois observer que l'internationalisation pour la protection des droits fondamentaux est, d'un point de vue technique, plus facile à réaliser puisqu'elle n'implique pas que les États coopèrent entre eux mais « simplement » que les États se conforment à un modèle. Les difficultés tiennent donc, non pas à l'instauration de relations verticales, mais bien plutôt à l'instauration de relations transnationales pour réaliser une coopération pénale. Il est donc tout simplement, en droit pénal comme ailleurs, plus facile de se soumettre que de travailler ensemble. ». V. Les procédés de l'internationalisation du droit pénal Rapport de synthèse., *in*, Droit pénal n° 9, Septembre 2006, étude 17.

être efficace à lui seul de remédier aux fléaux sociaux ou à la protection des valeurs sociales ; il n'en demeure pas moins qu'il est indispensable dans toute organisation sociale. De là, le droit international constitue une source principale de chaque droit national y compris en ce qui concerne le droit pénal. La question qui vient alors à l'esprit est de se demander selon un regard philosophique, si la règle juridique émanant du droit international est préférable au droit national, dans la mesure où celui-ci s'inspire traditionnellement du droit international comme c'est le cas du droit algérien de la protection pénale de la famille. En d'autres termes, se demander si le fait d'avoir un consensus ou une vision pénale commune sur la sphère internationale sur la lutte contre certains fléaux sociaux faisait-il un bon droit pénal national ?

Annexe 1. Sommaire du code pénal algérien

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE

Secrétariat Général du Gouvernement

CODE PENAL

Année 2015

SOMMAIRE

INTITULE	Articles	Page
PREMIERE PARTIE – PRINCIPES GENERAUX	1-60 bis 1	1-25
Livre Premier - Peines et mesures de sûreté	4-26	1-14
Titre premier - Des peines applicables aux personnes physiques	5-18	1-10
Chapitre I - Peines principales	5-5 bis	1-3
Chapitre I bis – Le travail d'intérêt général	5 bis 1 - 5 bis 6	3
Chapitre II - Peines accessoires	6-8	4
Chapitre III - Peines complémentaires	9-18	5-10
Titre I bis - Des peines applicables aux personnes morales	18 bis -18 bis3	11-12
Titre II -Les mesures de sûreté	19-26	12-14
Livre deuxième - Faits et personnes punissables	27-60 bis 1	14-25
Titre I - L'infraction	27-40	14-15
Chapitre I - Classification des infractions	27-29	14
Chapitre II – Tentative	30-31	14
Chapitre III - Concours d'infractions	32-38	15
Chapitre IV - Les faits justificatifs	39-40	15
Titre II - L'auteur de l'infraction	41-60 bis 1	15-25
Chapitre I - Les participants à l'infraction	41-46	15-16
Chapitre II - La responsabilité pénale	47-51bis	16-17
Chapitre III - L'individualisation de la peine	52-60 bis 1	17-25
Section 1 - Excuses légales	52	17
Section 2 – Circonstances atténuantes	53-53 bis 8	17-20
Section 3 - La récidive	54-60	20-24
Section 4 –La période de sûreté	60 bis - 60 bis 1	24-25
DEUXIEME PARTIE - INCRIMINATIONS	61-468	26-147
Livre troisième - Crimes et délits et leur sanction	61-439	26-139
Titre I - Crimes et délits contre la chose publique	61-253 bis	26-74
Chapitre I - Crimes et délits contre la sûreté de l'Etat	61-96 bis	26-36
Section I - Crimes de trahison et d'espionnage	61-64	26-27
Section II - Autres atteintes à la défense nationale ou à l'économie nationale	65-76	27-29
Section III - Attentats, complots et autres infractions contre l'autorité de l'Etat et l'intégrité du territoire national	77-83	29-30
Section IV - Crimes tendant à troubler l'Etat par le massacre ou la dévastation	84-87	31
Section 4 bis - Des crimes qualifiés d'actes terroristes ou subversifs	87 bis - 87 bis 10	31-34

INTITULE	Articles	Page
Section V - Crimes commis par la participation à un mouvement insurrectionnel	88-90	34-35
Section VI - Dispositions diverses	91-96 bis	35-36
Chapitre II - Atroupements	97-101	37-38
Chapitre III - Crimes et délits contre la Constitution	102-118	38-43
Section I - Infractions électorales	102-106	38-39
Section II - Attentats à la liberté	107-111	39-40
Section III - Coalition de fonctionnaires	112-115	40-41
Section IV - Empiètement des autorités administratives et judiciaires	116-118	42-43
Chapitre IV - Crimes et délits contre la paix publique	119-143	43-51
Section I - Détournement et concussion	119-125	43-46
Section II - Corruption et trafic d'influence	126-134	47-49
Section III - Abus d'autorité	135-140	49-50
1 - Abus d'autorité contre les particuliers	135-137 bis	49-50
2 - Abus d'autorité contre la chose publique	138-140	50
Section IV - Exercice de l'autorité publique illégalement anticipé ou prolongé	141-142	50
Section V - Aggravation des peines pour certains crimes et délits Commis par des fonctionnaires ou officiers publics	143	51
Chapitre V - Crimes et délits commis par les personnes contre l'ordre public	144-175 bis 1	51-59
Section I - Outrages et violences à fonctionnaires et institutions de l'Etat	144-149	51-54
Section II - Infractions relatives aux sépultures et au respect dû aux morts	150-154	54
Section III - Bris de scellés et enlèvement de pièces dans les dépôts publics	155-159	54-55
Section IV - Profanation et dégradation	160-160 bis 8	55-56
Section V - Crimes et délits des fournisseurs de l'armée	161-164	56-57
Section VI - Infractions à la réglementation des maisons de jeux, des loteries et des maisons de prêts sur gages	165-169	57
Section VII - Infractions relatives à l'industrie, au commerce et aux enchères publiques	170-175 bis	58-59
Section VIII - Infractions commises contre les lois et règlements relatifs à la sortie du territoire national	175 bis 1	59
Chapitre VI - Crimes et délits contre la sécurité publique	176-196 bis	60-64
Section I - Association de malfaiteurs et assistance aux criminels	176-182	60-61
Section II - La rébellion	183-187 bis	61-62
Section III - Les évasions	188-194	62-63
Section IV - La mendicité et le vagabondage	195-196 bis	64
Chapitre VII - Les faux	197-253 bis	65-74
Section I - Fausse monnaie	197-204	65-66
Section II - La contrefaçon des sceaux de l'Etat et des poinçons, timbre et marques	205-213	66-68

INTITULE	Articles	Page
Section III - Faux en écriture publique ou authentique	214-218	68-69
Section IV - Faux en écriture privée, de commerce ou de banque	219-221	69
Section V - Faux commis dans certains documents administratifs et certifiants	222-229	69-71
Section VI - Dispositions communes	230-231	71
Section VII - Faux témoignages et faux serments	232 - 241	71-72
Section VIII - L'usurpation ou l'usage irrégulier de fonctions, de titres ou de noms	242 - 253 bis	72-74
Titre II - Crimes et délits contre les particuliers	254 - 417 bis 3	74-127
Chapitre I - Crimes et délits contre les personnes	254 - 303 bis 41	74-93
Section I - Meurtres et autres crimes capitaux et violences volontaires	254 - 283	74-80
1) Meurtre, assassinat, parricide, infanticide, empoisonnement et torture	254-263 quater	74-75
2) Violences volontaires	264-276 bis	76-80
3) Crimes et délits excusables	277-283	80
Section II - Menaces	284-287	81
Section III - Homicide et blessures involontaires	288-290	81
Section IV - Des atteintes à la liberté individuelle et à l'inviolabilité du domicile; du rapt	291-295 bis 3	82-85
Section V - Atteintes portées à l'honneur, à la considération et à la vie privée des personnes et divulgation des secrets	296 -303 bis 3	86-89
Section V bis - La traite des personnes	303 bis4-303 bis15	90-91
Section V bis 1 - Le trafic d'organes	303bis16-303bis29	91-92
Section V bis 2 - Le trafic illicite de migrants	303bis30-303bis41	92-93
Chapitre II - Crimes et délits contre la famille et les bonnes mœurs	304 -349 bis	94-107
Section I - L'avortement	304 -313	94-95
Section II - Le délaissement des enfants et des incapables, leur exposition au danger et la vente d'enfants	314-320 bis	95-96
Section III - Crimes et délits tendant à empêcher l'identification de l'enfant	321	97
Section IV - L'enlèvement et la non représentation des mineurs	322 - 329 bis	98-99
Section V - L'abandon de famille	330 - 332	99-100
Section VI - Attentats aux mœurs	333 - 341 bis 1	100-103
Section VII - Excitation de mineurs à la débauche et prostitution	342 - 349 bis	104-107
Chapitre III - Crimes et délits contre les biens	350 -417 bis 3	107-127
Section I - Vols et extorsions	350 - 371 bis	107-113
Section II - L'escroquerie et l'émission de chèque sans provision	372 - 375 bis	113-114
Section III - Abus de confiance	376 - 382bis 1	114-116
Section IV - La banqueroute	383 - 385	116-117
Section V - Atteinte aux biens immeubles	386	117
Section VI - Le recel de choses	387 - 389	118

Index alphabétique

A

abandon, 30, 46, 55, 56, 64, 78, 99, 101, 102, 156, 163, 164, 210, 211, 212, 213, 215, 218, 220, 221, 222, 245, 247, 272, 275
adultère, 27, 29, 46, 57, 71, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 132, 137, 146, 149, 150, 155, 158, 159, 170, 183, 189, 199, 200, 201, 202, 203, 231, 247, 248, 251, 275
agression sexuelle
l'atteinte sexuelle, 182
anarchie, 147, 150, 257
Atteinte publique à la pudeur, 159, 184, 200

B

bigamie, 94, 99, 101, 102, 103, 104, 135, 137, 189, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 270

C

cassation, 89
CEDH, 89
Charia, 55, 75, 96, 147, 161, 170
chasteté sexuelle, 148
code de la famille, 18, 51, 53, 54, 55, 56, 58, 63, 146, 155, 156, 161, 163, 166, 167, 168, 187, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 199, 201, 207, 247
cohabitation, 54, 60, 62, 109, 114, 128, 132, 154, 155, 156, 186, 198, 202, 203
coût conjugal, 27, 110, 142, 149, 154, 174, 175
consentement sexuel, 105, 108, 111, 112, 146, 151, 152, 153, 155, 180, 202
Coran, 67, 68, 75, 159, 196, 230, 231, 264
correction, 89
marital, 89
coups et blessures, 75, 76, 79, 80, 81, 86, 176, 226, 228, 280

D

danger, 28, 60, 72, 73, 82, 88, 101, 147, 150, 151, 156, 166, 214, 216, 224
dépenalisation, 33, 39, 94, 98, 99, 100, 102, 203, 278, 281
désir sexuel, 146, 150
dignité, 37, 40, 64, 72, 82, 83, 84, 85, 88, 89, 111, 148, 151, 152, 154, 196, 197, 203, 278, 279, 288
divorce, 99
doctrine, 18, 20, 25, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 47, 65, 73, 76, 84, 87, 95, 131, 133, 139, 150, 153, 158, 169, 170,

174, 176, 180, 186, 191, 192, 193, 196, 199, 204, 212, 225, 240, 241, 250

E

éducation, 22, 48, 71, 79, 155, 156, 161, 164, 166, 210, 211, 217, 218, 219, 290

F

filiation légitime, 95, 148, 159, 160, 162, 165, 168, 169, 171, 289
foi conjugale, 201
fornication, 27, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 166, 169, 170, 174, 189

H

hadith
coran, 68
harcèlement, 79, 80, 84, 85, 87, 90, 123, 130, 277, 279
humiliation, 85
honneur, 95, 106, 140, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 159, 169, 174, 180, 189, 203, 271, 289

I

inceste, 30, 165, 184, 187, 188, 189, 225, 229, 230, 231, 281
insultes, 85
intégrité physique, 52, 63, 65, 72, 74, 75, 82, 83, 88, 89, 107, 137, 159, 160, 225, 235
intention, 29, 79, 81, 89, 91, 123, 190, 192, 226, 227, 228
irtissab, 153

J

judiciaire, 156
jurisconsultes, 19, 45, 55, 63, 66, 67, 69, 70, 71, 73, 96, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 158, 159, 167, 168, 169, 174, 185, 189, 228, 230, 266

K

Kafala., 165, 188

L

l'agression sexuelle, 114, 182, 183
l'ex-conjoint, 79, 81, 83, 128, 204

liberté, 27, 35, 99, 100, 101, 105, 107, 108, 109, 111, 112, 115, 121, 141, 144, 146, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 158, 169, 170, 175, 200, 251
liberté sexuelle, 99, 100, 101, 107, 109, 144, 146, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 158, 169, 170, 200, 251
libertés individuelles, 22, 34, 48, 99, 104, 140, 145, 151, 154, 159, 175, 199, 206, 235, 254, 255
lien familial, 27, 29, 31, 32, 34, 36, 42, 73, 74, 116, 124, 139, 147, 148, 149, 155, 156, 161, 172, 210, 211, 212, 214, 217, 220, 224, 225, 227, 228, 229, 231, 232, 233, 236, 239, 240, 241, 242, 250, 252, 256, 271, 273, 290
lien filial, 146, 171, 225

M

matrimonial, 26, 27, 101, 104, 119, 121, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 140, 144, 149, 155, 159, 166, 172, 183, 192, 194, 201, 202, 247
menaces, 85, 171, 247
 violences psychologiques, 85
minorité, 153, 177, 186, 208
moderne, 146, 151, 153, 284

O

outrage public, 154, 170, 184, 185, 199

P

pacs, 89
 partenaire, 89
parenté de lait, 162
pécuniaire, 29, 99, 156, 210, 211, 220, 221, 222

pluralisme, 31, 94, 105, 113, 120, 121, 124, 134, 136
pluralité familiale, 16
procréation, 147, 150, 161, 162, 199
progéniture, 147
propriété, 89, 90, 124, 125, 134, 137, 158, 240
Protection de l'enfance, 47, 107, 160, 165, 213, 214

Q

QPC, 89

S

santé publique, 7, 148
secours, 124, 155, 242
sodomie, 150, 174, 204

V

victime, 29, 38, 74, 77, 79, 80, 81, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 96, 106, 112, 113, 114, 115, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 152, 153, 163, 167, 177, 178, 181, 182, 203, 206, 221, 222, 227, 228, 229, 230, 232, 234, 238, 241, 246, 247, 248, 256, 274, 281
viol conjugal, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 119, 137, 139, 141, 142, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 202, 203, 204, 205, 207, 278
violences financières, 89, 90, 91, 206
VIOLENCES PSYCHOLOGIQUES, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90
violences volontaires, 75, 76, 77, 79, 81, 83, 85, 89, 106, 173, 176, 204, 206, 215, 225, 226

Bibliographie

Ouvrages généraux

BARRAUD, Boris, *Le droit comparé*, La recherche juridique, 2 éd., L'Harmattan, 2018.

—, La recherche juridique : Introduction et conclusion. *La recherche juridique - Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, 2016., en ligne : <<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01369309>>.

BOULOC, Bernard, *Droit pénal général*, 27 éd., Dalloz, 2021.

—, *Droit pénal général*, 25 éd., Dalloz. Paris. France, 2017.

DREYER, Emmanuel, *Droit pénal général*, 6 éd., LexisNexis, Paris. France, 2021.

FRANÇOIS TERRÉ, Yves Lequette, Philippe Simler, *Droit civil : les obligations*, 13 éd., Dalloz, 2022.

FULCHIRON, Philippe MALAURIE et Hugues, *Droit civil, droit de la famille*, 7 éd., LGDJ, 2020.

GARRIGUE, Jean, *Droit de la famille*, 2 éd., Dalloz, 2018.

JEAN LARGUIER, Philippe Conte, Stéphanie Fournier, *Droit pénal spécial*, 15 éd., Dalloz, 2013.

MURAT, Pierre, *Droit de la famille*, 8 éd., 2020-2021, Dalloz, 2019.

PARQUET, Muriel, *Droit de la famille*, 4 éd., Lexifac, 2014.

PIN, Xavier, *Droit pénal général*, 13 éd., Dalloz, 2022.

PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, 22 éd., cujas, 2019.

PRADEL, Jean et Danti-Juan MICHEL, *Droit pénal spécial: droit commun - droit des affaires*, 8 éd., Éditions Cujas, 2020.

RASSAT, Michèle-Laure, *Droit pénal spécial*, 8 éd., Dalloz Précis, 2018.

—, *droit pénal spécial infractions des et contre les particuliers*, 6 éd., Dalloz, 2011.

VITU, André, *Traité de droit criminel droit pénal spécial*, 7 éd., CUJAS. Paris. France, 2000.

Ouvrages spéciaux

ABDELKADER, Atta Mohamed, *Al-Mughani de Ibn Qudama : droit islamique* المغني على مختصر الخرقى, Beirut éd., Dār al-Kutub al-‘Ilmīyah, 2009.

ABÉDINE, Ibn, *Commentaires sur le Droit musulman*, Dar elfikr Beirut. Liban, 1992, Texte en arabe, en ligne : <<http://shamela.ws>>.

AL-BAHOUTI, *Le droit musulman selon l'école hanbalite*, 6 éd., Maison du Livre. Le Caire. Egypte, 2009.

AL-CHARBINI, *Le droit musulman selon l'école chaféite*, 1 éd., Maison des livres scientifiques. Beirut. Liban, 1994.

ANDRÉ, Christophe, *Droit pénal spécial*, 4 éd., DALLOZ, Août 2017.

AOUDA, A., *La législation pénale islamique comparée au droit positif*, Maison des livres le Caire. Egypte, 2008.

ARABI, Ibn, *Ahkam Alcoran (les regles du Coran)*, 3 éd., Maison du livre. Beirut. Liban, 2003, t. 1, Texte en arabe.

BENTHAM, Jérémie, *Traité de législation civile et pénale*, 3 éd., REY ET GRAVIER PARIS, 1830, t. 1, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56961805>>.

BIBERSTEIN, Kazimirski, *Le Koran traduction nouvelle faite sur le texte arabe*, édité par BNF, Charpentier Paris, 1852, t. 1, en ligne : <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6529874t/f115.image>>.

BLEUCHOT, Hervé, *Droit musulman*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, vol. 418p, en ligne : <<https://books.openedition.org/puam/979>>.

BOISTER, Neil et Robert J CURRIE, *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, Routledge, 2014, traitant un sujet de dr comapré nous conduit naturellement a parler de la mondialisation du droit. participer a l'édifice du droit transnational pénal notamment par un sujet ignoré de ses études (les infractions propres a certaines cultures comme dpfml.

BONFILS, Philippe et Adeline GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2 éd., Dalloz, 2014.

BONZON, Jacques, *Le droit pénal et la morale*, VALS-LES-BAIN, 1903, en ligne : <gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France>.

BOUCHERON, Patrick, *Histoire mondiale de la France*, Seuil. Paris. France, 2017.

BOUSKIIA, H., *Manuel du droit pénal spécial*, HOUMA, 2014.

CARIO, Robert, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, 2 éd., L'Harmattan, 2001, vol. 1.

CASTALDO, André et Jean-Philippe LÉVY, *Histoire du droit civil*, 2e éd., Dalloz Précis. Paris. France, 2010.

COUV RAT, Pierre, *La famille, parent pauvre du droit pénal, in le droit non civil de la famille*, PUF : Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1983.

- DABIN, Journées D'études juridiques Jean, *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines : travaux des VIIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles : Bruylant, 1987. Vol1.
- DELMAS-MARTY, M., *Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal, Les processus d'internationalisation du droit*, MSH, vol. 7, 2001..
- DORTIER, Jean-François, *Familles Permanence et métamorphoses*, Sciences humaines, 2002.
- DOUCET, Jean-Paul, *Le droit criminel la protection de la famille des enfants et des adolescents*, 2016.
- EL-AWA, MOHAMED SELIM, *LES FONDEMENTS DU DROIT PENAL CRIMINEL ISLAMIQUE*, 1 éd., NAHDA- LE CAIRE- EGYPTE, 2006.
- EL-DASSOUKI, *Annotations sur la grande explication de EL-DARDARIR dans le droit malékite*, Maison de la pensée Fikr, 2010.
- EL-KACHNAOUI, *Les règles de la relation conjugale chez les jurisconsultes de l'école malékite*, Librairie de l'héritage arabe. Beirout, 2010.
- FAGET, Jacques, *Sociologie de la délinquance et justice pénale*, ERES , 2009.
- FOUCHARD, Isabelle, *Crimes internationaux: Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Bruylant Bruxelles, 2014.
- GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, en ligne : <gallica.bnf.fr>.
- GODELIER, Maurice, *Métamorphoses de la parenté* , Flammarion, 2010.

- HAJAR, Ibn, *La tohfa en droit*, Ihya Beirut, 1983, texte en arabe , en ligne : <<http://shamela.ws/index.php/book/9059>>.
- HAMMEM, Ibn, *Explication sur l'introduction de AL-KADIR dans le droit hanéfite* , Maison de la Pensée Fikr, 2010.
- IBN-RUSHD LE GRAND-PÈRE., Averroes, *Al-Bayane*, Maison d'el guareb Beirut. Liban, 1988, Texte en arabe, en ligne : <<http://shamela.ws/index.php/book/21613>>.
- KATHIR, Ibn, *L'authentique de l'exégèse*, traduit par Àhmad HAKAKAT, Maison d'Ennour, 2014, t. 1.
- KHELLAF, ABDELWAHEB, *HISTOIRE DU DROIT MUSULMAN*, ELKALAM-KOWEIT, 1995, EN LIGNE-CONSULTE LE 14/10/2015.
- LHUILIER, Gilles, *Le droit transnational* , Dalloz, 2016.
- LOPEZ, Gérard, *La Victimologie*, 2 éd., Dalloz, 2014.
- MAWERDI, *LES STATUTS GOUVERNEMENTAUX OU RÈGLES DE DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF*, traduit par E. FAGNAN, ALGER TYPOGRAPHIE ADOLPHE JOURDAN IMPRIMEUR-LIBRAIRE DE L'UNIVERSITÉ, 1915.
- MICHEL, Véron, *Droit pénal spécial*, 16 éd., Dalloz SIREY Collection, 2017.
- MORAND, Marcel, *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Alger ancienne maison bastide-jourdan JULES CARBONEL éditeur, 1921.
- MUCCHIELLI, Laurent, *Sociologie de la délinquance*, ARMAND COLIN, 2014.
- NIORT, Jean-François, *HOMO CIVILIS. Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, PUAM, 2004, t. I et II, vol. 931 p.

OURLIAC, Paul et Jean-Louis GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985.

PIERRAT, Emmanuel, *Le sexe et la loi*, Arléa, 1996.

POUSSON-PETIT, Sous La Direction De Jacqueline, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, L'Harmattan, 2009.

QUODAMA, Ibn, *Le nécessaire dans le Droit*, Caire, 1968, Texte en arabe.

REBUT, Didier, *Droit pénal international*, 2 éd., Dalloz, 2015.

RYER, André Du, *L'Alcoran de Mahomet. Tome 1 / . Traduit de l'arabe par André Du Ryer, sieur de La Garde Malezair, avec la traduction des Observations historiques & critiques sur le mahométisme mises à la tête de la version angloise de M. George Sale. Nouvelle édition.*, Nouvelle édition éd., Arkstée & Merkus, 1775, t. 1, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k63424624>>.

SALIME, M., *Les origines du droit pénal musulman*, 2 éd., Renaissance Egypte, 2006, texte en arabe.

SAVATIER, René, *Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens, et la responsabilité civile*, 2 éd., Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, vol. 1.

SOLDINI, David, *Grands textes de libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2016.

SULEYMANE, A., *Droit pénal spécial*, 3 éd., D.M.G Alger, 1990.

SZABO, DENIS, *CRIMINOLOGIE ET POLITIQUE CRIMINELLE*, Bibliothèque criminologique éd., Les Presses de l'Université de Montréal, 1978.

TODD, Emmanuel, *Où en sommes-nous ? Une esquisse de l'histoire humaine*, Seuil, 2017.

VOL.2, AVEROE LE PERE, *LE DROIT PRIVE MUSULMAN*, LIBRAIRIE NADJI-LE CAIRE- EGYPTTE, 1994.

WACHSMANN, Patrick, *Les droits de l'Homme*, 6 éd., Dalloz, 2018.

Contributions à un ouvrage

BICHERON, Frédéric, « La protection de la famille par le droit pénal », in *Code pénal et code d'instruction criminelle - Livre du bicentenaire*, sous la dir. de Université Panthéon-Assas Paris II, Dalloz, Avril 2010

FENOUILLET, Dominique et Valérie MALABAT, « Droit pénal et droit de la famille », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, sous la dir. de Jean-Christophe SAINT-PAU, Cujas. Paris. France, 2011, p. 53.

V. MALABAT, D. FENOUILLET, « Le droit pénal et la famille », in *droit pénal et autres branches du droit, regards croisés, Actes du XXe colloque de l'association française de droit pénal*, sous la dir. de Jean-Christophe SAINT-PAU, Cujas, 2012

Liste sélective de jurisprudences

France

Jurisprudence relative au viol entre époux

Cass. Crim., 5 septembre 1990, n° 90-83.786, RSC 1991.348, note G. Levasseur

Cass. Crim., 17 juillet 1984, Bull. crim, n° 260, D. 1984. 7, note D. Mayer ; RSC 1985

Cass. Crim., 11 juin 1992, n°91-86.346, Bull. crim, n° 232

Jurisprudence relative à l'abandon de mineur de moins de 15 ans et des personnes vulnérables

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.

Jurisprudence relative aux violences conjugales

Toulouse, 3ème ch., 8 septembre 2008, n°07/00566, Dr. pén. 2009, comm. 17, obs. M. Véron.

Jurisprudence relative à l'autonomie du droit pénal

Cass. Ch. mixte, 27 févr. 1970, pourvoi n° 68-10.276, D. 1970, chron. n° 145, obs. N. Goma.

Jurisprudence relative à l'immunité familiale

CA. Versailles, 28 mars 1990, RTD. com. 1990. 615, note. M. Cabrillac.

Trib. Corr. Lyon, 16 février 1972, RSC 1998.291, obs. P. Mousseron. 1913

Cass. Crim., 9 mars 1993, pourvoi n°92-83.935, JCl 2012, fasc. 10, obs. M. Daury-Fauveau.
1914

Circonstances aggravantes intrafamiliales

Cass. Crim., 11 mai 1866, Bull. crim., n° 135 : S., 1867, no 1, p. 143.

Cass. Crim., 23 juin 1999, Bull. crim, n° 152

Jurisprudence relative à la bigamie

Cass. Crim., novembre 2011, n° 11-80.66

Cass. Crim., mars 1998, n° 97-83.199

Cass. Crim., 4 janvier 1998, n° 97-80.258

Cass. Crim., 12 avril 1983, n° 82-91.088

Cass. Crim., 25 octobre 1972, n° 72-90.327

CA. Aix-en-Provence Ch. 06 A, 7 février 2013 N° 11/18189

Jurisprudence relative au concubinage dans le droit pénal

Cass. Ch. Mixte 27 fév. 1970

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Cons. Const., 15 janv. 1975, n° 74- 54 DC

Cons. Const., 27 juin. 2001, n° 2001- 446 DC

QPC

Décision n°2012-240 QPC du 4 mai 2012

Décision n°2011-163 QPC du 16 septembre 2011

Algérie

Cass. Fam, 15 mars 2012., n°734072.

Cass. Crim, 22 octobre 2008. Chambre criminelle, Cour suprême n°488761.

Cass. Fam, 05 mars, 2006 n°355180.

Cass. Civ, n° 1801648 du 23 décembre 1987.

Cass. Civ, n°35891 du 25 février 1985.

Cass. Civ, n° 13413413 du 19 novembre 1984 ; *Cass. Civ* ° 3471 3471 19/11/84.

Cass. Civ, n° 73992 du 01 octobre 1991.

Cass. Civ, n° 191648 du 23 décembre 1997.

Cass. Civ, n° 127948 du 16/01/1996.

Cass. Civ, n° 135435 du 23/04/1996.

Cass. Civ, 44457 du 26/01/1987.

Cass. Civ, n° 36414, du 20/05/1985, n°2 1992.

Cass. Civ, 50519 du 26/09/1988.

Encyclopédies

BONFILS, Philippe et Eudoxie GALLARDO, « Concours d'infractions », in *Rep.pén*, Dalloz, Janvier 2015

BRÉMOND, Vincent, « Dissolution, liquidation, partage dans le régime de communauté légale », in *JCl. Civi*, LexisNexis, 5 Juillet 2019

CAZÉ-GAILLARDE, Nathalie, « Atteintes à la vie privée », in *Rep. Pén*, Dalloz, novembre 2019, p. 32.

FORTIS, Élisabeth, « Les cas de divorce », in *Rep.civi*, Dalloz, Décembre 2019

GALLARDO., Philippe BONFILS- Eudoxie, « La bigamie », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, dalloz, 2010

JEANDIDIER, Wilfrid, « Art. 222-14-4 », in *Jurisclasseur. Pénal*, Novembre 2015

—, « PRINCIPE DE LÉGALITÉ CRIMINELLE », in *Jurisclasseur pénal*, LexisNexis, 2011
mise à jour le 1er Septembre 2017

KOWEÏT, L'encyclopédie Juridique islamique du, « La capacité juridique », Imprimerie Dar-Safwa Egypte, 2010, p. 45/174.

LIENHARD, Claude, « Juge aux affaires familiales – Juge naturel de l'autorité parentale », in *Rep-civi*, Dalloz, Mars 2020

MAYAUD, Yves, « Violences volontaires », in *Rep.pén*, Dalloz, Juillet 2019

—, « Violences volontaires », in *Rep.pen*, Dalloz, Juillet 2019

MISTRETTA, Patrick, « Interruption volontaire de grossesse », in *Rép.pen*, Dalloz, Mai 2019

PY, Bruno, « Prostitution – Proxénétisme – Racolage », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, sous la dir. de Yves MAYAUD, Dalloz, 2017, en ligne : <Dalloz.fr>, Consulté le 17/07/2018.

RASSAT, Michèle-laure, « JCP. P », in *agressions sexuelles*, lexisnexis, février 2020

Mélanges

ANCEL, Marc, « Méthodes et enjeux du droit pénal comparé », in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, A.Pedone, 1980, p. 3.

GOUTTENOIRE, Adeline, « L'autorité parentale et le droit pénal », in *Entre tradition et modernité: le droit pénal en contrepoint*, Dalloz, juin 2017, p. 366.

MAYAUD, Yves, « Rebondissement sur les immunités familiales : fond ou forme ? », in *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 542.

Colloques

COLLECTIF, « Les procédés d'internationalisation du droit pénal Rapport de synthèse de la journée d'étude », l'Institut de Sciences Criminelles BORDEAUX 10 février 2006, *Dr. pénal*, septembre 2006

OTIS-COUR, Leah, « Histoires de famille : A la convergence du droit pénal et des liens de parenté », in *Actes du colloque international des 19-21 juin 2008*, Faculté de droit de Montpellier, *Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique*, n° 33

Thèses

- ABDELBAKI, B., *La protection pénale du lien familial dans le droit algérien*, 2010, [Doctorat : Droit : Telemcen. Algérie : 2010].
- ABDEL-BAKI, BOUZIANI, *LA PROTECTION PENALE DU LIEN FAMILIAL*, 2010, [MAGISTERE : DROIT : TLEMCEN-ALGERIE : 2010].
- AKELE, Angélique Sita Muila, *Le droit pénal et la famille : essai d'analyse systémique et axiologique*, [DOCTORAT : DROIT : AIX-MAREILLE : 2011].
- ARRIGHI, Anne-Claire, *La condition pénale de l'enfant avant sa naissance : de la non-reconnaissance à la protection*, 2015, [doctorat : Droit : Université de La Rochelle, : 2015].
- BOOS, Candice, *Les liens familiaux à l'épreuve de l'abandon d'enfant*, [DOCTORAT : DROIT : Université de Haute-Alsace : 201].
- BRIARD, Mathilde, *AFFECT ET RESPONSABILITE DANS LA FAMILLE APPROCHE TECHNIQUE ET PHILOSOPHIQUE*, [DOCTORAT : DROIT : BORDEAUX : 2015].
- CARBONNIER, Jean., *LE RÉGIME MATRIMONIAL*, 1932, [Bordeaux].
- DAIA, Soumia, *Provisions of abuses arising from disciplinary project in Islamic jurisprudence (Les effets de l'abus d'utilisation de droit de correction dans la jurisprudence islamique)*, 2015, [Magistère : Droit musulman : Gaza].
- DECIMA, Olivier, *l'identité des faits en matière pénale*, [DOCTORAT : DROIT : BORDEAUX : DALLOZ, 2018].
- ESCOFFIER-GIALDINI, Catherine, *La vision pénale de la famille*, [Thèse : Aix-Marseille : 1994].
- GAZNAI, Safaa Aldeen, *La répression discriminatoire des infractions liées à la sexualité en droit pénal irakien*, [Doctorat : Droit : Cergy-Pontoise : 2011].

GERMAIN, Delors, *Essai sur les infractions intra-familiales*, [DOCTORAT : DROIT : PARIS I : 2011].

GIOANNI, Pierre, *Le particularisme du droit pénal de la famille (étude des finalités de l'intervention pénale)*, [DOCTORAT : DROIT : NICE : 1992].

GODIN, Stéphanie, *Le couple et le droit pénal*, [MASTER 2 : DROIT : PARIS II : 2010].

GUECHI, CHERIFA, *Les liens de famille et le droit penal*, [DOCTORAT : DROIT : PARIS I : 1998].

HEIT, Salim El, *La criminalité intrafamiliale : vers un droit pénal de la famille ?*, [DOCTORAT : DROIT : PARIS 8 : 2008].

HOUHOU, Yamina, *LA KAFALA EN DROIT ALGERIEN ET SES EFFETS EN DROIT FRANÇAIS*, 2014, [DOCTORAT : DROIT : Université de Pau et des Pays de l'Adour : 2014].

KACEM, IBRAHIM BEN, *L'avortement en droit musulman*, [magistère : droit et charia : ibn-saoud : 2002].

KHATAB, H.Sayed, *L'effet du lien familial sur l'infraction et la peine dans le droit pénal musulman*, 2010, [Magistère : Droit et charia : Université Al-Azhar, Le Caire : 2010].

Le conjoint en droit pénal, [DOCTORAT : DROIT : NICE : 1999].

L'enfant maltraité au sein de sa famille : approche juridique du signalement, [DOCTORAT : DROIT : PAU : 1995].

LENKARD, Mahmoud, *La protection pénale de la famille dans le droit algérien*, 2010, [Thèse de Doctorat : Droit : Université de Constantine. Algérie].

- MANSOUR, SAAD, *L' influence des liens de parenté dans le système pénal : Etudes comparatives*, [DOCTORAT : DROIT : PARIS 2 : 2008].
- MARRION, Bertrand, *LE MINEUR, SON CORPS ET LE DROIT CRIMINEL*, [DOCTORAT : DROIT : NANCY II : 2010].
- MAURY, Olivia, *Famille et droit pénal*, 2006, [Thèse de Doctorat : Droit : Paris II].
- MILLARD, Eric, *Famille et droit public Recherches sur la construction d'un objet juridique*, 1994, [Thèse de Doctorat : Droit : Jean-Moulin Lyon III : 1994].
- MONTAGNE, Camille, *Lien familial et droit pénal*, 2015, [Thèse de doctorat : Droit : Université de Grenoble].
- PERRIN, Julie, *LES AGRESSIONS ET ATTEINTES SEXUELLES EN DROIT PENAL FRANÇAIS Contribution à l'étude des incriminations et de leur régime*, [DOCTORAT : DROIT : MONTPELLIER 1 : 2012].
- ROSA, Aurélie LA, *LA PROTECTION DE L'ENFANT EN DROIT INTERNATIONAL PENAL : ETAT DES LIEUX*, 2004, [MASTER 2 : DROIT : LILLE 2].
- RUFFIEUX, Gaëlle, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, 2014, [Doctorat : Droit : Grenoble : 2012].
- SERVA, Gaelle, *La légitimation de l'intervention du droit pénal dans la famille*, [Doctorat : droit : Montpellier : 2016].
- SLIMANE-DAIIA, SOUMIA, *Provisions of abuses arising from disciplinary project in Islamic jurisprudence*, [DOCTORAT : DROIT ISLAMIQUE : GAZA : 2015].
- TARHINI, Rola, *Le sort de la femme, auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais*, [DOCTORAT : DROIT : NANCY II : 2011].

YEKEN, ABDEL-MADJIB BEN, *LE DROIT PENAL SPECIAL DANS LA CHARIA*,
[MAGITERE : sciences islamque et droit : Batna-ALGERIE : 2008].

YOUCEF, MELLOUKI, *Aspects épidémiologiques et médico-légaux des violences conjugales à travers l'activité des services de médecine légale du CHU d'Annaba*, *Facmed* Vol.3 N° 2, 13-16, 11/03/2015, [Thèses de Doctorat en Sciences Médicales : Université BADJI Mokhtar Annaba 23000].

Articles des Revues juridiques

ABDELLATIF, Allaoui, « La protection pénale de la femme », *La revue de la jurisprudence*, 30 septembre 2018, n° 17, p. 300.

ALIX, Julie, « Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales », *AJ Pénal*, 16 Mai 2014, n° 5, p. 208.

ALLOUACHE, Farid, « L'abandon de famille dans le droit pénal algérien », *La Revue de jurisprudence*, Décembre 2016, n° 13, p. 210.

ALT-MAES, Françoise, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *RSC*, 2002, p. 501, en ligne : <WWW.dalloz-bibliotheque.fr>, visité le 06 février 2019.

—, « LE PACS À L'ÉPREUVE DU DROIT PÉNAL », *Semaine Juridique Edition Générale*, 29 NOVEMBRE 2000, n° 48.

AMINA, Ouzani, « La protection pénale de l'épouse contre les violences physiques », *La revue de jurisprudence*, décembre 2016, n° 13, p. 250.

- ANCEL, Bruno, « Devoir de fidélité et adultère en droit comparé : l'insoutenable légèreté de l'être consacrée ? Regards croisés France/États-Unis », *Lexbase Hebdo édition privée*, 28 septembre 2017, n° n°713, p. 1.
- ANCEL, MARC, « Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits », *Revue internationale de droit comparé*, Octobre-décembre 1971, n° Vol. 23 N°4, p. pp. 933-935.
- AZAVANT, Marc, « Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple », *Droit de la famille*, 10 OCTOBRE 2016, 40.
- AZIBERT, Gilbert, « La présomption de consentement aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire », *Recueil Dalloz*, 14 janvier 1993, n° 2, p. 13.
- BAHUREL, Charles, « La priorité du mariage civil et l'Islam : pour un droit de la famille au service de l'unité nationale », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 859.
- BAZIN, Eric, « La fidélité dans les couples », *Gaz. Pal*, 23 février 2012, n° 54, p. 9.
- BEN-MECHRI, Abdelhamid, « Le renforcement de la protection pénale de la femme : étude de la politique criminelle de la loi du 30 décembre 2015 », *Revue de la jurisprudence*, Décembre 2016, n° 13, p. 174.
- BENNINI, Ahmed, « La protection internationale et nationale de la femme », *La Revue des sciences humaines*, novembre 2013, n° 32, p. 347.
- BENSUSSAN, Paul, « Viol entre époux : le désir et le besoin », *Gaz. Pal*, 21 novembre 2017, n° 40, p. 17.

- BESSE, Thomas, « Les agressions sexuelles dans la sphère conjugale, casse-tête de Cupidon à l'adresse du juge répressif », *RSC*, Janvier-Mars 2018, n° 1, p. 21.
- CERF-HOLLENDER, Agnès, « Le couple face au droit et à la procédure pénale , contribution de la mise en lumière d'un droit pénal des couples », *CRDF*, 2013, n° 11, p. 45.
- , « L'évolution du champ des immunités familiales en matière pénale », *Petites affiches*, 8 9 2017, n° 179-180, p. 56, en ligne : <www.lextenso.fr>, consulté le 13 février 2019.
- CHAMBON, P.Maistre Du, « Quelques considérations sur le droit pénal de la famille », *JCP éd.G*, 11 janvier 2011, n° 1-2, 6.
- CHAUVET, Delphine, « Mérites ou démérites du délit général de harcèlement moral créé par la loi du 4 août 2014 ? », *Recueil Dalloz*, 2015, n° 3, 174.
- CHERROUNE, Hassina, « Les circonstances aggravantes pour les violences contre les femmes », *Revue de la jurisprudence* , décembre 2016, n° 13, p. 192.
- CHEVALLIER, Jacques, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? Le droit saisi par la mondialisation », *Bruylant*,, 2001, p. pp. 37-61., en ligne : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01759953>>, CONSULTE LE 04/05/2020.
- CORPART, Isabelle, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière. Entre droit français et réalités étrangères », *DROIT DE LA FAMILLE*, NOVEMBRE 2015, n° 14, p. 1.
- COUTURIER, Mathias, « Les évolutions du droit français face aux violences conjugales.De la préservation de l'institution familiale à la protection des membres de la famille. », *Dialogue*, 1 2011, n° 191, p. 67-78.
- COUVRAT, Pierre, « Le droit pénale et la famille », *RSC*, 1969, n° 4, p. 807.

- DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise, « Actualités du droit des personnes et de la famille en 2012-2013 :La délicate coexistence de principes contradictoires », *RLDC*, 1 Décembre 2013, n° 110, p. 42.
- , « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ*, 1995, p. 249.
- DELMAS-MARTY, Mireille, « Les processus d'internationalisation du droit pénal (criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne) Le cas de l'Iran », *Archives de politique criminelle* , 2001, n° (n° 23),, 1 , p. pages 123 à 129.
- , « De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France », *RSC*, 1989, n° 3, 1, p. 441.
- DENH, Djagham Mohamed et Riadh, « Vers une pénalisation des violences conjugales en Algérie », *La Revue de jurisprudence* , décembre 2016, n° 13, p. 284.
- DEVLIN, Patrick, « La morale et le droit pénal », *Droit & Philosophie*, 2014, n° 6, p. 133.
- DJAMEL, Rouab, « La question exceptionnelle d'inconstitutionnalité, lecture dans l'article 188 de la Constitution », *Revue de la jurisprudence judiciaire* , 2018, n° 4, 1, p. 33-52.
- DJETTI, K., « La protection pénale de l'épouse dans la loi 19-15 », *Revue des recherches en droit et sciences politiques*, 2016, n° 4, p. 62-76, en ligne : <<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/35035>>.
- DOUCHY-LOUDOT, Mélina, « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures*, 12 2010, n° 12, 9.
- , « Contentieux familial », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 470.

- EL-ABDELLI, Sofiane, « Le viol conjugal sous la lumière des droits français et algérien, et les conventions internationales des droits de l'homme », *Jenane Droits de l'homme*, Juin 2015, n° 8, 3, p. 111.
- ENVEFF, Maryse Jaspard et l'équipe, « Nommer et compter les violences envers les femmes : une première enquête nationale en France », *POPULATION ET SOCIÉTÉS*, janvier 2001, n° 364.
- FAGET, Jacques, « Les perspectives actuelles de la sociologie de la délinquance et de la justice pénale », *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, 2009, 6, p. 105 à 156.
- FATMA, Keffaf, « Le harcèlement sexuel dans la Loi 15-19 », *La revue de jurisprudence*, décembre 2016, n° 13, p. 262.
- FATMA, Markous, « La protection pénale de la dignité de la personne dans la Loi 15-19 », *Revue scientifique de l'université de Tlemcen*, 2017, n° 16, p. 169.
- FORTIS, Elisabeth, « Le commandement de l'autorité légitime : c. pén., art. 122-4, al. 2 », *RSC*, 2005, p. 66.
- FULCHIRON, Hugues, « Penser la famille au pluriel ? », *DROIT DE LA FAMILLE*, Octobre 2017, n° 10.
- GUYOT, Françoise, « Politiques pénales en matière de violences conjugales », *AJ fam*, 15 décembre 2003, n° 12, p. 407.
- HERZOG, J.-B., « Les principes et les méthodes du droit pénal comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1957, n° 9-2, p. pp. 337-352.
- HERZOG-EVANS, Martine, « Violence dite « domestique » : une responsabilité sociétale et peu de perspectives de traitement », *AJ Pénal*, 2014, p. 217.

HOUHOU, Toufik Kediri et Miloud, « La promotion du statut de la femme dans le droit algérien (droit familial et droit de la nationalité) », *La revue de la jurisprudence*, 25 septembre 2017, n° 15, p. 268.

HOUHOU, Yamina, « La lutte contre les violences conjugales en droit algérien », *famille*, 6 juin 2013, 10.

HUNTINGTON, Clare, « Familial Norms and Normality », *Emory L.J. EMORY LAW JOURNAL.*, 2010, n° 59, p. 1105, en ligne : <<https://heinonline.org/HOL/License>>.

IV, Master 2 droit pénal de l'Université Bordeaux, « L'influence de l'internationalisation du droit pénal sur la protection des personnes », *Droit pénal*, Septembre 2006., n° n° 9, , étude 13.

JALUZOT, Béatrice, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *Revue internationale de droit comparé*, 2005., n° Vol. 57 n°1, p. pp. 29-48., en ligne : <http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_1_19332>, consulté le 10/11/2014.

JAMEL, Kettal, « La violence dans le cercle conjugal selon la loi du 30 décembre 2015 », *REJE -Université de Tmanguaset-*, 1 2014, n° 11, p. 150.

JOSEPH-RATINEAU, Yannick, « La privatisation de la répression pénale », *RSC*, 2014, p. 883, en ligne : <WWW.DALLOZ-BIBLIOTHEQUE.FR>, visité le 06 février 2019.

KADEM-TOMC, Sabine, « L'appréciation du critère conjugal dans les violences commises au sein des couples « non officiels » », *Gaz. Pal .*, 27 mars 2018, n° 12, 316t4, p. 16.

KAIIFA-GBANDI, M., « Harmonization with Criminal Law in the European Union », *J. Crime Crim. L. &*, 2001, p. 239.

- KELVANI, Khaoula, « Le rôle du médecin légiste dans la preuve des coups et blessures volontaires à l'encontre de l'épouse dans le droit algérien », *La revue de la jurisprudence*, 20 Avril 2017, n° 15, p. 182.
- LABBÉE, Xavier, « Faut-il repenser l'émancipation ? », *Gaz. Pal*, 13 févr 2018, n° 311x6, p. 12.
- LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, « La protection civile contre les violences étendue aux couples non mariés et séparés », *Droit de la famille*, Octobre 2010, n° n° 10, ,, comm. 142 .
- LASBATS, M., « Les violences conjugales : aspects psychologiques », *AJP*, 2011, p. 182. .
- LASBATS, Mireille, « Les violences conjugales : aspects psychologiques », *AJ Pénal*, 2011, n° 4, 182, p. 182.
- LASCOUMES PIERRE, Depaigne Anne, « Catégoriser l'ordre public : la réforme du code pénal français de 1992 », *Genèses*, 1997, n° 27, p. 5-29, en ligne : <http://www.persee.fr/doc/genes_1155-3219_1997_num_27_1_1445>, Outils du droit.
- LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, « L'appréhension par le droit pénal de la solidarité au sein du couple », *AJ Famille*, 2004, p. 17.
- MALABAT, Valérie, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal Rapport de synthèse », *Droit pénal*, Septembre 2006,, n° n° 9, , étude 17.
- MARGAINE, Clément, « Retour de l'inceste dans le code pénal et extension de la protection du mineur victime », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1089.
- MAYAUD, Obs, *RSC*, 2002, n° 83, 587.

- MAYAUD, Yves, « Le viol : deux lois interprétatives pour une définition ! », *AJ Pénal* , 2017 , p. p.257.
- MAYER, Danièle, « De quelques aspects de la dépenalisation actuelle en France : en matière de mœurs », *RSC*, 1989, n° 3, 2, p. 442.
- MONÉGER, Françoise, « Dossier : la Constitution et le droit des personnes et de la famille », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* , avril 2013, n° 39.
- MOREAU, Georgia Bechlivanou, « Rendre plus effectif le droit au maintien des liens familiaux », *RSC*, 2013, p. 137.
- MOUSSERON, Pierre, « Les immunités familiales », *RSC*, 1998, p. 291.
- NAGY, Veronika, « Évolution des normes juridiques et nouvelles formes de régulation de la famille : regards croisés sur le couple et l'enfant », *Enfances, Familles, Générations*, 2006, n° 5, p. 1-13.
- PICHARD, Amélie Dionisi-Peyrusse et Marc, « La prise en compte des violences conjugales en matière d'autorité parentale », *AJ Fam*, 24 1 2018, n° 1, p. 34.
- POMART-NOMDÉDÉO, Cathy, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Droit de la famille*, 9 septembre 2010, n° 9, 20, en ligne : <<https://www.lexis360.fr>>.
- RASSAT, Michèle-Laure, « La présomption de consentement aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire », *D.*, 11 03 1993, n° 10, p. 17.
- REVEL, Sébastien, « Poursuites pénales sous la qualification d'"ex": quelle défense ? », *AJ Pénal*, 2 2016, n° 2, p. 70.

Revue internationale de droit pénal, « IXE CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT PÉNAL (LA HAYE, 23 –30 AOÛT 1964) », 2015, n° 1, 86, p. p. 69-78, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2015-1-page-69.htm>>.

Revue juridique de l'Ouest, « Analyse de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », 2006, n° 4, p. pp. 429-447, en ligne : <<https://doi.org/10.3406/juro.2006.2895>>.

ROUHANA, Zoulikha, « La protection pénale de l'épouse contre les violences verbales et psychologiques sous la lumière de la Loi 15-19 », *La revue de jurisprudence*, n° 13, p. 278.

ROUSSEAU, FRANÇOIS, « La paix des familles éclipsée par la lutte contre les violences conjugales », *JCP G*, 2015, p. 1682.

ROUVIÈRE, Frédéric, « Apologie de la casuistique juridique », *Recueil Dalloz*, 2017, en ligne : <<[hal-01709794](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01709794)>>.

SAUVAGE, Philippe, « Le consentement en droit pénal », *RSC*, 1991, p. 699, en ligne : <www.dalloz-bibliotheque.fr>, visité le 06 février 2019.

VIRIOT-BARRIA, Dominique, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *Recueil Dalloz*, 12 10 2006, n° 34, p. 2350.

WOO, Christopher Shu-Bin, « Familial Violence and the American Criminal Justice System », *Haw. L. Rev. University of Hawai' iLaw Review*, 1998, n° 20, p. 375.

ZEHAME, A., « La protection de l'épouse contre son conjoint. Etude à la lumière de la loi 19-15 portant réforme du code pénal algérien », *Revue Jil des Droits de l'homme*, 28 Mars 2018, n° Spécial : dossier sur les violences domestiques, p. 179, Texte en arabe.

ZEMRAK, Yannick, « La répression des violences conjugales : contribution du juge pénal à la victoire de Lilith sur Ève », *Droit de la famille* , Juillet 2008, n° 7-8, 18.

Rapports

Déclaration sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violence sexuelles et sexistes, CNCDH, 19 JUIN 2018, en ligne : <www.cncdh.fr>.

ERTÜRK, Mme Yakin, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences. Algérie*, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Nations Unies-Assemblée Générale, 2008, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/106/84/PDF/G0810684.pdf?OpenElement>>, p15.

GEOFFROY, Guy, *N° 2726 PROPOSITION DE LOI renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple*, ASSEMBLÉE NATIONALE, 7 décembre 2005., en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2726.asp#P283_53224>.

GHEMMOUR, Ayat, *Femmes souffrantes en Algérie :entre exigences du monde moderne et pesanteurs socio-culturelles. (Etude descriptive du fonctionnement psychique d'une prise en charge de 200 femmes)*, Université de Strasbourg congrés international de L'ARIC, 28-29 aout 2016.

Les viols dans la chaîne pénale. Rapport de recherche, CRDP, Université de Lille Droit et santé, Université de Nantes - Droit et Changement Social, Centre de recherches Droits et perspectives du droit , 2017, en ligne : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01656832>>.

MARIETTA, Karamanli, N° 840 - *Rapport sur le projet de loi 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*, Assemblée Nationale, 27 mars 2013.

Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences. Mission Algérie, Conseil des droits de l'homme, Nations-Unies, 2011, en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/73/PDF/G1113273.pdf?OpenElement>.

SESSION, Comité Pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes Cinquante et unième, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, Nations-Unies, 13 février-2 mars 2012, en ligne : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/DZA/CO/3-4&Lang=Fr.

Violence envers les femmes en Algérie: enquête nationale de prévalence, Services de la Ministre déléguée chargée de la famille et de la condition féminine, Février 2007, en ligne : http://www.femmesalgeriennes.gov.dz/IMG/pdf/Enquete_prevalence_.pdf.

Documents web

ALIOUI, Mehdi, « Près de 60% des femmes algériennes estiment que le mari a le droit de frapper son épouse (RAPPORT) », *HUFFPOST*, en ligne : https://www.huffpostmaghreb.com/2015/06/10/violence-conjugale-algeri_n_7552472.html.

BALTINA, Liga, « Les groupements sans personnalité juridique et leur participation au marché public », *Université Catholique de Louvain*, en ligne : https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A2030/datastream/PDF_01/view >, consulté le 21/03/2018.

MILLARD, Eric, « Débats autour de la personnalisation juridique. M. Chauvière, M. Saussier, B. Bouquet, Les Implicites de la politique familiale, Dunod, pp.11-18, 2000 », *halshs archives*, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00131681>>.

PREPA-ISP, « La famille et le droit pénal », *prepa-isp*, en ligne : <<https://www.prepa-isp.fr/>>, consulté le 17/04/2020.

—, « La famille et le droit pénal. Annales de prepa-ISP », *prepa-isp*, en ligne : <<https://www.prepa-isp.fr/>>, consulté le 17/04/2020.

RABAULT, Hugues, « Droit et axiologie : la question de la place des « valeurs » dans le système juridique », *studylib*, en ligne : <<https://studylibfr.com/doc/2786690/droit-et-axiologie---la-question-de-la-place-des-%C2%AB-valeur...>>.

SALAH, I., « Les types de la tutelle maritale », *Alukah droit musulman*, en ligne : <<http://www.alukah.net/sharia/0/46608/>>.

VINCENT, Egéa et Hélaine CÉDRIC, « Cours de droit notarial », *Université Numérique Juridique Francophone*, en ligne : <<https://cours.unjf.fr/course/view.php?id=131>>, visité le 17 avril 2019.

ZMIRLI, A., « Algérie - Droits des femmes : « les violences les plus fréquentes sont familiales et conjugales » », *Le Point Afrique*, en ligne : <http://afrique.lepoint.fr/culture/algerie-droits-des-femmes-les-violences-les-plus-frequentes-sont-familiales-et-conjugales-09-03-2018-2201165_2256.php>.

—, « Algérie - Violences faites aux femmes : ce que le cas Leila Touchi nous dit », *Le Point Afrique*, en ligne : <http://afrique.lepoint.fr/culture/algerie-violences-faites-aux-femmes-ce-que-le-cas-leila-touchi-nous-dit-04-03-2018-2199512_2256.php>.

TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE	11
Introduction	13
Partie première. La protection pénale partagée de l'égalité conjugale entre les droits français et algérien	49
Titre1. Une reconnaissance progressive de l'égalité conjugale dans le droit algérien.....	51
Chapitre 1. La sanction des violences conjugales au nom de l'égalité commune devant la loi.....	53
Section 1. La sanction de l'abus d'un devoir d'obéissance symbolique	53
§1. L'absence d'une reconnaissance législative du droit de correction marital	53
A. L'obéissance comme prérogative limitée quant à la correction effective ...	54
B. Le rejet indirect de la correction maritale dans le code pénal	58
§2. Un caractère symbolique soutenu par la reconnaissance de la faute civile.....	63
Section 2. Un droit autorisé mais limité dans le droit musulman.....	65
§1. Une application validée dans le droit musulman	66
A. Un privilège soutenu par une légalité non contestable.....	66
B. La condition de la légitimité de la correction maritale.....	68
a. Le droit de correction pour la violation des droits divins religieux	69
b. Le droit de correction justifié par la violation des obligations conjugales	70
c. Le droit de la correction justifié par une condamnation pénale	70
§2. Les conditions de la correction physique	71
A. Les formes autorisées de la correction	71
B. Le dépassement du cadre autorisé sanctionné.....	73
Chapitre 2. La sanction spécifique des violences domestiques au nom de l'égalité proprement conjugale	75
Section 1. La sanction expresse des corrections physiques de l'épouse	75
§1. La réintégration d'une infraction classique	75
§2. L'adoption partielle du pluralisme familial.....	79
Section 2. Le renforcement de la protection pénale de l'égalité conjugale.....	83
§1. Les atteintes à l'intégrité psychique, symbole fort de sanction de la correction de l'épouse	83
A. Une définition composite des agissements à caractère psychologiques	84
a. Une atteinte à la dignité de la personne.....	84
b. Une condition de répétition quant à l'élément matériel	87
c. Une condition de résultat quant au préjudice subi.....	88
B. La sanction d'une intention discriminatrice	89
§2. L'incrimination des violences financières contre l'épouse	90
A. L'atteinte au droit de propriété de l'épouse.....	91
B. Une volonté nuisible au droits financiers de l'épouse.....	92

Titre 2. La consolidation de la protection pénale de l'égalité conjugale dans le droit français	94
Chapitre 1. Une égalité individuelle reconnue quant à la protection du membre de couple	96
Section 1. Une protection pénale issue de la contractualisation de la vie conjugale ...	96
§1. Le rétrécissement de la protection traditionnelle du mariage.....	96
A. Le déclin de l'obligation de la fidélité conjugale	97
a. Une infraction classique de nature morale	97
b. La dépénalisation d'une infraction inégalitaire	100
B.L'affaiblissement de la préservation de la foi conjugale	103
Section 2. La banalisation de la relation conjugale par le droit répressif.....	107
§1. La prise en compte du viol au sein du couple au nom de l'annulation du devoir conjugal	107
A. La reconnaissance jurisprudentielle partielle du viol conjugal	108
B. La consécration légale textuelle du viol entre époux	114
§2. La protection pénale de la vie privée au sein du couple.....	118
Chapitre 2. Une protection statutaire égalitaire quant à la protection du cadre de couple	123
Section 1. La considération du pluralisme familial dans le droit pénal	123
§1. Une confirmation pénale des statuts officiels : pacs et concubinage	123
§2. La confirmation jurisprudentielle des statuts non officiels : entre élargissement et limite relative aux principes généraux du droit pénal	130
Section 2. Une indifférence relative quant au cadre juridique du couple	136
§1. L'institutionnalisation pénale du mariage, un phénomène marginal	136
§2. L'institutionnalisation pénale du mariage, un phénomène inévitable.....	139
A. L'institutionnalisation civile du mariage.....	140
B. La relative institution matrimoniale dans le droit pénal.....	141
Conclusion de la première partie	145
Seconde partie. La résistance d'un modèle algérien propre dans la défense des valeurs familiales	151
Titre 1 : La sacralisation pénale relative du mariage.....	153
Chapitre 1. Les manifestations de la prise en compte adoucie du mariage par le droit pénal	155
Section 1. La mise à l'écart de l'aspect moral de l'encadrement de la sexualité	155
§1. Le concept de l'honneur sexuel l' <i>ird</i> dans la doctrine de droit musulman	156
§2. L'adoption du fondement social de l'honneur sexuel par le droit algérien.....	160
A. Une conception individualiste de la relation matrimoniale.....	160
B. Un regard critique sur la conception pénale de la notion de <i>Zina</i>	166
Section 2. Le déclin de la protection pénale exclusive de la filiation légitime	169
§1. Vers la recherche d'un droit alternatif du lien parental illégitime	169
A. L'ignorance du principe de l'intérêt de l'enfant : un principe supérieur....	170
B. La prise en compte factuelle de la filiation naturelle par le code pénal	174
§2. Une jurisprudence civile d'ouverture vers l'égalité statutaire dans la filiation	176

Chapitre 2. La continuité tolérée de la protection pénale du mariage	183
Section 1. La prudente protection de la sexualité du conjoint	183
§1. La recevabilité théorique du viol conjugal	184
A. L'application interprétative de la jurisprudence islamique	185
B. La validation de la jurisprudence actuelle sans exception quant au lien conjugal	187
§2. La recevabilité des autres agressions sexuelles au sein du couple	193
Section 2. Un fondement admissible de la considération pénale du mariage	195
§1. La protection pénale latérale des conditions de formation et de fond du mariage	196
A. La sanction de l'homosexualité en tant qu'atteinte à la pudeur	196
B. L'incrimination spécifique de l'inceste	199
C. L'absence d'une protection pénale réelle contre la bigamie	201
a. Une interdiction juridique facile à détourner	202
1. Un cadre juridique exigeant en droit civil	202
I. La preuve de l'existence d'un motif justifié	203
II. La preuve du consentement de l'épouse actuelle et de la future épouse	204
III. La preuve de l'intention d'équité	205
2. Une répression pénale de la bigamie irrégulière	206
§2. La faiblesse de la protection pénale des obligations nées avec le mariage	210
A. L'absence d'une protection pénale de la communauté de vie	211
B. La protection pénale ambivalente de la fidélité conjugale	213
Titre 2 : Une considération institutionnelle de la famille	221
Chapitre 1. Le droit pénal de la sauvegarde de la paix familiale	222
Section 1. Les obligations familiales au service de la paix familiale	222
§1. La protection de la continuation de la famille	223
A. La protection pénale de la solidarité alimentaire familiale	223
a. Une sanction spécifique de la violation des obligations parentales	224
a. La sanction généralisée du manquement aux obligations alimentaires envers tous les membres de la famille	226
B. La sanction relative au manquement à l'obligation d'éducation	229
§2. La subsidiarité de la protection pénale des obligations familiales après la rupture	232
Section 2. Le lien familial au service de la paix des familles	236
§1. Le lien familial un élément aggravant de la qualification pénale	237
A. La reconnaissance textuelle des infractions familiales	237
a. Considération indirecte des personnes dans le cercle familial	238
b. La moralisation du lien familial filial	240
§2. Le lien familial, un élément atténuant de la sanction	244
Chapitre 2. Le maintien d'un ordre familial privé applicable aux poursuites des infractions intrafamiliales	246
Section 1. L'existence partagée des immunités familiales dans les droits français et algérien	247

§1. Le fondement sous-jacent des immunités familiales dans le droit français	247
A. Le régime restreint des immunités familiales	248
B. La personnalisation restreinte des immunités familiales.....	249
§2. La primauté de la règle morale sur le droit, un rapprochement des droits français et algérien	252
A. Le caractère obligatoire de la solidarité familiale	253
B. L'effet déchargeant du respect de la cohésion familiale	257
Section 2. Le rôle persistant d'une justice familiale privée	259
§1. La notion élargie de la famille quant aux atteintes aux biens	260
§2. La paralysie de l'action publique au profit de la paix familiale.....	260
Conclusion de la seconde partie	264
Conclusion générale	268
Annexe 1. Sommaire du code pénal algérien	276
Index alphabétique	280
Bibliographie	282
TABLES DES MATIERES	310

La protection pénale de la famille : étude comparée des droits français et algérien

Résumé : Protéger la famille semble aujourd'hui constituer une finalité ignorée par le droit pénal contemporain. Ce dernier ne protège que des membres de la famille et non la famille elle-même. Si cela est confirmé dans le droit français par sa vision universelle des droits de l'homme, plaçant l'individu au centre du droit. Le droit algérien ne semble pas, *a priori*, partager cette même vision philosophique et juridique au regard de sa culture propre et de l'influence secondaire que joue le droit musulman sur ce dernier. Cette étude vise donc à vérifier cet apriori et à s'interroger sur l'existence d'une protection pénale commune de la famille dans les droits français et algérien ; qui pourrait par la même occasion aider à mesurer l'existence d'un phénomène de mondialisation du droit pénal. Cette étude comparée se focalise ainsi sur une double dimension, individuelle et institutionnelle en étudiant l'aspect critique de l'intérêt porté à la famille par le droit pénal. L'équilibre recherché entre les droits individuels et la protection de l'institution familiale en tant que groupe sera interrogé selon la méthode de recherche dynamique, qui porte sur l'universalisme de la protection pénale de la famille.

Mots-clés : Droit pénal de la famille - droit comparé- protection – famille –Algérie – droit transnational – droit musulman.

Family criminal protection : a comparative study of French and Algerian rights

Abstract : Protecting the family today seems to be a goal ignored by contemporary criminal law. The latter only protects family members and not the family. If this is confirmed in French law by its universal vision of human rights, placing the individual at the center of the law. Algerian law does not seem a priori to share this same philosophical and legal vision, with regard to its own culture and the secondary influence that Muslim law plays on it. This study therefore aims to verify this apriori and to question the existence of common criminal protection of the family in French and Algerian law. Who can help to measure the existence of a phenomenon of globalization of criminal law. This comparative study thus focuses on a dual individual and institutional dimension, by studying the critical aspect of the interest shown in the family by criminal law. The balance sought between the individual rights and the protection of the family institution as a group will be questioned according to the dynamic research method, which focuses on the universalism of criminal protection of the family, taking into account French and Algerian law for example.

Keywords : Criminal family law - comparative law - protection - family - Algeria – Transnational law - Muslim law.

ISCJ

Institut de sciences criminelles et de la justice
Université de Bordeaux- faculté de droit
EA 4633, 4, rue du Maréchal Joffre, CS 61752, 33075 BORDEAUX Cedex